Los Derechos Colectivos.
Hacia una efectiva comprensión y protección

SERIE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

NEOCONSTITUCIONALISMO Y SOCIEDAD

Los Derechos Colectivos.
Hacia una efectiva comprensión y protección

María Paz Ávila Ordóñez y
María Belén Corredores Ledesma
Editoras

MINISTERIO DE JUSTICIA
Y DERECHOS HUMANOS

Néstor Arbito Chica
Ministro de Justicia y Derechos Humanos

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos
Av. Amazonas y Atahualpa
Edif. Anexo al Ex Banco Popular
Telf: (593-2) 2464 929, Fax: 2469914
www.minjustica-ddhh.gov.ec

José Manuel Hermida Viallet
Coordinador Residente del Sistema de Naciones Unidas en Ecuador
y Representante Residente del PNUD

Organización de las Naciones Unidas
Av. Amazonas N. 2889 y la Granja
Telf: (593-2) 2460 330, Fax: 2461 960
www.un.org.ec

Equipo de Apoyo
Ministerio de Justicia y Derechos Humanos
Ramiro Ávila Santamaría
Danilo Caicedo Tapia
Tatiana Hidalgo Rueda
Jorge Vicente Paladines
Nicole Pérez Ruales
Carolina Silva

Naciones Unidas
Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos
Esther Almeida
Christel Drapier
Guillermo Fernández-Maldonado Castro

La presente publicación ha sido elaborada con el apoyo del *Programa Desarrollo y Diversidad Cultural para la Reducción de la Pobreza y la Inclusión Social,* implementado por el Ministerio Coordinador de Patrimonio del Ecuador con la asistencia de las agencias del Sistema de Naciones Unidas y el financiamiento del Fondo para el Logro de los Objetivos de Desarrollo del Milenio del gobierno de España.

ISBN: 978-9978-92-785-4
Derechos de autor: 032327
Imprenta: V&M Gráficas (02 3201 171)

Quito, Ecuador
1ra. edición: diciembre de 2009

Contenido

Presentación ix
Néstor Arbito Chica,
Ministro de Justicia y Derechos Humanos
Presentación xi
José Manuel Hermida,
Coordinador Residente del Sistema ONU en Ecuador
Prólogo xiii
María Paz Ávila Ordóñez y María Belén Corredores Ledesma
Introducción xv
Agustín Grijalva

I. La tensión entre los derechos colectivos y derechos individulaes

Derchos individuales y derechos colectivos 3
Will Kimlicka
Justificaciones liberales para los derechos de los grupos étnicos.....27
Rainer Baubok
La interculturalidad posible:
el reconocimiento de derechos colectivos 61
Neus Torbisco Casals

II. Derechos de las nacionalidades indígenas

Nacionalidades indígenas y Estado nacional en Ecuador 103
Diego Iturralde Guerrero
Usos de la Ley y usos de la costumbre:
La reivindicación del derecho indígena
y la modernización del Estado.....127
Diego Iturralde Guerrero

Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas Misión Ecuador - 2006 147
Rodolfo Stavenhagen
Informe del relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas Misión Ecuador - 2009 179
James Anaya

III. Pueblo Afroecuatoriano

Derechos colectivos y pueblo Afroecuatoriano.....217
Jhon Antón Sánchez

IV. Usuarios y consumidores

Consumidores y consumismo. Perspectivas de una nueva concepción 257
María Paz Avila y Diva Avila
El sistema mundial no-hegemónico y la globalización popular.....277
Gustavo Lins Ribeiro
La tutela de los derechos e intereses colectivos de consumidores y usuarios en el proceso civil español.....303
Lorena Bachmaier Winter

V. Medio ambiente sano

La responsabilidad objetiva por daños ambientales como mecanismo de participación para el acceso a la justicia ambiental.....353
Ricardo Crespo
Derechos colectivos, desarrollo y vulnerabilización de los pueblos tradicionales.....363
Byron Real López

VI. Acciones de protección

Concepto de acción colectiva 415
Antonio Gidi

Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos colectivos e individuales en Brasil 427
Antonio Gidi
El derecho a un recurso rápido, sencillo y efectivo frente a afectaciones colectivas de derechos humanos 457
Christian Courtis

Nota biográfica de las autoras y autores.....497

Presentación

Néstor Arbito Chica,
Ministro de Justicia y Derechos Humanos

El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos se complace en presentar la edición décimo sexta de la serie Justicia y Derechos Humanos, titulado *Los Derechos Colectivos. Hacia una efectiva comprensión y protección* en el que se aborda los derechos colectivos de las comunidades pueblos y nacionalidades, el derecho a un medio ambiente sano y el derecho de las personas usuarias y consumidores.

Tradicionalmente se ha considerado a los derechos colectivos como derechos de tercera generación, a los cuales poca o ninguna importancia se les ha dado en términos doctrinarios y peor jurídicos en nuestro país. Algunas posibles explicaciones: en primer lugar por la discriminación que han sufrido las comunidades pueblos y nacionalidades por varios siglos; en segundo lugar, la escasa cultura de respeto al medio ambiente que se ha basado en una explotación desmedida e irracional de los recursos naturales; y, en tercer lugar, por un sistema económico que relega al consumidor a ser la parte débil y desprotegida de las relaciones comerciales.

Si bien la Constitución del 2008 reconoce a los derechos colectivos, estamos conscientes de que ello no es lo único por hacer, pues sólo se logrará la verdadera protección a las comunidades, pueblos, nacionalidades, al medio ambiente y a las personas usuarias y consumidores, cuando sus titulares conozcan y exijan el cumplimiento de sus derechos y garantías. Es por ello que el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos ha emprendido esta tarea de promover el pensamiento y la doctrina jurídica actual, mostrando diversas perspectivas que no se enmarcan únicamente en el campo jurídico y que muestran la realidad tanto nacional como internacional con el obje-

tivo de lograr una efectiva comprensión, correcto manejo y conocimiento de los derechos colectivos para su posterior aplicación.

Los Derechos Colectivos. Hacia una efectiva comprensión y protección trata temas de interés como la tensión entre los derechos colectivos e individuales, las nacionalidades indígenas en el Ecuador, sus usos de la ley y la costumbre, los informes de los relatores de las Naciones Unidas para los pueblos indígenas, los derechos colectivos de los pueblos afro ecuatorianos, las perspectivas de una nueva concepción del consumo, así como la crítica al consumismo y al sistema mundial no hegemónico, el derecho a un medio ambiente sano entre los cuales se destaca la responsabilidad por los daños medioambientales, la vulneración de las tradiciones de los pueblos indígenas por la extracción y explotación de los recursos que se encuentran en sus tierras, y por último las acciones de protección colectiva para la defensa de estos derechos.

Finalmente quiero agradecer, a nombre del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, a todos los autores, nacionales e internacionales, que han colaborado en esta publicación que resulta del esfuerzo conjunto del Ato Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, el Ministerio Coordinador del Patrimonio y el Fondo para el logro de los objetivos de Desarrollo del Milenio del Gobierno de España.

Presentación

José Manuel Hermida,
Coordinador Residente del Sistema de las Naciones Unidas en el Ecuador y
Representante Residente del PNUD

El marco constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos reconocen el ejercicio, promoción y exigibilidad de los derechos tanto de forma individual como colectiva. La categoría de derechos colectivos, ampliamente desarrollada en la Constitución de la República de Ecuador, obedece a largos debates, demandas y realidades históricas que permitieron su reconocimiento progresivo basado en la constatación de que los derechos humanos, en su dimensión individual, no pueden ser disfrutados, ejercidos y protegidos en su plenitud si no se consideran paralelamente los derechos del individuo como miembro de una comunidad, de una nación o de la humanidad entera y buscan precisamente la promoción de la dignidad de la especie humana en su conjunto. En el marco de un Estado plurinacional y multicultural, la Carta Constitucional reconoce esta clase de derechos a los pueblos y nacionalidades indígenas, al pueblo afro ecuatoriano y a los pueblos montubios.

El artículo 56 de la Constitución, entre otros, reconoce como derechos colectivos de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, el mantener y fortalecer libremente su identidad, el no ser objeto de ninguna forma de discriminación, el derecho a conservar la propiedad de sus tierras comunitarias, la consulta previa, el derecho a conservar y desarrollar sus propias formas de convivencia y organización social, entre otros, derechos que tienen como uno de sus objetivos el respeto a la identidad y a la cultura de estos pueblos.

Muchos de los esfuerzos del Sistema de las Naciones Unidas se han centrado en la protección de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, lo que ha logrado un mayor reconocimiento de sus derechos. En buena parte esto obedece a las normas que se han elaborado a nivel internacional que reco-

nocen sus derechos colectivos y a mecanismos e instancias que se encargan de velar por su aplicación y protección, entre ellas el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, el Relator Especial de Naciones Unidas para los Derechos y Libertades Fundamentales de los Indígenas y el Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, espacios en los cuales se prosigue el desarrollo del contenido y alcance de estos derechos.

Un hito trascendental en la protección de los derechos colectivos fue sin lugar a dudas la adopción por parte de la Asamblea General de la ONU de la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas, en septiembre del año 2007. Este instrumento internacional, cuyas negociaciones tomaron dos décadas, establece estándares mínimos de respeto a los derechos colectivos de los pueblos indígenas, tales como propiedad de la tierra, acceso a los recursos naturales de los territorios donde se asientan, el respeto y preservación de sus tradiciones y la autodeterminación.

La publicación recoge también los avances en materia de derechos de los consumidores, en este sentido, el texto constitucional reconoce el derecho de usuarios y consumidores a disponer de bienes y servicios de óptima calidad y a elegirlos con libertad, así como a una información precisa y no engañosa sobre su contenido y características, principios recogidos también por las Directrices de las Naciones Unidas para la protección del consumidor cuyo objetivo, entre otros, es proteger a los consumidores frente a los riesgos para su salud y seguridad, proteger sus intereses económicos y su acceso a la información.

Finalmente, la publicación analiza el derecho a un medio ambiente sano, desde dos perspectivas: la primera, enfocada en la responsabilidad objetiva por daños ambientales, y la segunda, sobre su relación con el desarrollo, los derechos colectivos y los pueblos tradicionales, temas que han sido tratados también por varios instrumentos internacionales en el seno de las Naciones Unidas, principalmente, por la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas.

El Sistema de la ONU en el Ecuador considera de especial importancia el apoyar los esfuerzos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos por promover la implementación y desarrollo de las normas constitucionales que protegen los derechos colectivos, los derechos de los consumidores y el derecho a un medio ambiente sano. Estamos seguros que el aporte doctrinario de esta nueva publicación de la serie Justicia y Derechos Humanos contribuirá a un mayor entendimiento de los temas planteados.

Prólogo

La evolución del constitucionalismo ecuatoriano se caracteriza por el reconocimiento de una serie de derechos, entre ellos los derechos colectivos de las comunidades pueblos y nacionalidades, el derecho a un medio ambiente sano y el derecho de las personas usuarias y consumidores, apuntando a un control y definición de responsabilidades de los involucrados, a quienes a su vez se les aseguran nuevos espacios de participación en el proceso de toma de las decisiones públicas.

La presente publicación *"Los derechos colectivos. Hacia una efectiva comprensión y protección"* presenta varios temas de discusión y análisis sobre los derechos colectivos, visualizando fundamentalmente la discusión sobre la existencia o no de una dicotomía entre los derechos individuales y colectivos, la asimetría entre colectivistas e individualistas que discrepan los derechos e intereses de las comunidades independientemente de sus miembros individuales, así como la realidad de los pueblos, nacionalidades y comunidades, la protección al medio ambiente; y el papel de los consumidores y usuarios en un mundo globalizado.

En cuanto a las comunidades, pueblos y nacionalidades, en particular de los pueblos indígenas, esta publicación aborda sus demandas por el reconocimiento de sus derechos en el contexto latinoamericano y ecuatoriano, su lucha constante por un espacio propio ante el conjunto de la sociedad y, finalmente su realidad en los últimos tiempos, lo que implica un proceso de siglos de resistencia que con el paso del tiempo va adquiriendo nuevas dimensiones en las luchas para exigir el reconocimiento de sus derechos como pueblos, expresados en la autodeterminación territorial, la jurisdic-

ción, la educación en idiomas indígenas, la salud tradicional, etc. La misma demanda y lucha se refleja en el pueblo afro ecuatoriano, víctima de un constante olvido y exclusión.

En lo referente al derecho de las personas usuarias y consumidores proponemos una nueva visión del consumo dentro del modelo de economía social y solidaria que sitúa al ser humano como sujeto y fin de la economía, generando avances en la protección de los consumidores frente a los proveedores, en especial en el caso de América Latina y específicamente en Ecuador.

Respecto al derecho a un medio ambiente sano esta obra se enfoca en la nueva constitución, básicamente analizando la participación de las comunidades, en especial de los pueblos indígenas, su desarrollo, conocimientos y prácticas que les permiten un permanecer al margen de las sociedades predominantes. Finalmente se plantea una efectiva protección judicial para éstos derechos, conceptualizando las acciones colectivas y su legitimación como derechos de grupo, mediante el establecimiento del derecho de toda persona a una garantía judicial específica, destinada a proteger a todas las personas, de manera efectiva, frente a la violación de los derechos humanos reconocidos por los respectivos instrumentos internacionales, así como las obligaciones estatales que genera este derecho cuando la violación denunciada tiene alcance colectivo.

En general, la obra ofrece en conjunto fuentes de análisis, discusiones, y una nueva visión de los derechos colectivos, material necesario para llevar a la práctica la protección y defensa de éstos derechos reconocidos por nuestra nueva Constitución.

Para estructurar el libro analizamos algunos trabajos inéditos elaborados para la obra y otros publicados previamente pero de limitado acceso en nuestro país. Agradecemos sinceramente la generosidad de los autores que nos han permitido reproducir sus artículos y su interés por difundir sus investigaciones y conocimiento.

María Paz Ávila Ordóñez y María Belén Corredores

Quito, noviembre 2009

Introducción
¿Qué son los Derechos Colectivos?

Agustín Grijalva*

Derechos de tercera generación, colectivos y difusos

Los derechos colectivos son derechos humanos específicos de los cuales son titulares ciertos grupos humanos. Los derechos colectivos son parte de los llamados derechos de tercera generación cuyo reconocimiento internacional fue históricamente posterior a la de los derechos civiles y políticos (primera generación) y a la de los derechos económicos, sociales y culturales (segunda generación). Esta clasificación en generaciones, por supuesto, es puramente metodológica y no implica jerarquización alguna, al menos desde un enfoque integral de los derechos humanos.

Algunos derechos de tercera generación son el derecho al desarrollo, a la paz, al patrimonio artístico y cultural, a un medio ambiente sano, los derechos de los pueblos indígenas y los de los consumidores.

En el caso ecuatoriano, los derechos colectivos, que como decimos son también derechos de tercera generación, reconocidos constitucionalmente son entre otros los ambientales, los derechos étnicos y los de los consumidores. La Constitución reconoce a los pueblos indígenas derechos colectivos a su identidad cultural, propiedad, participación, educación bilingüe, medi-

* Agustín Grijalva. Doctor en Jurisprudencia, PUCE; Máster en Ciencias Políticas, Universidad de Kansas, Lawrence. PH.D (C) University of Pittsburgh, Profesor del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

cina tradicional, entre otros. Estos derechos se extienden, en lo aplicable, a los pueblos negros o afroecuatorianos y montubios. La Constitución también reconoce a toda la población el derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado así como reparaciones e indemnizaciones para los consumidores afectados por productos o acciones lesivas sea de actores públicos o privados.

Los derechos de tercera generación, y por tanto también los derechos colectivos, sirven de complemento a los de las dos generaciones anteriores en cuanto se refieren a la creación de condiciones concretas para el ejercicio de estos últimos. Por ejemplo: el derecho de tercera generación al desarrollo crea condiciones para ejercer efectivamente el derecho de segunda generación al trabajo. Así mismo, el derecho de tercera generación a un medio ambiente sano es una condición necesaria para ejercer derechos de primera generación como el derecho a la vida o a la integridad física.

Los derechos colectivos se distinguen de otros derechos de tercera generación porque es relativamente posible determinar quienes concretamente pueden reclamarlos o son afectados por su violación. De esta suerte, los derechos de tercera generación al desarrollo o a la paz los tenemos todos los miembros de la sociedad, son derechos difusos en cuanto su violación nos afecta a todos pero no es posible determinar específicamente a quienes. En contraste, los derechos colectivos tienden a referirse a grupos más específicos. Los derechos colectivos de los pueblos indígenas son propios de quienes los integran. Los derechos colectivos de los consumidores y a un medio ambiente sano pueden ser difusos, pero en cuanto sea determinable quienes son los afectados por una determinada violación de los mismos se ajustan mejor al concepto de derechos colectivos. Por supuesto esta determinación del grupo concreto afectado no siempre es fácil o posible.

Los derechos colectivos son diversos pero no opuestos a los derechos humanos individuales. De hecho, los derechos colectivos incluyen derechos individuales en cuanto los grupos humanos que son sus titulares están formados por individuos y en cuanto crean condiciones para el ejercicio de derechos individuales[1]. De este modo, por ejemplo, los derechos colectivos de los pue-

1 Por esta razón el artículo 11 numeral 1 de la Constitución del 2008 establece que *el ejercicio, promoción y exigencia de los derechos* puede ser individual o colectivo.

blos indígenas implican y protegen el derecho individual a la cultura de cada persona. El derecho colectivo a un medio ambiente sano ampara tanto la salud de la comunidad como la de cada uno de los individuos que la forman. Sin embargo, los derechos colectivos son indivisibles: son derechos del grupo y de todos y cada uno de sus miembros individuales, pero nunca de solo uno o algunos de ellos, con abstracción del grupo. Así, el derecho a mantener una lengua, siendo un derecho de todos y cada uno de los individuos que la habla, es un derecho colectivo del pueblo en cuya cultura se ha desarrollado.

Los derechos colectivos no solo complementan sino que también pueden entrar en colisión con los derechos individuales. Tal es el caso, por ejemplo, del conflicto entre el derecho de las comunidades indígenas a mantener sus propias formas de administración de justicia entre las cuales a veces se incluyen castigos físicos al infractor y el derecho individual de éste a su integridad física. En estos casos, varios autores han señalado que no son admisibles estas prácticas de la comunidad violadoras de los derechos humanos individuales, estas prácticas propiamente no estarían protegidas por los derechos colectivos.

Los desafíos

Los desafíos que en Ecuador nos plantean los derechos colectivos son en parte similares a los que plantean otros derechos de tercera generación y los derechos económicos, sociales y culturales. El principal desafío es el desarrollo y aplicación de los mecanismos concretos que aseguren un efectivo ejercicio de estos derechos. Estos mecanismos incluyen:

- Fortalecimiento de garantías constitucionales como el amparo o acción de protección e instituciones como la defensoría del pueblo.
- Reformas legales o nuevas leyes que permitan que grupos afectados (como comunidades indígenas, afroecuatorianas, montubias o asociaciones de consumidores) reclamen estos derechos constitucionales.
- Programas de difusión y educación masiva respecto a estos derechos.
- Inclusión de la defensa de estos derechos en las agendas de los movimientos sociales. Por ejemplo, la defensa de los consumidores es todavía inexistente o marginal dentro de ellas.

Para el ejercicio efectivo de los derechos colectivos son necesarias, pero no suficientes, normas constitucionales y legales. Se requiere que la sociedad organizada conozca y defienda activamente estos derechos, que los funcionarios de las instituciones públicas y privadas actúen acorde a ellos y sean sancionados cuando los contravengan. Con abrumadora frecuencia histórica, los derechos no han nacido a la vida social cuando se los declara formalmente sino cuando la sociedad organizada los ha conocido y reclamado vigorosamente.

I

La tensión entre los derechos colectivos y derechos individuales

Derchos individuales y derechos colectivos

Will Kymlicka

Sumario

I. Restricciones internas y protecciones externas. **II.** La ambigüedad de los «derechos colectivos».

El compromiso básico de una democracia liberal es la libertad y la igualdad de sus ciudadanos individuales. Esto se refleja en los derechos constitucionales, que garantizan los derechos civiles y políticos básicos a todos los individuos, independientemente de su pertenencia de grupo. De hecho, la democracia liberal surgió en parte como reacción contra la forma en que el feudalismo definía los derechos políticos y las oportunidades económicas de los individuos en función del grupo al que pertenecían.

¿Cómo pueden entonces los liberales aceptar las reivindicaciones de derechos diferenciados en función del grupo de las minorías étnicas y nacionales? ¿Por qué los miembros de determinados grupos deberían tener derechos relativos a la tierra, la lengua, la representación, etcétera, que los miembros de otros grupos no tienen? Para muchas personas, la idea de derechos diferenciados en función del grupo parece asentarse en una filosofía o en una visión del mundo opuesta a la del liberalismo. Ésta parece preocuparse más por el estatus de los grupos que por el de las personas. Además,

parece tratar a los individuos como meros portadores de identidades y objetivos grupales, más que como personalidades autónomas capaces de definir su propia identidad y objetivos en la vida. En síntesis, los derechos diferenciados en función del grupo parecen reflejar una perspectiva colectivista o comunitarista más que la creencia liberal en la libertad y la igualdad de los individuos.

Ésta es una percepción errónea, que se basa en algunas confusiones. Intentaré demostrar que muchas formas de ciudadanía diferenciada en función del grupo son consistentes con los principios liberales de libertad e igualdad. Pero antes es preciso aclarar algunos malentendidos comunes sobre la naturaleza de los derechos diferenciados en función del grupo.

Las diversas formas de ciudadanía diferenciada en función del grupo se describen muchas veces, tanto por sus defensores como por sus críticos, como «derechos colectivos». Esta terminología puede ser bastante engañosa. Una de las razones de ello es que la categoría de derechos colectivos es extensa y heterogénea. Comprende los derechos de sindicatos y corporaciones; el derecho a entablar litigios como acciones de clase; el derecho de todos los ciudadanos a un aire no contaminado, etcétera.

Estos derechos tienen poco en común, y es importante no mezclar la idea de ciudadanía diferenciada en función del grupo con la mirada de otros temas que surgen bajo la definición de «derechos colectivos».

Lo más importante de todo es que la terminología de los derechos colectivos incita a la gente a elaborar supuestos erróneos sobre la relación entre la ciudadanía diferenciada en función del grupo y los derechos individuales. Es natural dar por supuesto que los derechos colectivos son derechos ejercidos por colectividades, como algo opuesto a los derechos ejercidos por los individuos, y que los primeros entran en conflicto con los segundos. Como veremos, estos supuestos no se corresponden con diversas formas de ciudadanía diferenciada en función del grupo. La relación entre este tipo de ciudadanía y los derechos individuales es, de hecho, bastante complicada, y necesitamos encontrar un vocabulario que pueda captar todos sus matices.

I. Restricciones internas y protecciones externas

Muchos liberales temen que los «derechos colectivos» reivindicados por los grupos étnicos y nacionales sean, por definición, contrarios a los derechos individuales. Este parecer ha sido popularizado en Canadá por el antiguo Primer ministro Pierre Trudeau, que explicó su oposición a los derechos de autogobierno para el Quebec diciendo que creía en «la primacía del individuo», que «sólo el individuo posee derechos» (Trudeau, 1990, págs. 363-364).

Sin embargo, esta retórica sobre derechos individuales *versus* derechos colectivos es de poca ayuda. Debemos distinguir entre dos tipos de reivindicaciones que un grupo étnico o nacional podría hacer. El primero implica la reivindicación de un grupo contra sus propios miembros; el segundo implica la reivindicación de un grupo contra la sociedad en la que está englobado. Se puede considerar que ambos tipos de reivindicaciones protegen la estabilidad de comunidades nacionales o étnicas, pero que responden a diferentes fuentes de inestabilidad. El primer tipo tiene el objetivo de proteger al grupo del impacto desestabilizador del *disenso interno* (por ejemplo, la decisión de los miembros individuales de no seguir las prácticas o las costumbres tradicionales), mientras que el objetivo del segundo es proteger al grupo del impacto de las *decisiones externas* (por ejemplo, las decisiones políticas y económicas de la sociedad mayor). Para distinguir estos dos tipos de reivindicaciones, denominaré a las primeras «restricciones internas» y, a las segundas, «protecciones externas».

A ambas se las conoce como «derechos colectivos», si bien plantean cuestiones muy diferentes. Las restricciones internas implican relaciones *intragrupales:* el grupo étnico o nacional puede pretender usar el poder del Estado para restringir la libertad de sus propios miembros en nombre de la solidaridad de grupo. Esto plantea el peligro de la opresión individual. Los críticos de los «derechos colectivos» en este sentido muchas veces invocan la imagen de culturas teocráticas y patriarcales, donde las mujeres están oprimidas, y la ortodoxia religiosa impuesta legalmente como ejemplos de lo que puede suceder cuando los presuntos derechos de la colectividad prevalecen sobre los derechos de los individuos.

Naturalmente, todas las formas de gobierno y todos los ejercicios de autoridad política implican restringir la libertad de quienes están sujetos a su

autoridad. En todos los países, por liberales y democráticos que sean, se exige a las gentes que paguen impuestos para sufragar los bienes públicos. La mayoría de las democracias exigen también que las personas cumplan su deber como jurados, o que realicen algún tipo de servicio militar o comunitario, y algunos países exigen a la gente que vote (por ejemplo Australia). Todos los gobiernos esperan, y a veces exigen, un nivel mínimo de responsabilidad y participación cívica de sus ciudadanos.

Pero algunos grupos pretenden imponer restricciones mucho mayores a la libertad de sus miembros. Una cosa es exigir a la gente que actúe como jurado o que vote, y otra muy distinta obligarla a ir a una determinada Iglesia o a seguir los roles tradicionales del género. Las primeras exigencias tienen el propósito de mantener los derechos liberales y las instituciones democráticas, y las segundas restringir estos derechos en nombre de la tradición cultural o la ortodoxia religiosa. Para los fines de esta discusión, emplearé el término «restricciones internas» para aludir exclusivamente a este último tipo de casos, donde las libertades civiles y políticas básicas de los miembros del grupo se ven restringidas[1].

Las protecciones externas implican relaciones *intergrupales;* esto es, el grupo étnico o nacional puede tratar de proteger su existencia y su identidad específica limitando el impacto de las decisiones de la sociedad en la que está englobado. Esto también plantea ciertos problemas, no de opresión individual dentro de un grupo, sino de injusticia entre grupos. Un grupo puede ser marginado o segregado en aras de conservar la especificidad de otro grupo. Los críticos de los «derechos colectivos» en este sentido muchas veces aluden al sistema del *apartheid* en Sudáfrica, como ejemplo de lo que puede pasar cuando un grupo minoritario reivindica una protección especial ante el conjunto de la sociedad.

Sin embargo, las protecciones externas no crean necesariamente tal injusticia. La concesión de derechos especiales de representación, de reivindi-

1 Obviamente, los grupos son libres de exigir tales acciones como condición de pertenencia a asociaciones privadas o voluntarias. Una organización católica puede insistir en que sus miembros acudan a la iglesia. El problema surge cuando un grupo trata de usar el poder gubernamental para restringir la libertad de sus miembros. Los liberales insisten en que quien ejerza el poder político dentro de una comunidad debe respetar los derechos civiles y políticos de sus miembros, así como en que cualquier intento de imponer restricciones internas que infrinjan tal condición es ilegítimo.

caciones territoriales o de derechos lingüísticos a una minoría no necesita, y muchas veces no implica, una posición de dominio sobre otros grupos. Por el contrario, tales derechos pueden contemplarse como algo que sitúa a los diversos grupos en mayor pie de igualdad, reduciendo la medida en que el grupo más pequeño es vulnerable ante el grande.

Cabe señalar que las restricciones internas pueden existir y, de hecho, existen, en países culturalmente homogéneos. El deseo de proteger las prácticas culturales ante el disenso interno existe en cierta medida en todas las culturas, e incluso en los Estados-nación homogéneos. Sin embargo, las protecciones externas únicamente pueden surgir en Estados multinacionales o poliétnicos, puesto que protegen un grupo étnico o nacional determinado del impacto desestabilizador de las decisiones de la sociedad de la que forman parte[2].

Ambos tipos de reivindicaciones no necesariamente van juntas. Algunos grupos étnicos o nacionales buscan protecciones externas contra la sociedad mayor sin pretender imponer restricciones internas legalmente vigentes sobre sus propios miembros. Otros grupos no reivindican protección externa alguna ante la comunidad de la que forman parte, pero ambicionan un mayor poder sobre la conducta de sus propios miembros. Y otros grupos reivindican ambas cosas. Estas variaciones conducen a dos concepciones de los derechos de las minorías fundamentalmente diferentes, y es importante determinar cuál es el tipo de reivindicación que plantea cada grupo. Los liberales, cuando se trata de promover la equidad entre los grupos, pueden y deben postular determinadas protecciones externas, pero deben rechazar las restricciones internas que limitan el derecho de los miembros de un grupo a cuestionar y a revisar las autoridades y las prácticas tradicionales.

Si un grupo reivindica uno de los tres tipos de derechos diferenciados en función del grupo (derechos de autogobierno, derechos poliétnicos, y de-

2 Los grupos no étnicos pueden reivindicar protecciones externas análogas. Se puede considerar que diversos derechos específicos en función de! grupo (para las mujeres, los gays y las lesbianas, o para personas discapacitadas) proporcionan formas de protección externa, ya que reducen e! grado en que estos grupos son vulnerables a —o están en una posición desventajosa ante-las decisiones mayoritarias. Además, como abordaré en el capítulo 6, apartado 4, hay un sentido en e! que el propio Estado constituye una protección externa ante e! mundo. Sin embargo, en este capítulo me centro exclusivamente en las reivindicaciones de grupos étnicos y nacionales para protegerse de las decisiones de otros grupos más grandes dentro del mismo Estado, reivindicaciones que, a diferencia de las restricciones internas, sólo pueden plantearse en un país pluralista.

rechos especiales de representación), ¿está intentando imponer restricciones internas o de obtener protecciones externas? Depende. Estos derechos diferenciados en función del grupo pueden servir a ambos propósitos, dependiendo de las circunstancias. Empezaré mostrando cómo pueden ofrecer protecciones externas, y a continuación consideraré cómo pueden imponer restricciones internas.

Los tres tipos de ciudadanía diferenciada en función del grupo pueden emplearse para proporcionar protecciones externas. Esto es, cada uno de estos tipos ayuda a proteger a una minoría del poder económico o político de la sociedad en la que están englobados, aunque cada uno de ellos responda, de distintas maneras, a diferentes presiones externas:

- Los derechos especiales de representación para un grupo dentro de las instituciones políticas del conjunto de la sociedad hacen menos probable que una minoría nacional o étnica sea ignorada en decisiones que afectan globalmente al país.
- Los derechos de autogobierno confieren poderes a unidades políticas más pequeñas, de manera que una minoría nacional no puede ser desestimada o sobrestimada por la mayoría en decisiones que son de particular importancia para su cultura, como las cuestiones de educación, inmigración, desarrollo de recursos, lengua y derecho familiar.
- Los derechos poliétnicos protegen prácticas religiosas y culturales específicas que podrían no estar adecuadamente apoyadas mediante el mercado (por ejemplo, subvencionando programas que fomenten las lenguas y las artes de los grupos), o que están en desventaja (muchas veces inintencionadamente) en la legislación vigente (por ejemplo, las exenciones a la legislación de cierre dominical o pautas indumentarias que entran en conflicto con creencias religiosas).

Cada una de estas tres formas de derechos diferenciados en función del grupo ayuda a reducir la vulnerabilidad de los grupos minoritarios ante las presiones económicas y las decisiones políticas del grueso de la sociedad. Algunas minorías nacionales y étnicas persiguen estos derechos diferenciados exclusivamente por este tipo de protección externa. Lo que tales grupos pretenden es asegurarse de que el conjunto de la sociedad no les privará de las condiciones

necesarias para su supervivencia, no controlar la medida en que sus propios miembros se adhieren a prácticas poco tradicionales u ortodoxas.

En tales circunstancias, no se produce necesariamente un conflicto entre las protecciones externas y los derechos individuales de los miembros del grupo. La existencia de tales protecciones externas nos habla de la relación entre la mayoría y los grupos minoritarios; no nos dice nada acerca de la relación entre el grupo étnico o nacional y sus propios miembros. Los grupos que tienen estas protecciones externas pueden respetar plenamente los derechos civiles y políticos de sus miembros. De hecho, estas medidas no sólo son consistentes con la libertad de los miembros individuales, sino que, en realidad, la fomentan[3].

Sin embargo, otros grupos están interesados en controlar el disenso interno y reclaman derechos diferenciados en función del grupo para imponer restricciones internas sobre sus miembros. Tanto los derechos de autogobierno como los derechos poliétnicos pueden, en determinadas circunstancias, ser empleados para limitar los derechos de los miembros del grupo minoritario.

Esta posibilidad se ha planteado muchas veces en el contexto de las reivindicaciones de autogobierno por parte de los pueblos indígenas. Por ejemplo, como parte de su autogobierno, los consejos tribales en los Estados Unidos han sido históricamente eximidos de la exigencia constitucional habitual de respetar los derechos recogidos en la Declaración de Derechos de los Estados Unidos. Según la Ley de Derechos Civiles de los Indios de 1968, a los gobiernos tribales se les exige ahora que respeten la mayoría de (pero no todos) estos derechos individuales. Sin embargo, aún existen límites a la posibilidad de recurrir judicialmente contra las acciones de los consejos tribales. Si una mujer de una tribu india considera que sus derechos han sido violados por su consejo tribal, puede apelar a un tribunal tribal, pero no puede (excepto en circunstancias excepcionales) apelar al Tribunal Supremo.

De forma similar, las colectividades indias en Canadá consideran que sus consejos de autogobierno no deberían estar sometidos a recursos judiciales

3 De hecho implican limitar la libertad de los que no pertencen al grupo, restringiendo su capacidad de tomar decisiones económicas o políticas relativas a la comunidad minoritaria y a los recursos de la misma. Pero, como argumentaré en el capítulo 6, esto puede considerarse como algo que promueve la equidad entre los miembros de las comu, nidades mayoritarias y minoritarias. Es una cuestión de justicia entre grupos, no de prioridad de los grupos sobre los individuos.

amparados por la Carta de Derechos y Libertades canadiense. No quieren que sus miembros puedan cuestionar las decisiones de la colectividad en los tribunales de la sociedad canadiense.

Estos límites en la aplicación de las declaraciones de derechos constitucionales crean la posibilidad de que los individuos o los subgrupos dentro de la comunidad india puedan ser oprimidos en nombre de la solidaridad de grupo o de la pureza cultural. Por ejemplo, se ha expresado la preocupación de que las mujeres indias en los Estados Unidos y Canadá puedan ser objeto de discriminación bajo determinados sistemas de autogobierno, si éstos están eximidos del habitual requisito constitucional de igualdad sexual. De hecho, la Native Women's Association de Canadá, preocupada por el peligro de discriminación sexual en sus reservas, exigió que las decisiones de los gobiernos aborígenes estén sometidas a la Carta canadiense[4].

Por otra parte, muchos indios insisten en que este temor a la opresión sexual refleja estereotipos o prejuicios fruto de una información errónea sobre sus culturas. Éstos aducen que el autogobierno indio ha de ser eximido de la Declaración/Carta de Derechos, no con objeto de restringir la libertad de las mujeres en el seno de las comunidades indias, sino para defender las protecciones externas de los indios con respecto al conjunto de la sociedad. Sus derechos especiales por lo que se refiere al territorio, a la caza, o a la representación de grupo, que les ayudan a reducir su vulnerabilidad ante las decisiones económicas y políticas del grueso de la sociedad, podrían ser eliminados por discriminatorios según la Declaración/Carta de Derechos[5].

4 Pese a todo, el NWAC está dispuesto a aceptar esta excepción de la revisión de la Carta siempre y cuando se adopte una futura Constitución aborigen que proteja eficazmente la igualdad sexual. Y de hecho diversos grupos aborígenes canadienses han elaborado una declaración de derechos y responsabilidades que regularía los gobiernos aborígenes (Turpel, 1989-1990, págs. 42-44). Para disputas sobre la protección legal de la igualdad sexual en las reservas indias en los Estados Unidos y Canadá, véase Christofferson, 1991; Resnik, 1989; Moss, 1990; Turpel, 1993; Cairns, 1994.

5 Por ejemplo, las garantías de representación de los indios podrían considerarse una violación de los derechos de igualdad avalados por la decimocuarta enmienda de la Constitución de los Estados Unidos (o la decimoquinta de la Carta canadiense), así como las restricciones sobre los derechos de libre circulación de los no indios en las reservas indias. Por las razones argumentadas en el capítulo 5, pienso que es un error interpretar los derechos de igualdad como algo que imposibilita tales políticas, aunque algunos no indios cuestionan los derechos de autogobierno y los derechos territoriales de los indios basándose en esta premisa (Tsosie, 1994, pág. 496).

Algunos dirigentes indios temen también que los jueces blancos del Tribunal Supremo puedan interpretar determinados derechos de una manera culturalmente sesgada. Por ejemplo, las tradicionales formas indias de toma de decisiones políticas por consenso se pueden interpretar como algo que niega los derechos democráticos. Estos procedimientos tradicionales no infringen el principio democrático que subyace a la Constitución; es decir, que la autoridad legítima precisa del consentimiento de los gobernados, sometido a revisiones periódicas. Sin embargo estos procedimientos no siguen el método específico contemplado por la Constitución para asegurar el consentimiento de los gobernados, esto es, la elección periódica de los representantes. Estos procedimientos se basan más bien en mecanismos, largo tiempo observados, para asegurar la toma de decisiones por consenso. A los dirigentes indios les preocupa que los jueces blancos impongan su propia y culturalmente específica forma de democracia, sin detenerse a considerar si las prácticas indias tradicionales son una interpretación igualmente válida de los principios democráticos.

Por tanto, muchos dirigentes indios son partidarios de que a sus comunidades se las exima de la Carta/Declaración de Derechos, pero al mismo tiempo afirman su compromiso con los derechos y libertades humanas básicas inherentes a estos documentos constitucionales. Tales dirigentes aprueban los principios, pero se oponen a las instituciones y procedimientos concretos que la sociedad dominante ha establecido para la protección de los mismos[6]. Por tanto, procuran crear o mantener sus propios procedimientos para proteger los derechos humanos, especificados en las Constituciones de las tribus y las bandas, algunas de las cuales se basan en las disposiciones de los protocolos internacionales sobre derechos humanos. Algunos grupos indios también han aceptado la idea de que sus gobiernos, al igual que todos los gobiernos sobe-

6 De acuerdo con la afirmación de Carens, «se supone que la gente experimentará la materialización de los principios de justicia a través de diversas instituciones concretas, pero en realidad pueden adquirir mucha experiencia de la institución y muy poca del principio» (Carens, 1994, pág. 39). Es una manera brillante de describir la percepción que muchos aborígenes canadienses tienen de la Carta canadiense y del Tribunal Supremo. Estos aborígenes experimentan los rituales y procedimientos del sistema judicial, pero en mucha menor medida los principios de justicia y derechos humanos inherentes a ellos. Para una discusión de la aplicación de los derechos constitucionales a los gobiernos indios, véase Turpel, 1989-1990; Boldt, 1993, págs. 174-156; Boldt y Long, 1984; Ball, 1989, págs. 2.308-2.309; Resnik, 1989, págs. 725-742; Tsosie, 1994; yel debate entre Roben Laurence y Robert Williams en *Arizona Law Review,* 30/3, 1988.

ranos, deberían ser responsables ante los tribunales internacionales de derechos humanos (por ejemplo, la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas). A lo que se oponen es a la pretensión de que las decisiones de su gobierno tengan que someterse a los tribunales federales de la sociedad dominante; tribunales que, históricamente, han aceptado y legitimado la colonización y el desposeimiento de los pueblos y las tierras indias.

En resumen, muchos grupos indios –incluso aquellos que se oponen a la revisión judicial federal de su autogobierno– no pretenden imponer restricciones internas. Sin embargo, existen importantes excepciones. Uno de los casos relativamente claros de restricciones internas entre los grupos indígenas autogobernados tiene que ver con los pueblo –una tribu india estadounidense– y la libertad religiosa. Como no están sujetos a la Declaración de Derechos, a los gobiernos tribales no se les exige que acaten la separación estricta entre Iglesia y Estado que aquélla refleja. De hecho, los pueblo han establecido un gobierno teocrático que discrimina a aquellos miembros de su comunidad que no comparten la religión tribal. Por ejemplo, se niegan los subsidios de vivienda a aquellos miembros de la comunidad que se han convertido al protestantismo. En este caso, no cabe duda de que las competencias del autogobierno se están utilizando para limitar la libertad de los miembros de la comunidad a la hora de cuestionar y revisar las prácticas tradicionales[7].

Para los foráneos muchas veces resulta difícil estimar la probabilidad de que el autogobierno de una minoría indígena o nacional conlleve la supresión de derechos individuales básicos. La identificación de la opresión requiere sensibilidad ante la situación específica, especialmente cuando se está tratando con otras culturas.

También es posible que los derechos poliétnicos se empleen para imponer restricciones internas. Los grupos inmigrantes y las minorías religiosas podrían, en principio, anhelar el poder legal para imponer a sus miembros las prácticas culturales tradicionales. Los grupos étnicos podrían exigir el derecho a que sus hijos abandonasen la escuela antes de la edad prescrita legalmente

7 Para una discusión del caso, véase Wesron, 1981; Svensson, 1979. Algunos dirigentes maorÍes de Nueva Zelanda insisten en que sus miembros tienen un deber similar de mantener las prácticas tradicionales (Sharp, 1990, pág. 249). Para una defensa (cualificada) de la reivindicación de que los miembros del grupo tienen tales «deberes de lealtad», hasta el punto de que algunas veces está justificado imponer restricciones internas, véase Nickel, 1994, págs. 95-97.

para ello, con lo que se reducirían las probabilidades de que estos niños abandonasen la comunidad al llegar a la edad adulta; o el derecho a perpetuar costumbres tradicionales como la clitoridecromía, o los matrimonios concertados y forzosos que infringen las leyes existentes relativas al consentimiento informado. Se han dado casos de maridos que han pegado a sus esposas porque han encontrado un trabajo fuera del hogar y que, como defensa legal, han argumentado que agredir a la esposa es una práctica aceptable en su país de origen. Más en general, se teme que «el multiculturalismo, llevado a su extremo lógico» pueda justificar que cada grupo étnico tenga autoridad para imponer sus propias tradiciones legales a sus miembros, aun cuando dichas tradiciones se contradigan con los derechos humanos básicos y con los principios constitucionales (Abu-Laban y Stasiulus, 1992, pág. 379).

La amenaza que tales restricciones internas representan para los derechos individuales es bastante real. Pero es erróneo sugerir que permitir tales prácticas opresivas es la extensión «lógica» de las actuales políticas de «multiculturalismo» en los principales países inmigrantes. El objetivo de las políticas existentes es permitir que los inmigrantes expresen su identidad étnica, si así lo desean, y reducir algunas de las presiones externas que se ejercen sobre ellos para asimilarlos. Es perfectamente lógico aceptar este objetivo y negar al mismo tiempo que los grupos tengan derecho a imponer determinadas prácticas a unos miembros que no desean mantenerlas. El modelo de polietnicidad inherente a la política pública en Canadá, Australia y los Estados Unidos, apoya la capacidad de los inmigrantes para elegir por sí mismos si mantienen o no su identidad étnica. En ninguna parte se sugiere que los grupos étnicos debieran tener capacidad alguna para regular la libertad de los individuos para aceptar o rechazar esta identidad. Como tal, la política pública refuerza (con bastante coherencia) algunas protecciones externas, al tiempo que rechaza las restricciones internas (Gobierno del Canadá, 1991b, pág. 11).

Además, entre los miembros de los propios grupos minoritarios no se genera demasiado apoyo para la imposición de restricciones internas. Pocas han sido las organizaciones de inmigrantes dentro de las democracias occidentales que han pretendido tales políticas[8]. La mayoría de las reivindicacio-

8 Por ejemplo, mientras que en algunas zonas de la India se siguen defendiendo las prácticas del *suttee* y del infanticidio femenino, ninguna organización inmigrante hindú en una democracia occidental

nes de los derechos poliétnicos se defienden en términos de –y adoptan la forma de– protecciones externas frente a la comunidad principal.

Naturalmente, algunos grupos sí reivindican restricciones internas. Esto es particularmente cierto en el caso de comunidades religiosas, más que en los grupos inmigrantes *per se.* Por ejemplo, los Estados Unidos exime a los amish, una secta cristiana con varios siglos de antigüedad, de las leyes relativas a la escolaridad obligatoria de los niños. Canadá ofrece una exención similar a otras antiguas sectas cristianas (los menonitas, los doukhobours y los hurteritas). Los miembros de dichas sectas pueden dejar de llevar a sus hijos a las escuelas antes de los dieciséis años, que es la edad que indica la ley, y tampoco se les exige que cursen el currículum escolar habitual. A los padres les inquieta que sus hijos reciban esta educación más amplia, ya que ello podría tentarles a abandonar la secta y a incorporarse plenamente a la sociedad. Estos grupos también pueden imponer severas restricciones a la capacidad de sus miembros para abandonarlos[9].

Merece la pena señalar que estas restricciones internas no son el resultado del reciente cambio hacia una política de inmigración más «poliétnica». Las exenciones legales concedidas a las sectas cristianas son muy anteriores a esta política, y los grupos inmigrantes recientes no gozan de tales exenciones. Por ejemplo, las democracias occidentales rechazan enérgicamente la idea de que los inmigrantes procedentes de países árabes o asiáticos deberían poder continuar prácticas tradicionales que implican restringir los derechos básicos de sus propios miembros, tales como los matrimonios concertados forzosos, o la discriminación sexual en la educación o el derecho familiar. Algunas veces, especialmente los dirigentes musulmanes en Gran Bretaña, esgrimen la idea de que la ley musulmana relativa al estatus familiar debería reconocerse legalmente. Pero nunca se ha producido ningún movimiento en favor del reconocimiento legal de los divorcios mediante el *talaq,* o en favor de que se exima a los musulmanes de

ha buscado la libertad de perpetuarlas. Estos son casos extremos, pero reflejan una tendencia general. Las restricciones internas que están profundamente arraigadas en el país de origen del inmigrante a menudo son indeseables —e incluso impensables- en el nuevo país. Para casos de prácticas opresivas que resurgen, como, por ejemplo, la circuncisión femenina, véase Poulter, 1987.

9 Sobre los amish, véase *Wisconsin v. Yoder,* 406 US 210. Para los casos canadienses, véase Janzen, 1990, capítulos 5-7.

la legislación civil relativa a la división equitativa de las propiedades matrimoniales[10].

Así pues, existen algunos casos de grupos étnicos y nacionales que reivindican restricciones internas. En estos casos, un grupo ha reclamado competencias legales para restringir la libertad de sus propios miembros y así poder conservar sus prácticas religiosas tradicionales. Estos grupos han intentado establecer o mantener un sistema de derechos diferenciados en función del grupo que proteja las prácticas comunales, no sólo ante las decisiones tomadas desde fuera del grupo, sino también ante el disenso interno, y esto muchas veces exige que se les exima de los requisitos constitucionales o legislativos que se aplican al conjunto de la sociedad[11].

10 En un divorcio talaq, un marido musulmán repudia unilateralmente a su mujer simplemente repitiendo tres veces «me divorcio de ti». Una esposa musulmana no tiene un derecho equivalente que le permita divorciarse de su marido unilateralmente. En Gran Bretaña se ha aprobado una legislación que sostiene que tales declaraciones carecen de fuerza legal (Poulter, 1987, pág. 601).

11 Muchas veces estas restricciones internas se racionalizan argumentando que la influencia de la sociedad de la que se forma parte (por ejemplo, la televisión) hace que sea más difícil para los miembros de un grupo mantener su forma de vida tradicional; algunos miembros son «presionados» por los seductores atractivos de la sociedad de la que forman parte. Sin duda es cierto que, en muchos casos, el disenso interno es el resultado de la exposición a influencias externas. Pero aún hay otra distinción fundamental entre las restricciones internas y las protecciones externas. El objetivo de las protecciones externas es asegurar que la gente pueda mantener su forma de vida si así lo desea, así como que las decisiones de personas ajenas a la comunidad no le impidan hacerlo. El objetivo de las restricciones internas es forzar a la gente a mantener su forma de vida tradicional, aun cuando no opten por ella voluntariamente porque consideran más atractivo otro tipo de vida. En ambos casos, podría decirse que el objetivo es limitar las «influencias externas». Pero el tipo de «influencia» implícita en ellos, así como la naturaleza del «límite», es fundamentalmente diferente. En el primer caso, la influencia de la sociedad de la que forman parte imposibilitaría que la gente que hubiese optado por mantener su forma de vida tradicional pudiera hacerlo. Limitar esta influencia mediante protecciones externas ayuda a asegurar que los miembros de un grupo pueden actuar sobre la buena vida en virtud de sus preferencias informadas. En el segundo caso, la influencia de la sociedad de la que forman parte ofrece alternativas que algunos miembros podrían preferir a su forma de vida tradicional, aun cuando pudieran mantener esta última de desearlo. Limitar esta influencia mediante restricciones internas implica reducir la capacidad de las personas para actuar sobre la vida buena en virtud de sus preferencias informadas. Las protecciones externas ofrecen a las personas el derecho a mantener su forma de vida si así lo prefieren; las restricciones internas imponen a la gente la obligación de mantener su forma de vida, aun cuando no la hayan elegido voluntariamente. Como argumentaré en el capítulo 5, apartado 3, una teoría liberal debe contemplar la interacción con –y el aprendizaje de– otras culturas como un bien, no como algo a lo que haya que resistirse.

Es importante señalar que tales reivindicaciones son raras, y que raramente tienen éxito. En las democracias occidentales, la mayor parte de las reivindicaciones de derechos específicos en función del grupo realizadas por grupos étnicos y nacionales se centran en las protecciones externas. Aquellos escasos grupos que han reivindicado competencias para imponer restricciones por lo general no han obtenido respuesta. Aunque durante los últimos veinte años la mayoría de las democracias liberales han hecho algunos esfuerzos para acomodar las diferencias étnicas y nacionales, este cambio hacia una política pública más «multiculturalista» ha sido casi totalmente una cuestión de aceptar determinadas protecciones externas, no restricciones internas.

No siempre resulta sencillo trazar esta distinción entre restricciones internas y protecciones externas, como tampoco la distinción entre naciones y grupos étnicos. Muchas veces las medidas encaminadas a proporcionar protecciones externas tienen implicaciones para la libertad de los miembros en el seno de la comunidad. En el mejor los casos cuestan un dinero para administrar y, por tanto, esto puede hacer que se incrementen los impuestos sobre los miembros de un grupo. Pero algunas veces las implicaciones pueden ser más graves.

Por ejemplo, el *caso de Salman Rushdie* ha hecho que algunos musulmanes británicos hayan propuesto leyes antidifamatorias grupales que pudieran proporcionar la misma protección a los grupos religiosos que las leyes contra la apología del racismo proporcionan a los grupos raciales. En el caso de las leyes antidifamatorias la motivación era proporcionar una forma de protección externa; esto es, de proteger a los negros y a los judíos de los elementos racistas que existen en el seno de la sociedad. Muchas veces las leyes antilibelo grupal se defienden en parecidos términos como una forma de proteger a los musulmanes de la virulenta «islamofobia» de los países occidentales. Pero estas leyes antilibelo grupal pueden emplearse también para restringir la difusión de la blasfemia o la apostasía dentro de una comunidad religiosa. De hecho, como sugiere el propio ejemplo de Rushdie, hay razones para pensar que algunos dirigentes musulmanes ambicionan tales leyes fundamentalmente para controlar la apostasía dentro de la comunidad musulmana, más que para controlar la expresión de los no musulmanes[12]. Las leyes justificadas en términos de protección externa pueden abrir la puerta a restricciones internas.

12 Sobre este tema, véase Parekh, 1990, y mi debate con Tariq Modood (Kymlicka, 1993b, Modood, 1993).

Otro ejemplo está relacionado con los derechos territoriales indígenas. La supervivencia de las culturas indígenas en todo el mundo depende sobremanera de la protección de su base territorial, de ahí que los pueblos indígenas hayan luchado tenazmente para mantener la propiedad de sus tierras. De hecho, como he señalado antes, las disputas territoriales emprendidas por los indígenas son la principal causa de los conflictos étnicos en el mundo (Gurr, 1993, pág. viii). Pero esta base territorial es vulnerable ante el mayor poder económico y político del grueso de la sociedad. La historia ha demostrado que la manera más eficaz de proteger a las comunidades indígenas ante este poder externo es crear reservas en las que la tierra es de propiedad comunal y/o fiduciaria, y no puede ser alienada sin el consentimiento de la comunidad en su conjunto. Esto es consistente con las nociones tradicionales de los pueblos indígenas referentes a la tierra, pero una de las estrategias más comunes empleadas por los colonos europeos para abrir las tierras indígenas a la colonización fue sustituir la propiedad comunal tradicional por la titularidad individual, contra la voluntad de los propios pueblos indígenas. Así, cuando la tierra está dividida y es alienable, los miembros más acaudalados de la sociedad predominante pueden comprar la tierra y otros recursos de los que depende la comunidad. Además, la tierra individualizada y alienable es más vulnerable a la expropiación por parte de los gobiernos.

Por tanto, la creación de reservas territoriales ofrece protección contra el poder económico y político de la sociedad predominante para comprar o expropiar las tierras indígenas. Sin embargo, un producto lateral de la propiedad comunal de la reserva territorial es que los miembros individuales de una comunidad indígena tienen menos capacidad de endeudamiento, puesto que tienen menos propiedad alienable para emplear como garantía. Aunque esto no implica violación alguna de ningún derecho civil o político básico, representa una significativa restricción de la libertad de los miembros individuales. Lamentablemente, parece ser un subproducto natural de la protección externa que ofrece el sistema de propiedad de los territorios indígenas[13].

13 Esto ha creado la paradójica situación de que los pueblos indígenas que poseen derechos sobre grandes extensiones de terreno y vastos recursos naturales no pueden pedir el dinero necesario para explotar dichos recursos. Para una discusión sobre los «derechos territoriales colectivos» y su impacto sobre la libertad de los miembros del grupo, véase Buchanan, 1993. Las disposiciones relativas a la

En la medida en que se producen restricciones internas, muchas veces éstas se defienden considerándolas como inevitables productos laterales de las protecciones externas, más que como algo deseable en y por sí mismas[14]. Existe poco entusiasmo por lo que podríamos llamar restricciones internas «puras»; esto es, la protección de las costumbres históricas o el talante religioso de un grupo étnico o nacional mediante las limitaciones de las libertades civiles básicas de sus miembros.

Tanto los partidarios como los críticos de los derechos diferenciados en función del grupo muchas veces ignoran esta distinción entre restricciones internas y protecciones externas. Así, encontramos críticos liberales que consideran que todas las formas de ciudadanía diferenciada en función del grupo «padecen una deficiencia intrínseca, en la medida en que sitúan al grupo por encima del individuo» (Tomuschat, 1983, págs. 978-979). Ésta es una importante objeción a las restricciones internas, pero no es válida para las protecciones externas, ya que no «sitúan al grupo por encima del individuo».

Los partidarios de la ciudadanía diferenciada en función del grupo cometen también el mismo error. Por ejemplo, algunos aborígenes canadienses adu-

venta de tierras en las islas Áland (una zona de Finlandia de habla sueca) ofrecen otro caso en el que los regímenes de propiedad establecidos para proporcionar protecciones externas tienen cierto impacto (menor) sobre la libertad individual de los miembros del grupo (Minority Rights Group, 1991, págs. 12-15).

14 Para alguno de los inevitables impactos del autogobierno aborigen sobre las normas de la ciudadanía canadiense, véase Gibbins, 1986, págs. 369-372. Otro ejemplo de la forma en que se combinan las restricciones internas y las protecciones externas lo ofrece la legislación lingüística en el Quebec. Es un ejemplo complejo, puesto que las leyes distinguen entre diversos tipos de usos idiomáticos (servicios gubernamentales, educación, puesto de trabajo y rótulos comerciales) y diversos grupos (residentes anglófonos, anglófonos que se trasladaron a Quebec desde otras provincias, francófonos e inmigrantes). La justificación fundamental de esta legislación es asegurar la igualdad de oportunidades de los francófonos frente a la presión económica y política de la mayoría anglófona en Canadá (y Norteamérica). Como tales, han tenido bastante éxito, especialmente al permitir que los francófonos empleasen el francés en su lugar de trabajo. Sin embargo, algunos aspectos de estas leyes implican restricciones internas. Por ejemplo, la ley no sólo garantiza que existan rótulos comerciales en francés, sino que restringe también la disponibilidad de los mismos, impidiendo, por tanto, que los francófonos elijan voluntariamente usar el inglés. Esto es, en parte, una restricción interna, puesto que está parcialmente orientada a proteger la estabilidad de la sociedad quebequesa ante las elecciones de sus propios miembros. Pero es también, parcialmente, una protección externa altamente restrictiva, puesto que restringe innecesariamente la libertad de los anglófonos para emplear su propia lengua (véase Yalden, 1989; Mendes, 1991; Campbell, 1994).

cen que su derecho a las protecciones externas ante la sociedad en la que están englobados implica el derecho a limitar las libertades básicas de sus miembros. Esto se ha evidenciado en dos casos recientes presentados ante los tribunales canadienses. El primer caso estaba relacionado con los derechos especiales de pesca de los pueblos aborígenes, que son una forma de protección externa. La pesca es un aspecto importante de algunas culturas aborígenes y garantizar los derechos de pesca asegura que éstos no serán sobrestimados o infravalorados por el grueso de la sociedad en decisiones que atañan al acceso a la pesca. Estas protecciones externas fueron ratificadas por el tribunal supremo canadiense. El segundo caso concernía a un hombre indio que fue literalmente raptado por miembros de su banda y forzado a someterse a una ceremonia de iniciación que implicaba violencias físicas y encarcelamiento ilegal. Los defensores adujeron que la anterior decisión del tribunal supremo en favor de los derechos de pesca específicos para el grupo aborigen demostraban que en la Constitución canadiense los «derechos colectivos» de los pueblos aborígenes primaban sobre los derechos individuales. El tribunal rechazó este razonamiento, y actuó correctamente, ya que no hay razón para presumir que las protecciones externas y las restricciones internas son una y la misma cosa[15].

En vez de garantizar una prioridad poco justificada a los derechos colectivos sobre los individuales, o viceversa, deberíamos distinguir las protecciones externas y las restricciones internas. Lejos de ser la misma cosa, argumentaré que las mismas razones que hacen que apoyemos las protecciones externas sirven también para oponerse a las restricciones internas.

15 El primer caso fue *Sparrow v. Regina* (1990) 3 CNLR SCC; el segundo fue *Thomas v. Norris* (1992) 3 CNLR BCSe. Para una discusión sobre Thomas, y sobre cómo éste se sitúa fuera de los límites aceptables de la protección de las diferencias de grupo, véase Eisenberg, 1994; Isaac, 1992; 1. Green, 1994. Debo señalar que algunos aborígenes se han opuesto a la decisión del caso *Thomas* alegando que el Tribunal Supremo no posee jurisdicción legítima en un caso relacionado con los asuntos internos de una banda india que se autogobierna. Abordaré esta cuestión de la jurisdicción en el capítulo 8.

II. La ambigüedad de los «derechos colectivos»

Podemos ver ahora por qué el término «derechos colectivos» resulta de poca ayuda a la hora de describir las diversas formas de ciudadanía diferenciada en función del grupo. El problema es, por una parte, que el término es demasiado amplio y, por otra, que no logra trazar la distinción entre restricciones internas y protecciones externas. Pero un problema más profundo es que dicho término sugiere una falsa dicotomía con los derechos individuales.

Según la interpretación natural, el término «derechos colectivos», alude a los derechos acordados ya ejercidos por las colectividades, donde estos derechos son distintos de –y quizá conflictivos con– los derechos otorgados a los individuos que forman la colectividad. Ésta no es la única definición posible de derechos colectivos; de hecho, en la bibliografía existen cientos de definiciones, pero casi todas coinciden en que, por definición, los derechos colectivos no son derechos individuales.

Pese a ello, muchas formas de ciudadanía diferenciada en función del grupo son, de hecho, ejercidas por los individuos. Los derechos diferenciados en función del grupo pueden ser otorgados a los miembros individuales de un grupo, o al grupo como un todo, o a un Estado/provincia federal dentro del cual el grupo en cuestión constituye la mayoría[16].

Consideremos los derechos lingüísticos de las minorías. En Canadá, el derecho de los francófonos a emplear el francés en los tribunales federales es un derecho otorgado ya ejercido por los individuos. El derecho de los francófonos a que sus hijos sean educados en escuelas francesas es ligeramente diferente: es ejercido por los individuos pero sólo «donde el número de niños lo justifica». Por otra parte, los derechos especiales de caza y pesca de los pueblos indígenas, son ejercidos, por lo general, por la tribu o banda. Por ejemplo, será el consejo de una tribu o de una banda el que determinará qué caza se producirá. Una india cuyas capturas estén restringidas por su consejo no puede alegar que esto constituye una negación de sus derechos, porque los derechos de caza indios no se otorgan a los individuos. Un cuarto caso es el

16 Véase también la reciente decisión *Mabo* en Australia, que finalmente reconoció la propiedad aborigen tradicional del territorio (*Mabo v. Queensland* (n. 2J (1991] 175 CLR 1). El Tribunal Supremo señaló que la titularidad aborigen podía ser acreditada por individuos, subgrupos, o por la colectividad en su conjunto, dependiendo de las circunstancias.

derecho de los quebequeses –ratificado por el sistema federalista existente– a conservar y a promover su cultura. Éste es un derecho ejercido por la provincia de Quebec, cuyos ciudadanos son predominantemente quebequeses, pero que también engloba a muchos ciudadanos no francófonos[17]. Todos estos son derechos diferenciados en función del grupo, ya que se otorgan en virtud de la pertenencia cultural. Pero algunos de ellos se otorgan a los individuos, otros al grupo, otros a una provincia o territorio, y otros donde el número de personas lo justifica.

El que determinados derechos lingüísticos de las minorías sean ejercidos por individuos ha desencadenado un gran (y grandemente estéril) debate acerca de si éstos son realmente «derechos colectivos» o no. Este debate es estéril porque la cuestión de si el derecho es (o no) colectivo es moralmente irrelevante. Lo que en verdad se plantea al evaluar los derechos lingüísticos es por qué son derechos específicos en función del grupo; esto es, por qué los francófonos estarían en situación de exigir que los procesos judiciales o la educación se desarrollen en su lengua materna, a expensas públicas, y las personas que hablan griego o swahili no. He sugerido que la respuesta es que los derechos lingüísticos son uno de los componentes de los derechos nacionales de los canadienses franceses. Dado que los grupos inmigrantes

17 La concesión de derechos o competencias especiales a una provincia o territorio dominado por una comunidad concreta puede ser más fácil que conceder derechos o competencias a la propia comunidad, ya que ésta, más que establecer estructuras políticas totalmente nuevas fuera de la división de poderes federal, se aprovecha de las estructuras del federalismo preexistente. Sin embargo, existe un peligro al conceder derechos especiales a un gobierno provincial, ya que ello puede dar la impresión de que el gobierno sirve, fundamental o exclusivamente, a los intereses del grupo dominante. Una cosa es decir que los quebequeses constituyen una comunidad cultural distinta, que tiene derecho a competencias o derechos especiales y que el gobierno provincial del Quebec es el organismo más apropiado para ejercer estos derechos. No obstante, existe el peligro de que ello pueda llevar a la idea muy diferente de «Québec au Québécois», como si los quebequeses no francófonos no fuesen igualmente ciudadanos de la provincia (*Howse y Knop,* 1993). Para evitar esto, podría resultar preferible que los derechos especiales los ejercieran siempre directamente los miembros de la comunidad, más que los individuos a través de un gobierno provincial. Sin embargo, esto no es siempre posible, ni deseable, ya que podría generar constantes conflictos acerca de quién es o no miembro de la comunidad. La cuestión de quién debería ejercer derechos especiales –si deberían ser los miembros individuales de una comunidad, la comunidad en su conjunto o bien una provincia o territorio– depende muchas veces de las consideraciones prácticas acerca de la eficacia o flexibilidad de las diferentes instituciones. Véase Asch, 1984, cap. 7.

no son minorías nacionales, no se les han concedido derechos lingüísticos análogos.

El que los canadienses franceses sean una minoría nacional es esencial para comprender por qué los individuos francófonos tienen derecho a un juicio en francés, por qué un grupo de padres francófonos puede exigir una escuela francesa allá donde el número de niños lo justifique, y por qué la provincia de Quebec tiene jurisdicción sobre la educación según la división de poderes federal. Estas variaciones sobre quién ejerce verdaderamente el derecho son en gran medida una cuestión de conveniencia administrativa, que no afecta a la justificación inherente basada en el reconocimiento de los franceses como minoría nacional. Puesto que los griegos, por ejemplo, no son una minoría nacional en Canadá, no se les ha concedido derechos individuales o colectivos relativos al reconocimiento oficial de su lengua materna.

El caso de los derechos de caza de los indios muestra también que lo importante no es si el derecho es «colectivo» (como algo opuesto al individuo), sino que es un derecho diferenciado en función del grupo. Muchas personas no indias en los Estados Unidos, Canadá y Australia se oponen a que los indios tengan derechos especiales de caza y pesca. Pero tampoco estarían conformes si estos derechos fueran otorgados a los individuos indios en lugar de a las bandas, ya que se oponen a la concesión de derechos en función de la pertenencia a un grupo, con los que se confiere a los indios unos derechos y un estatus especiales. Para los críticos, el que estos derechos específicos en función del grupo se atribuyan a los individuos indios o a las tribus o bandas indias resulta bastante irrelevante[18].

Por tanto, describir la ciudadanía diferenciada en función del grupo con la terminología de los derechos colectivos resulta doblemente erróneo. De hecho, algunos derechos diferenciados en función del grupo son ejercidos por los individuos y, en cualquier caso, la cuestión de si los derechos los ejercen los individuos o los colectivos no es el problema fundamental. Lo importante es por qué determinados derechos son derechos diferenciados en función del grupo; esto es, por qué los miembros de determinados grupos

18 Puede ser de gran importancia para los individuos indios, especialmente para aquellos que están sometidos a discriminación dentro de la banda.

deberían tener derechos referentes al territorio, a la lengua, a la representación, etcétera y los miembros de otros grupos no[19].

Esta fusión de ciudadanía diferenciada en función del grupo con los derechos colectivos ha tenido un efecto desastroso sobre el debate filosófico y popular. Debido a que contempla el debate en términos de derechos colectivos, mucha gente da por supuesto que el debate sobre la ciudadanía diferenciada en función del grupo equivale en lo esencial al debate entre individualistas y colectivistas sobre la prioridad relativa del individuo y la comunidad. Los individualistas aducen que el individuo es moralmente anterior a la comunidad: la comunidad importa únicamente porque contribuye al bienestar de los individuos que la constituyen. Si tales individuos consideran que ya no vale la pena mantener las prácticas culturales existentes, entonces la comunidad no tiene ningún interés independiente en mantener dichas prácticas, y ningún derecho a impedir que los individuos las modifiquen o

19 El mismo problema surge con otros términos populares empleados para describir estas políticas. Por ejemplo, algunas personas aluden a las diversas formas de derechos diferenciados en función del grupo como «derechos comunitarios» o «derechos grupales». Sin embargo, estos términos implican también una falsa contraposición con los derechos individuales. Además, la expresión «derechos comunitarios» produce una engañosa percepción acerca de la homogeneidad del grupo cultural. Los grupos étnicos y nacionales no son «comunidades», si esto significa un grupo de gente unida por un conjunto de creencias y valores comunes, o incluso un senrimienro de solidaridad. Como argumentaré más adelante, los grupos étnicos y nacionales pueden estar profundamente divididos en virtud de sus compromisos políticos, religiosos y de forma de vida, yel término «comunidad» puede colaborar a difuminar estas divisiones (véase 1. Young, 1990, cap. 8).

El término «derechos minoritarios» es hasta cierto punro mejor, ya que no implica un contraste artificial entre los derechos individuales y los derechos específicos en función del grupo. Sin embargo, es potencialmente erróneo en otro sentido, ya que históricamente se ha empleado para describir cualquier restricción constitucional sobre el alcance del gobierno mayoritario, incluyendo las restricciones que protegen los derechos comunes de ciudadanía. Así, las garantías para la libertad de conciencia se han considerado muchas veces «derechos minoritarios», ya que han protegido a las minorías religiosas de la persecución de la mayoría. Además, todos estos términos se resienten de que muchas de las reivindicaciones efectuadas por grupos étnicos y nacionales no adoptan de hecho la forma de *derechos* en la acepción estrictamente legal del término. Adoptan por el contrario la forma de competencias legislativas o de inmunidades legales. Para evitar ambigüedades, quizá debería referirme a ‚das reivindicaciones de los miembros de grupos étnicos y nacionales de derechos, competencias, estatus o inmunidades diferenciados en función de su pertenencia a un grupo, fuera de los derechos comunes de ciudadanía». Sin embargo, para ahorrar espacio, emplearé el término «derechos diferenciados en función de la pertenencia a un grupo» o «derechos minoritarios» como la mejor expresión sintética posible.

las rechacen. Por tanto, los individualistas rechazan la idea de que los grupos étnicos y nacionales tengan cualquier tipo de derechos colectivos.

Por el contrario, los colectivistas niegan que los intereses de una comunidad sean reducibles a los intereses de los miembros que la componen. Equiparan los derechos colectivos a los individuales, y los defienden de forma paralela. Las teorías sobre los derechos individuales empiezan por explicar qué es un individuo, qué intereses tiene éste *qua* individuo, y entonces derivan un conjunto de derechos individuales que protegen estos intereses. De forma similar, los colectivistas empiezan por explicar qué es una comunidad, que intereses tiene *qua* comunidad, y entonces derivan un conjunto de derechos comunitarios que protegen estos intereses. Así como determinados derechos individuales se derivan del interés de cada individuo en su libertad personal, determinados derechos comunitarios se derivan del interés de cada comunidad en su propia conservación. Por tanto, estos derechos comunitarios deben contraponerse a los derechos de los individuos que componen la comunidad.

Este debate sobre la reductibilidad de los intereses comunitarios a los intereses individuales está a la orden del día en la bibliografía sobre los derechos colectivos[20]. Pero es irrelevante para la mayoría de cuestiones relativas a los derechos diferenciados en función del grupo en las democracias liberales. La afirmación de que las comunidades tienen intereses independientemente de sus miembros es relevante para las restricciones internas: puede explicar por qué los miembros de una comunidad están obligados a mantener prácticas culturales. Pero no puede explicar las restricciones externas; es decir, por qué algunos derechos se distribuyen desigualmente entre los grupos, por qué los miembros de un grupo reivindican algo a los miembros de otro grupo. La idea de que los grupos prevalecen ante los individuos, aunque fuese cierta, no puede explicar por sí misma esta asimetría entre grupos.

Colectivistas e individualistas discrepan en la cuestión de si las comunidades pueden tener derechos o intereses independientemente de sus miembros individuales. Este debate sobre la primacía del individuo o de la

20 Véase la discusión del «notable paralelismo entre el ataque comunitarista al liberalismo filosófico y la noción de derechos colectivos» en Galenkamp, 1993, págs. 20-25. Para representantes del bando «individualista», véase Narveson, 1991; Hartney, 1991. Para el bando «comunitarista», véase McDonald, 1991a; Garet, 1983; Van Dyke, 1982;Johnston, 1989.

comunidad es uno de los más antiguos y venerables de la filosofía política. Pero espero que haya quedado claro cuán inútil resulta a la hora de evaluar la mayoría de los derechos diferenciados en función del grupo en las democracias occidentales. La mayoría de tales derechos no tienen que ver con la primacía de las comunidades sobre los individuos, sino que más bien se basan en la idea de que la justicia entre grupos exige que a los miembros de grupos diferentes se les concedan derechos diferentes.

¿La justicia entre los miembros de diferentes grupos exige una ciudadanía diferenciada en función del grupo? Creo que sí. Sin embargo, antes de explorar estos argumentos, quiero abundar en los antecedentes históricos. Mi exposición cuestionará algunas creencias liberales profundamente arraigadas sobre la libertad y la igualdad y, por tanto, es importante ver, en primer lugar, el por qué de tan profundo arraigo.

Justificaciones liberales para los derechos de los grupos étnicos

Rainer Baubock

Sumario

Introducción. **I.** Los derechos colectivos compatibles con el individualismo moral. **II.** Cuatro argumentos en pro de los derechos de grupo étnico. **III.** Conclusiones. **IV.** Bibliografía.

Introducción

Los debates sobre los derechos de grupo abordan dos temas diferentes pero que se solapan: igualdad liberal e individualismo moral. Se suele considerar que la norma de igualdad exige, cuando se aplica a derechos, igualdad de interés, respeto, protección o trato por parte de la ley para los individuos. En su interpretación más estricta (que está vinculada a la idea de tratamiento igual) se considera que esto significa que la ley debería ser ciega a las diferencias de género, orientación sexual, "raza", origen étnico, pertenencia cultural, afiliación religiosa, etc. Esta enumeración revela dos preocupaciones subyacentes en relación con la igualdad: por una parte la ley no debería diferenciar entre individuos basándose en características que éstos hayan adquirido al nacer sin elegirlas (como género, origen étnico o "raza"). Por otra parte, la ley debería ser igualmente neutral respecto a afiliaciones elegidas en las que no tenga por

qué intervenir el estado, siempre que no afecten a los derechos de otros ciudadanos (como por ejemplo la fe religiosa, las prácticas sexuales, formas particulares de vida). Lo que parece rechazar por tanto la norma de igualdad son derechos de grupo diferenciado que tengan en cuenta tales distinciones. Me propongo demostrar que una interpretación más amplia de la igualdad que es compatible con normas de respeto, interés o protección iguales puede proporcionar justificación para una serie de derechos de grupo diferenciado.

Hay también dos versiones del individualismo moral. Joseph Raz define (y critica) el individualismo como "la doctrina que considera que sólo pueden ser intrínsecamente buenos o valiosos los seres humanos individuales o aspectos de sus vidas" (Raz, 1986: 18). Si añadimos a esto la idea de que los derechos son instrumentos para promover los intereses de individuos cuyas vidas y capacidades son intrínsecamente valiosas, llegamos a la conclusión de que sólo pueden tener derechos personas humanas naturales. Esto elimina los derechos de los animales que no se deriven de derechos de humanos, así como los derechos de grupos sociales que sean independientes de los de sus miembros individuales, o anteriores a ellos. Una doctrina menos amplia del individualismo, que otorga mayor ámbito a los intereses morales no individualistas, postula que sólo se puede considerar agentes o sujetos morales en el más pleno sentido a los seres humanos individuales. Esto parece apoyar a primera vista una idea aún más restrictiva de los derechos, que excluye por ejemplo a los fetos, así como a los niños pequeños o a las personas con graves deficiencias mentales. Intentaré demostrar, sin embargo, que un individualismo básico centrado en la actuación moral es compatible con un mayor ámbito para los derechos que incluye esas categorías así como colectivos sociales.

Si examinamos las democracias liberales contemporáneas con la mirada del politólogo, en vez de hacerlo con la del filósofo normativo, descubriremos una amplia variedad de derechos que pueden denominarse colectivos o de grupos diferenciados en los dos sentidos que acabamos de explicar. Estos dos tipos de derechos no van necesariamente juntos, de modo que se puede defender la diferenciación de grupo y rechazar al mismo tiempo la posibilidad de que los colectivos puedan ser portadores de derechos y viceversa. En el amplio campo de los derechos culturales podemos mencionar como ejemplos de derechos puramente de grupo diferenciado el uso de un idioma minoritario en los tribunales, las exenciones de las leyes de cierre dominicales para

una minoría religiosa, o las normas de discriminación positiva para miembros de un grupo racialmente discriminado. En todos estos casos el derecho de que se trata lo ostentan, lo ejercen y pueden renunciar a él los individuos más que el grupo, pero es necesaria la pertenencia al grupo para gozar del derecho. Por otra parte, asociaciones, organizaciones y corporaciones ostentan derechos como personas jurídicas que están compuestas de personas físicas. En un sentido sociológico se trata por tanto de derechos de colectivos, aunque la ficción legal trate a la persona jurídica como si fuese un individuo. Estos derechos son en general neutrales en cuanto a distinciones entre grupos sociales y no se da por ello diferenciación de grupo. Sin embargo, hay también derechos que son a la vez de grupo diferenciado y colectivos, como los derechos de una minoría lingüística a inscripciones topográficas en su lengua o los poderes de autonomía territorial de una minoría nacional dentro de un estado federal y de representación especial en las instituciones políticas de ese estado. Utilizaré el término derechos de grupo al referirme al conjunto mayor de derechos que tienen en cuenta a grupos sociales adscriptivos bien diferenciando derechos individuales o bien asignando derechos al grupo como un colectivo (o a organizaciones que representen al grupo).

Los pluralistas liberales se han lanzado mayoritariamente a una defensa de la diferenciación de grupo dando por supuesto a la vez que esto justifica derechos colectivos[1]. Sus adversarios suelen replicar que la idea de que los grupos puedan ser portadores de derechos es o absurda o incompatible con la moralidad liberal. Existe por tanto el peligro de que ambas partes hablen sin escucharse. Quiero reforzar las razones pluralistas combatiendo tanto la neutralidad

1 Institute for Advanced Studies, Viena, y Department of Polítical Science University of Viena. Soledad Carcía y Steven Lukes (comps.), *Ciudadanía: justicia social, identidad y participación,* Madrid, Siglo XXI, 1999, pp. 159-193.

Por ejemplo, las defensas de los derechos colectivos de Iris Young y Will Kymlicka se basan esencialmente en argumentos de diferenciación de grupo sin abordar la cuestión más teórica de si se puede considerar a los grupos portadores de derechos y cómo. Young diferencia grupos sociales caracterizados por formas de vida, prácticas o formas culturales específicas (Young, 1990: 43) de agregados y asociaciones y defiende la idea comunitaria de que esos grupos "los constituyen individuos" (Ibid.: 45) que no han elegido voluntariamente pertenecer a ellos. Aunque esto apoya el que se considere la pertenencia al grupo relevante para los derechos de los individuos no justifica en modo alguno que se asignen derechos a grupos que se pudiesen poseer independientemente de sus miembros individuales e incluso en contra de ellos.

estricta como el individualismo estricto en el campo de los derechos. Los principios liberales pueden justificar tanto la diferenciación de grupo como la titularidad colectiva de derechos, y en algunos casos necesitan hacerlo, en realidad. La argumentación contraria al individualismo de los derechos sirve para una clarificación conceptual y es necesario hacerla en primer término para despejar la vía para una defensa de las formas más fuertes de derechos colectivos de grupo diferenciado. La primera parte de este artículo está dedicada a esta tarea. Defender la diferenciación de grupo es una empresa más compleja, que tiene que aunar una exploración del principio normativo con una exposición empírica plausible de la diferenciación cultural dentro de las sociedades y estados modernos. En la segunda parte analizaré cuatro justificaciones relevantes de la ciudadanía diferenciada para grupos étnicos.

I. Los derechos colectivos compatibles con el individualismo moral

Tres estrategias liberales contra los derechos colectivos

Antes de pasar a exponer justificaciones positivas para los derechos colectivos expondré primero mis objeciones a tres tentativas frecuentes de eludir el problema. Los liberales que proclaman su oposición a los derechos colectivos pueden seguir tres estrategias distintas respecto a las disposiciones existentes que se consideran en general derechos colectivos. Pueden rechazar su legitimidad, pueden rechazar el carácter colectivo de los derechos implicados, o pueden aceptar el carácter colectivo de las disposiciones pero negar que otorguen derechos. Permitidme que denomine a estas actitudes estrategias de rechazo, reducción y redenominación.

1. La panoplia de derechos colectivos existente se puede rechazar coherentemente dentro de un marco libertario. Se puede afirmar, sin embargo, plausiblemente, que los libertarios que no son anarquistas tienen que aceptar un derecho colectivo quintaesencial, el monopolio estatal de la violencia legítima, como salvaguarda necesaria para garantizar las libertades individuales en la sociedad (Nozick, 1974: 88-119). Tenderán también a

aceptar derechos muy fuertes de asociaciones voluntarias dentro de una sociedad con el único límite de la libertad del individuo para poder abandonarlas (ibid.: 320-5; Kukathas, 1992). Los libertarios pueden indicar en ambos casos que esos derechos se pueden reducir a derechos individuales, en el sentido de que nacen de derechos de las personas naturales a formar un estado (es decir una asociación política territorial) u otros tipos de asociaciones (Steiner, 1994: 265, n. 61). Sin embargo, este supuesto origen de las libertades individuales no demuestra que los derechos resultantes no sean derechos colectivos que se pueden detentar independientemente de los individuos y contra ellos. Lo que normalmente no aceptan los libertarios y pueden rechazar coherentemente de acuerdo con su planteamiento teórico es que un estado otorgue protección y beneficios especiales a grupos dentro de la sociedad o que un estado se arrogue otros derechos (como por ejemplo un monopolio de la educación pública) que infrinjan las libertades tanto de los individuos como de las asociaciones voluntarias (para organizar ellos mismos la educación de sus hijos según deseen).

2. Los liberales igualitaristas que defienden ciertas políticas vigentes del estado de bienestar contra el ataque libertario tendrán que elegir una estrategia distinta. Pueden argumentar que lo que parecen ser derechos colectivos son en realidad derechos individuales disfrazados. No voy a negar que con cierto grado de sofistería es posible demostrar que hasta los derechos más evidentemente colectivos se reducen a derechos individuales[2]. Por el momento sólo quiero señalar que si este ejercicio reduccionista tuviese éxito agravaría considerablemente los problemas políticos que les preocupan a estos liberales. Afirmar que todos los derechos colectivos existentes se pueden re-

2 Yael Tamir propugna un derecho universal de autodeterminación nacional como un derecho estrictamente individual de toda persona (Tamir, 1993: 73). Esto tiene la engorrosa consecuencia de que postula un derecho humano que, por razones conceptuales, tal vez no se pueda otorgar del mismo modo a todo ser hu· mano. Sigue sin estar claro cómo se podrían eludir las reclamaciones opuestas de autodeterminación nacional. La solución de T amir es redefinir el derecho como una demanda de espacio para una cultura en la esfera pública más que un territorio estatal. Aunque esto alivie el problema, no lo resuelve. La cultura es esencialmente un bien público y el espacio público es, lo mismo que el territorio, un recurso limitado que no se puede dividir infinitamente sin que pierda su carácter público. Es frecuente, debido a ello, que no puedan satisfacerse de forma simultánea las demandas contrapuestas de usos mutuamente excluyentes de espacio público.

ducir a derechos individuales da la impresión de que proporciona una justificación completa para su promoción y proliferación. Resultará en ese caso bastante difícil defender una prioridad general de libertades individuales por una parte y limitaciones a esos derechos por otra[3]. Sólo si admitimos que existen derechos colectivos y que son auténticamente distintos de los individuales podemos afirmar que los primeros establecen límites para los segundos. Los liberales podrían distinguir entre derechos colectivos reducibles e irreducibles, como estrategia alternativa, y negar que estos últimos puedan estar justificados en alguna ocasión. Sin embargo esto deja en la categoría justificable algunos de los derechos de grupo diferenciado más discutidos, como las cuotas de discriminación positiva, asignando a la categoría injustificable algunos derechos bastante poco polémicos, como la negociación salarial colectiva o los poderes legislativos de las provincias federales.

3. Hay una tercera estrategia que parece más prometedora. La idea es que los derechos colectivos, a diferencia de los individuales, deberían considerarse una cuestión política. Para evitar las fuertes implicaciones de una visión liberal de los derechos como triunfos deberíamos hablar de acuerdos institucionales y disposiciones colectivas, más que de derechos. Estas disposiciones caen dentro del ámbito de lo políticamente permisible, no de lo prescrito u obligatorio. Los estados pueden adoptar estos planes por razones de prudencia, pero no deberían proclamarlos públicamente derechos ni entronizarlos en su constitución. Se alberga así la esperanza de que los derechos colectivos resulten con ello menos rígidos y menos polémicos. Pero esta estrategia puede fracasar en la mayoría de los casos. Primero, esa redenominación deforma evidentemente la naturaleza de las reclamaciones de derechos colectivos planteadas por las minorías, que no equivalen a mendigar privilegios que un estado tenga libertad para otorgar o denegar. Además, esta estrategia refuerza la legitimidad de las disposiciones colectivas que operan en favor de las mayorías nacionales y en contra de las minorías. Si las políticas que se siguen en estas cuestiones no están limitadas por los derechos colectivos de minorías, ¿por qué no habría de utilizar un grupo dominante su mayoría de votantes y de representantes para institucionalizar disposiciones

3 Mostraré en la sección siguiente por qué una prioridad estricta de cada derecho individual sobre cada uno de los colectivos es una idea descabellada.

colectivas que sirvan a sus intereses (por ejemplo, proclamar un idioma mayoritario el único idioma oficial del estado)? Las minorías, en estados donde son pequeñas, dispersas y débiles, necesitarán protección exterior (Kymlicka, 1995a: 35-44) para bloquear preferencias de la mayoría y es por eso por lo que deberían reconocerse como derechos esas disposiciones colectivas. En segundo lugar, cuando se da un equilibrio aproximado de grupos de poder en sociedades profundamente divididas a lo largo de líneas religiosas o étnicas las únicas formas viables serán normalmente las formas de democracia convivenciales (Lijphart, 1991 1995). En esquemas de distribución institucionalizada del poder cada grupo tiene un interés encubierto en introducir disposiciones colectivas que conviertan la pertenencia al grupo en condición previa para el acceso a los bienes y servicios públicos. Estas disposiciones tenderán a proliferar si caen dentro de la esfera de la simple legislación no constreñida ni normativa ni constitucionalmente por derechos. Estas provisiones dejan fuera a menudo a los que no pertenecen a ninguno de los grupos constitutivos y pueden debilitar también los derechos individuales de estos grupos como ciudadanos del estado común. Reconocer que algunas de las reclamaciones subyacentes son en realidad peticiones de derechos facilita la aplicación de criterios más estrictos para determinar su validez y compatibilidad de los que se aplicarían a disposiciones y políticas colectivas.

Por tanto, afirmar la existencia y la justificabilidad potencial de derechos colectivos no sólo es una condición necesaria para su proliferación sino que puede proporcionar mejores argumentos para introducir limitaciones a esos derechos dentro de una estructura global de ciudadanía individual igual.

El alcance de los derechos

Mi argumentación ha consistido hasta ahora en que es plausible calificar de colectivos muchos derechos habituales de las democracias liberales. Una mera deconstrucción terminológica podría resultar contraproducente para los que quieren defender un planteamiento igualitario amplio. Ese argumento no basta, ciertamente, para responder a la crítica filosófica de que la idea misma de un derecho colectivo es conceptualmente confusa y moralmente dañina. Lo que a los liberales les da miedo, según mi opinión, es que los derechos colectivos atribuyen a colectividades una condición moral igual o superior a la

de las personas individuales y eso puede proporcionar una justificación para subordinar los derechos individuales a los colectivos. El individualismo moral parece aportar, por tanto, una base firme para rechazar los derechos colectivos.

La subjetividad moral de los individuos está relacionada con su capacidad para guiarse en sus acciones por motivos morales. Los individuos tienen capacidades morales porque pueden sentir felicidad y dolor, pueden identificarse con la felicidad o el dolor de otras personas, pueden proclamar conscientemente una concepción del bien como propia y pueden razonar sobre lo que deben a otros por motivos de justicia. Una colectividad, considerada como una entidad única, no tiene capacidad para sentir dolor o felicidad ni una mente para razonar sobre sus deberes.

Las obligaciones trazan una clara línea divisoria entre colectivismo e individualismo moral. Hay una ladera resbaladiza que lleva desde las obligaciones colectivas a la idea criticable de culpabilidad colectiva y a las prácticas indefendibles de castigo colectivo. El individualismo moral defiende pues, en general, la idea de que sólo pueden ser sujetos de una obligación agentes individuales que estén dotados de razón y de la capacidad precisa para realizar una acción determinada. Podemos objetar que en nuestro mundo social parece haber no sólo muchos derechos colectivos sino también deberes colectivos. Estados, corporaciones o familias tienen asignadas obligaciones y ciudadanos individuales, empleados o parientes parecen tener a menudo esas obligaciones como motivación de sus acciones. No cabe duda de que las obligaciones pueden ser colectivas en el sentido de ser compartidas. Sin embargo, el individualismo moral traza una línea firme para que no se pueda exculpar a los individuos de delitos colectivos en los que participan ni se les pueda considerar moralmente responsables de decisiones o acciones realizadas por otros en nombre de un colectivo al que por azar pertenezcan. Las obligaciones colectivas deben ser rigurosamente reducibles, en este sentido, a obligaciones individuales.

Así pues, las obligaciones presuponen una actuación moral de los sujetos que sólo puede atribuirse en último término a individuos. ¿No es ése también el mismo tipo de actuación y de responsabilidad que se exige a los que son titulares de derechos? Una crítica conceptual de los derechos colectivos tendría que demostrar que nadie que no sea un actor moral puede ostentar en realidad un derecho, una crítica normativa postula que ese sujeto nunca de-

bería ostentar derechos. Debe implica puede y en consecuencia hay que refutar primero el primer argumento.

Podemos utilizar con ese fin la tipología clásica de los conceptos jurídicos fundamentales de Wesley Hohfeld (Hohfeld, 1919). Hohfeld considera los derechos relaciones legales entre un titular de derechos y otros sujetos legales y diferencia reclamaciones, privilegios, poderes e inmunidades. Una reclamación entraña un deber correlativo de otro hacia el titular del derecho. Identifica así al titular de una obligación como actor moral más que como portador de un derecho. Podríamos decir de todos modos que reclamar un derecho es en sí mismo una actividad. Sin embargo, para que una reclamación-derecho sea válida no es necesario que el o la propia titular afirme su reclamación. El derecho puede nacer también de algún interés atribuido externamente. Un privilegio es lo que yo disfruto si no estoy sujeto a ningún deber que se derive de las reclamaciones-derechos de algún otro. Aunque un privilegio pueda en algunos casos proporcionarme una libertad de actuar, me define como alguien que no está obligado a hacerlo y no presupone por tanto conceptualmente las capacidades de un agente moral. Un poder entraña control volitivo sobre una relación legal y una responsabilidad de alguna otra persona cuya condición legal se puede modificar por una decisión del titular del poder. Una persona que ofrece un contrato crea por tanto una responsabilidad para ella misma y un poder para el receptor de la oferta. Una inmunidad es una exención y un rechazo de esas responsabilidades hacia los titulares de un poder. Aunque todos los cuatro tipos de derechos los pueden ostentar o ejercer actores, sólo un poder legal exige, como es lógico, una actuación por parte de su titular.

El argumento normativo es menos fácil de rechazar. Considera los derechos derivados de ideas más fundamentales de autonomía individual y comunidad política o moral. Se dice que según éstas sólo los que son también destinatarios de obligaciones podrán ser portadores de derechos.

Podría considerarse que una teoría kantiana de la autonomía individual apoya este punto de vista. Los derechos se derivan de obligaciones y la titularidad moral de los propios derechos presupone la capacidad para ser autor de derechos de otros aceptando obligaciones hacia ellos. Esta idea restringe el ámbito de los derechos a individuos plenamente responsables en el ámbito moral, es decir, seres humanos mentalmente equilibrados y adultos. Una segunda in-

terpretación, de tipo rousseauniano, parte de la autodeterminación política colectiva, más que de la moral individual. Según este punto de vista, los derechos tienen una autoría colectiva dentro de una comunidad política. Sólo participando en decisiones legislativas (que crean derechos) pueden crear los ciudadanos derechos para ellos mismos. Se trata de un requisito aún más estricto que sólo permite considerar moralmente aptos para ostentar derechos a los ciudadanos activos. Además de los niños pequeños o de las personas mentalmente desequilibradas habría que excluir también al extranjero y al ciudadano pasivo. Podría deducirse una concepción de los derechos más generosa a partir de la idea de la comunidad moral basada en una reciprocidad generalizada de derechos y obligaciones. En toda comunidad moral (ya se trate de una comunidad de contacto directo, de familia o de barrio, o de una comunidad política, religiosa y étnica más amplia) los miembros necesitan garantías mutuas de que se distribuyan equitativamente las cargas de manera que se beneficien todos de la cooperación. Un plan que asigne un grupo de derechos sin obligaciones correspondientes es injusto y socavará la cohesión moral de la comunidad. Derechos y deberes tienen, por tanto, que ser recíprocos.

Ninguno de los tres argumentos me parece convincente. Menosprecian todos ellos el carácter protector que tienen muchos derechos. Los que no son actores plenamente autónomos, que no pueden participar de forma activa en una comunidad política o que no pueden contribuir plenamente a los beneficios de la cooperación en una comunidad moral, pueden tener muchas veces razones para reclamar derechos que son más fuertes y no más débiles. Hasta la ciudadanía democrática es primero un estatus adscrito y pasivo de protección por parte del soberano, y también frente a él, antes de que pueda convertirse en un estatus activo de participación en una autodeterminación colectiva. La ciudadanía por derecho de nacimiento define a los niños pequeños como portadores de derechos mucho antes de que puedan participar en la deliberación política. Así mismo, la demanda de reciprocidad ignora que no contribuyentes gozan a menudo de derechos muy fuertes basados en la necesidad. Sin esas comunidades globales habría muchos cuyas necesidades e intereses quedarían desatendidos porque los demás no valoran suficientemente sus dotes y capacidades. Para las comunidades políticas y morales el ámbito para la distribución de derechos es por tanto mucho más amplio en general que el de obligaciones. Esto no es sólo una aseveración empírica sino también una cuestión de justicia.

La teoría de los derechos basada en el interés, que ha expuesto sobre todo Joseph Raz, parece un planteamiento más prometedor: "X tiene un derecho si un aspecto del bienestar de X (sus intereses) es una razón suficiente para hacer que otra persona, u otras personas, tengan respecto a él un deber. […] Un individuo es capaz de tener derechos si, y sólo si, su bienestar es de valor supremo o si es una "persona artificial" (por ejemplo, una empresa)" (Raz, 1986: 166).

La definición diferencia entre intereses que especifican el contenido de derechos y el valor supremo del bienestar de una persona que la identifica como poseedora de derechos. Una concepción de los derechos basada en el interés puede superar la injustificable exclusión de los menores, los que tienen deficiencias físicas o mentales, los extranjeros o apátridas del ámbito de los titulares de derechos. Es indudable que todos estos grupos tienen intereses que podrían ser lo suficientemente importantes para obligar a otros a contribuir a su satisfacción. La idea del valor intrínseco ilumina la cualidad moral especial de los derechos que no se pueden reducir a la fuerza de las obligaciones correspondientes. Establecer un derecho significa más que calificar un interés de suficiente importancia para ser base de un deber. Atribuye también valor moral intrínseco a él o la poseedora de derechos y la dota de una dignidad particular y exige reconocimiento. El criterio de valor decisivo podría utilizarse también para defender un alcance aún mayor de los derechos. La definición de Raz de poseedores de derechos como individuos (presumiblemente humanos) me parece arbitraria. En muchas culturas o religiones se da la opinión compartida de que el bienestar de algunos animales es de valor intrínseco o decisivo porque no es reducible a su utilidad para fines humanos. Esto parece cualificar a ciertos animales como poseedores potenciales de derechos[4]. Los escrúpulos liberales respecto a estas ideas revelan no sólo un antropocentrismo discutible sino también una insensibilidad cultural considerable.

4 Por otra parte, los movimientos de derechos de los animales se equivocan cuando aseguran que luchan por derechos de ciudadanía para los animales. Eso tergiversa la naturaleza de la ciudadanía, que implica una capacidad para detentar no sólo derechos, sino también poderes legales. Los menores y los que tienen graves deficiencias mentales pueden carecer también de esa capacidad, pero están incluidos en la ciudadanía porque pueden adquirirla o recuperarla. Hasta los que tienen una deficiencia mental grave y permanente están integrados en una comunidad política en la que tienen derecho a interés y respeto iguales, una norma que no se puede aplicar razonablemente a los animales.

¿Apoya esta conclusión los derechos colectivos? Si el ámbito de los derechos no se limita a titulares de obligaciones y va más allá del ser humano individual, esto parece aumentar la carga de la prueba para los que defienden los derechos colectivos. Por una parte, podría considerarse redundante el argumento, porque algunos derechos colectivos entrañan poderes legales y por tanto actuación. Por otra parte, parece haber aportado una razón para rechazar derechos colectivos. Hasta los liberales que pueden aceptar que los animales tienen algún valor intrínseco rechazarán normalmente que se aplique lo mismo a colectivos. Un grupo social es una acumulación de seres humanos individuales y cualquier valor que pueda tener no es posible que sea decisivo o intrínseco sino sólo derivado de la dignidad moral de sus miembros individuales.

Raz postula tres condiciones para la existencia de derecho colectivo: "Primero, existe porque un aspecto del interés de los seres humanos justifica que alguna(s) persona(s) esté(n) sometida(s) a un deber. Segundo, los intereses en cuestión son los intereses de miembros individuales de un grupo en relación con un bien público y el derecho es un derecho a ese bien público porque satisface sus intereses como miembros del grupo. Tercero, el interés de un miembro individual de ese grupo en ese bien público nunca basta por sí solo para justificar que se haga a otra persona sujeto de un deber." (Raz, 1986: 208). Hemos de decir, en resumen, que los derechos colectivos los detentan conjuntamente todos los miembros individuales de un grupo y se basan en intereses de esos miembros en bienes colectivos protegidos o aportados por el derecho.

Esta definición ayuda a resolver las dos dificultades con las que hemos tropezado. Muestra en qué sentido pueden no ser reducibles los derechos colectivos a los individuales. La acción colectiva de organizaciones, grupos o multitudes entraña actividades conjuntas más que una acumulación de actividades separadas. Este colectivismo sociológico es plenamente compatible con el individualismo moral que sostiene que la responsabilidad de la acción colectiva reside sólo en aquellos individuos que han participado en ella o que la han autorizado. Decir que una colectividad posee un derecho equivale a decir que los individuos poseen un derecho colectivamente y no pueden poseerlo por separado. La existencia de tales derechos debería ser igual de indiscutible desde una perspectiva liberal que la existencia de bienes colectivos.

La segunda objeción parece descalificar a las colectividades como titulares de derechos según un punto de vista moral que no les otorga valor decisivo.

Sin embargo, algunos intereses importantes de los individuos sólo pueden satisfacerse asignando derechos a sus colectividades. La pertenencia a colectividades que poseen derechos puede ser valiosa para los individuos bien instrumentalmente o bien intrínsecamente. La justificación de los derechos colectivos nace entonces de los intereses individuales y del valor decisivo de su bienestar, no de un valor decisivo del colectivo mismo. La aparente dificultad puede de nuevo salvarse señalando que los derechos colectivos los poseen conjuntamente los individuos y en este sentido el valor decisivo del bienestar individual puede justificar derechos de la colectividad que los individuos no pueden poseer separadamente.

¿Cómo puede generar derechos colectivos la pertenencia instrumental o intrínsecamente valiosa? Consideremos los derechos de negociación colectiva como un ejemplo del primer caso.

Supongamos un derecho individual inicial de los trabajadores a formalizar contratos que fijen su salario. Supongamos además que su posición negociadora es desventajosa porque son muchos y no tienen ahorros suficientes para rechazar ofertas salariales bajas. En esta situación estarán racionalmente motivados para compensar su debilidad aunando fuerzas. El valor de ser miembro de un sindicato que negocia un acuerdo salarial colectivo es que el sindicato hace que exista una probabilidad mayor de conseguir un salario mejor y, dada la desventaja colectiva, parece que esto es un interés legítimo e importante. Este acuerdo exige que se renuncie al derecho de negociación individual inicial. La renuncia puede considerarse voluntaria si va acompañada de la pertenencia voluntaria al sindicato y si sirve mejor aquellos intereses que el derecho individual estaba destinado a proteger. El derecho del sindicato reemplaza los derechos previos de los trabajadores y es en este sentido un derecho auténticamente colectivo. Esto ejemplifica no sólo cómo puede estar justificado un derecho colectivo sino también que los derechos individuales no siempre pueden invalidar los colectivos. Algunos derechos colectivos se basan en la renuncia por los miembros a sus derechos individuales previos y contrarios. A este respecto, el derecho es colectivo en un sentido mucho más fuerte de lo que nunca pueden serlo las obligaciones colectivas para el individualismo moral.

Es posible que una justificación similar no pueda servir de base a los derechos, más controvertidos, de algunos grupos de adscripción. ¿Por qué po-

dría ser instrumentalmente valiosa, por ejemplo, la pertenencia a minorías étnicas desfavorecidas? ¿Por qué habrían de otorgárseles derechos colectivos si una sociedad liberal les ofrece integrarse en una mayoría nacional como una vía de escape individual? En esos casos la base de la reclamación es el valor intrínseco de la pertenencia. Tal como lo utiliza Raz, el término "intrínseco" incluye las subvariedades de valor constitutivo y de valor decisivo para evaluar opciones diferentes para su vida y para perseguir proyectos diferentes. Así es como Kymlicka vincula la pertenencia de grupo a la autonomía individual y justifica derechos colectivos fuertes para lo que llama culturas sociales (Kymlicka, 1995: 76-84). Podemos considerar alternativamente la pertenencia como un valor decisivo que no se deriva de algún otro valor como el de la autonomía individual. Esto tiene la ventaja de no excluir a priori a aquellas minorías indígenas o religiosas que no comparten la insistencia liberal específica en la autonomía. El liberalismo político rawlsiano (Rawls, 1993) buscaría una justificación para los derechos colectivos que es igualmente aceptable desde todos los planteamientos morales globales razonables. Respetar que la pertenencia a un grupo atribuible puede ser de valor definitivo para los individuos podría ser un punto de partida adecuado para negociar la asignación de derechos colectivos dentro de un marco de ciudadanía común.

Esta justificación sigue remitiendo al valor de la pertenencia colectiva para el individuo. Contrasta con las teorías que atribuyen valor intrínseco y subjetividad moral a la propia colectividad. De acuerdo con este último planteamiento los derechos colectivos no los posee conjuntamente un grupo de individuos, sino que la comunidad posee derechos frente a sus propios miembros. Según esta versión los derechos colectivos son análogos a los derechos de la especie. Se consideran independientes tanto del valor que la especie pudiese tener para los seres humanos como de los derechos de los animales individuales de los que la especie se compone. Los derechos de la especie se pueden satisfacer matando a animales individuales si eso ayuda a mantener un equilibrio ecológico saludable para la especie como un todo. Esto no es en modo alguno la concepción liberal de los derechos colectivos que valora las colectividades exclusivamente por lo que aportan a las vidas de los individuos. Hay una gran diferencia entre decir que la pertenencia individual a un grupo es intrínsecamente valiosa y sostener que es intrínsecamente valioso el propio grupo.

II. Cuatro argumentos en pro de los derechos de grupo étnico

En el ámbito de la teoría moral abstracta lo único que podemos hacer es defender la posibilidad de derechos colectivos. Si queremos aportar justificaciones de tipos particulares de grupos tenemos que recurrir a la teoría política normativa. La estructura básica que defiende el liberalismo en este campo es una estructura de ciudadanía individual igual dentro de cada estado y derechos humanos universales en el ámbito global del sistema político internacional. Es del todo evidente que un colectivo no puede ni ser un ciudadano ni ser sujeto de un derecho humano. Sin embargo, los derechos colectivos no tienen por qué chocar con la estructura básica cuando surgen de una elección libre de afiliación, cuando todos pueden compartir por igual sus beneficios y cuando no constriñen las libertades de los ciudadanos. Los derechos colectivos de asociaciones voluntarias, de empresas o del propio estado liberal pueden defenderse en un sentido amplio sobre esas bases. Lo que resulta prima facie difícil de justificar es que se condicionen los derechos de los ciudadanos a su pertenencia a categorías o grupos sociales que tienen que ser nombrados en la ley.

La pertenencia a categorías o grupos atribuibles se adquiere normalmente al nacer y es debido a esto fundamentalmente distinta de las afiliaciones elegidas a cónyuges o amigos, a asociaciones voluntarias o a entidades económicas. Sin embargo, los diferentes tipos de grupos atribuibles difieren también respecto a la influencia de la elección en la pertenencia. Cuando se trata de género o "raza" la pertenencia es en general completamente adscriptiva y no está sometida en modo alguno a la elección. La pertenencia religiosa suele adquirirse al nacer pero para mantenerla plenamente es necesaria una afirmación positiva de creencias compartidas (al menos en la propia mente). En este capítulo sólo consideraré argumentos relacionados con derechos de grupos étnicos. La pertenencia étnica entraña elección en un sentido negativo. Normalmente la pertenencia se retiene de forma pasiva a lo largo de la propia vida. Ni se elige ni puede abandonarse simplemente a voluntad. Se puede cambiar sin embargo cuando se produce una asimilación, voluntaria o forzada, por otra cultura. Una diferenciación de derechos según la pertenencia étnica plantea por tanto problemas relacionados con la igualdad además de con la libertad. Primero, a individuos pertenecientes a diferentes

grupos se les podría tratar de modo dispar violándose con ello normas de igualdad entre ciudadanos; y, segundo, esos derechos pueden entrañar presión para negar a individuos su pertenencia heredada o para obligarles a permanecer dentro de un grupo que quieren abandonar[5]. Toda defensa liberal de los derechos diferenciados y colectivos para grupos étnicos tiene que plantearse estos dos problemas.

Propongo que examinemos cuatro argumentos en favor de derechos especiales de grupos etnoculturales que deberían agruparse en una teoría global. Los llamo los argumentos de las fronteras históricas, la compensación por desventaja colectiva, el valor de la pertenencia y el valor de la diversidad.

Fronteras históricas

El argumento de las fronteras históricas aborda dos casos contrapuestos de formación estatal: el raro de federación voluntaria y el más común de inclusión coercitiva[6]. En el primero, la defensa de los derechos colectivos es simple y directa. Cuando dos o más comunidades políticas previamente separadas aceptan unir sus territorios para formar un solo estado federal, un acuerdo de unión puede dar a cada parte una cierta autonomía, incluyendo el derecho definitivo de abandonar la unión si una parte se siente en situación de grave desventaja. Estas precauciones difícilmente se tomarán si las poblaciones que se unen tienen ya una larga historia nacional común y no difieren en su idioma nacional (como sucedió en el caso de la unificación de los dos estados alemanes en 1990). Sin embargo, si las poblaciones son claramente distintas en su composición lingüística o religiosa, así como en tamaño y fuerza económica, los representantes de la parte más pequeña insistirán normalmente en algunas disposiciones constitucionales sobre derechos colectivos y autonomía territorial que les permitan mantener su sistema de gobierno independiente anterior como una comunidad diferenciada dentro de un estado mayor. El estado

5 La pertenencia étnica es estructuralmente similar en todos estos aspectos a la ciudadanía en una democracia liberal porque se adquiere del mismo modo al nacer y normalmente sólo está expuesta a la elecĆión, dura y negativa, de abandonarla después de que el sujeto ha abandonado para siempre su propio país.

6 Ambos casos figuran destacadamente en la argumentación en favor de los derechos de las minorías de Will Kymlicka (1989, 1995a).

común se concebiría en este caso desde el principio como un sistema de gobierno federado de sistemas de gobierno. Una mayoría nacional procedente de uno de los antiguos estados separados actúa injustamente y violando un acuerdo vigente cuando abusa de su poder legislativo para eliminar de la constitución esos derechos colectivos de una minoría; no porque esos acuerdos constitucionales no se puedan cambiar nunca, sino porque no deberían cambiarse nunca unilateralmente. En esta federación el acuerdo de todas las partes de la unión respecto al marco constitucional es algo que limita las decisiones de la mayoría, que se añade a la limitación más general de proteger libertades individuales iguales frente a las preferencias de la mayoría.

Pero he señalado ya que no hay casi ningún caso histórico que pueda considerarse una federación verdaderamente voluntaria de comunidades políticas que no hayan compartido aspiraciones nacionales comunes mucho antes de la unificación. Sin embargo, el modelo sigue siendo sumamente relevante cuando ha surgido una federación culturalmente pluralista de un proceso de formación estatal no del todo voluntario. En el mundo occidental se pueden interpretar de ese modo los casos de Canadá, Bélgica, España y el Reino Unido. Cuando minorías culturalmente diferenciadas han logrado, a pesar de los avatares históricos, mantener vivo su idioma o sus tradiciones jurídicas y políticas diferentes, los principios liberales sugieren que deberíamos hacernos esta pregunta: ¿Qué tipo de acuerdo constitucional habría sido aceptable para las minorías nacionales si hubieran sido invitadas a incorporarse a una federación voluntariamente? Dado que los procesos históricos no se pueden deshacer, la respuesta a esta pregunta no proporciona necesariamente el acuerdo que debería adoptarse ahora. Tenemos que tener en cuenta que una estructura de ciudadanía liberal común habría modificado algunas preferencias y características culturales de la minoría respecto al acuerdo inicial. Sin embargo, el experimento reflexivo sobre un acuerdo inicial justo es útil para prevenir a las democracias liberales de hoy contra una continuación ciega de la asimilación coercitiva del pasado.

Los grupos étnicos que han sido completamente asimilados no se pueden reinventar[7]. Sin embargo algunos grupos se han mantenido diferenciados no

7 Los idiomas se pueden reinventar como lenguas nacionales incluso después de una asimilación completa del grupo que originalmente los hablaba. La reintroducción del hebreo en Israel y del gaélico en Irlanda ejemplifican ámbitos y grados distintos de éxito de esas políticas nacionales. Los nacio-

porque fuesen lo suficientemente fuertes para resistirse a la asimilación sino porque estaban expuestos a segregación coercitiva. La historia de las Primeras Naciones indígenas en los Estados Unidos es instructiva en este sentido, porque combina políticas de segregación y asimilación coercitivas. En el siglo XIX la parodia de autonomía en sus reservas nativas se convirtió en un pretexto para expulsarlos de los territorios originales y su reconocimiento como naciones diferenciadas se convirtió en una excusa para negarles la ciudadanía estadounidense. Sin embargo, irónicamente, los resultados de este proceso particularmente violento de exterminio e inclusión coercitiva pueden servir como punto de partida para una defensa de sus derechos colectivos hoy. Por otra parte, un acuerdo justo sobre bases liberales tiene que tener en cuenta los efectos continuados de la reubicación territorial, privación de subsistencia económica y ciudadanía de segunda clase. Estos efectos son tan omnipresentes que resultan claramente insuficientes unos derechos individuales iguales. Hacen falta programas de desarrollo comunitario de grupo diferenciado y discriminación positiva para superarlos. Por otra parte, la ciudadanía igual para todos los indios nativos debería combinarse con autonomía cultural y territorial para las comunidades que viven en reservas tribales. Aunque estas reservas surgieron de políticas de exclusión y exterminio se han convertido hoy en el terreno para reafirmar derechos políticos colectivos que estaban abolidos desde la presidencia de Andrew Jackson.

Desventaja colectiva

El argumento de las fronteras históricas sólo se aplica a un número limitado de casos. Tiene poco sentido para muchas minorías defender sus demandas partiendo de lo que habría sido un acuerdo justo de federación. Sólo podemos aplicar esto, en realidad, a minorías nacionales cuya continuidad histórica, concentración territorial y diferenciación cultural apoyan su pretensión de ser comunidades políticas sin estado. Pero hay otros tipos de minorías ét-

nalistas étnicos consideran que la nación tiene una obligación colectiva con sus ancestros de mantener o restaurar su cultura. Para los liberales sólo el impacto de los orígenes étnicos sobre las generaciones presentes y futuras puede contar como razón relevante que justifique derechos de protección cultural. Restaurar prácticas culturales que ya han sido completamente abandonadas es por tanto una cuestión de política, no de justicia.

nicas que han sido territorialmente dispersadas y semiasimiladas por una cultura dominante, o que han surgido de una inmigración. Estas suelen estar diferenciadas de las mayorías nacionales en sus dimensiones sociales, económicas y culturales pero no como sistemas (potenciales) de gobierno separados dentro del estado. Un argumento más general en pro de derechos colectivos y de grupo diferenciado de minorías étnicas es el que exige justicia compensatoria. La idea es que tanto la formación de estados nación como la dinámica interna de éstos crean desventajas inevitables a las minorías étnicas y culturales. La justicia liberal no obliga a deshacer esos procesos que no se pueden deshacer, pero indica que esos grupos tienen derecho a políticas de recuperación y compensatorias si esas desventajas redujeron gravemente el valor del derecho de ciudadanía de sus miembros.

¿Por qué sólo compensación parcial en vez de plena restauración de derechos? ¿Por qué es imposible corregir los resultados de la formación del estado otorgando a todos los individuos y a todas las minorías opciones de salida para que puedan formar sus propios estados si así lo desean? Las fronteras territoriales, los orígenes étnicos y las características culturales de las democracias liberales modernas no han surgido de elecciones libres de individuos o de decisiones colectivas democráticas. Son en una cuantía abrumadora resultado de adquisición imperial, guerra, conquista, asimilación forzada, expulsiones colectivas y genocidio. Aun en el caso de que los cambios tuviesen un cierta legitimación por el apoyo popular, como en movimientos nacionalistas de descolonización, secesión o unificación, las fronteras resultantes y las mezclas de población fueron en la mayoría de los casos bastante arbitrarias y ubicaron a muchos grupos en territorios estatales sin su consentimiento. El problema no es sólo que tenemos que vivir con los resultados de pasadas injusticias que han conformado el sistema estatal tal como lo conocemos. El problema es también que las democracias liberales de hoy no están en modo alguno dispuestas a exponer sus fronteras territoriales y su composición étnica a elecciones de agrupaciones de individuos o a decisiones democráticas y que no hay tampoco ninguna teoría normativa convincente que pueda indicar cómo se pueden resolver estas cuestiones. Se trata en gran medida de asuntos que no se pueden resolver aplicando los mismos principios de neutralidad procedimental y prioridad de la libertad individual que las decisiones políticas exigen dentro de un estado liberal democrático de-

terminado. Todos los estados modernos se han convertido en estados nacionales, en el sentido de que no son neutrales respecto a sus fronteras territoriales y a la cultura dominante en su vida pública. Ni siquiera la democracia más liberal toleraría que un grupo de ciudadanos comprase un espacio de tierra con el fin de fundar un estado propio o de unirse a uno contiguo. Y todos los estados liberales del mundo actual estimulan una cultura pública determinada que está íntimamente vinculada a una tradición y un idioma nacionales, o a un pequeño número de ellos. Los libertarios utópicos pueden imaginar comunidades políticas que no estén vinculadas a un territorio concreto y que no se dediquen a dar forma a una cultura pública, pero eso sería un mundo enormemente distinto al nuestro. Hay pocas razones para creer que sería un mundo mejor o más justo, e incluso aunque lo creyéramos así, difícilmente sabríamos cómo llegar a él.

Los resultados arbitrarios de la formación del estado que han favorecido a algunos grupos étnicos y culturales respecto a otros se refuerzan con la dinámica social, económica y política de una sociedad liberal. La libertad de movimiento dentro del territorio y la disminución de las barreras sociales para los matrimonios mixtos conducen a una mezcla de poblaciones. Los idiomas dominantes se convierten en los más útiles para la comunicación en escenarios públicos donde se reúnen ciudadanos anónimos. Además, los estados liberales promueven un sistema público de educación que prepara a sus ciudadanos para la mayor amplitud posible de posibilidades en su sociedad y esto refuerza inevitablemente el predominio de las culturas mayoritarias. Completamente al margen de estas razones liberales específicas, una economía industrial moderna y una administración pública moderna exigen la socialización de la población general en culturas regularizadas (Gellner, 1983). Esto no excluye la posibilidad de un pluralismo lingüístico limitado, pero no se puede promover un gran número de culturas étnicas y de idiomas diferentes como nacionales oficiales. Todas estas fuerzas crean poderosas corrientes de asimilación de las minorías étnicas más pequeñas y dispersas.

Si el final de la historia fuese éste, habría poca razón para defender derechos diferenciados y colectivos para grupos étnicos que están condenados a desaparecer de todos modos y cuyos miembros pueden adquirir ciudadanía plena e igual integrándose en una cultura general nacional. Hay también, sin embargo, tendencias compensatorias. Primero, las instituciones econó-

micas y políticas de las democracias liberales han reforzado a menudo la discriminación étnica y cultural en los mercados del trabajo y de la vivienda, la educación pública o los sistemas de representación política. La discriminación ha creado concentraciones específicas de minorías en ocupaciones y zonas de residencia que potencian su diferenciación cultural desde la perspectiva de la mayoría nacional. Cuando la segregación social reduce el contacto interétnico las desventajas estructurales y las oportunidades desiguales no son ya necesariamente consecuencia de discriminación directa e intencional. Las libertades económicas y políticas y la separación de las esferas pública y privada limitan ya la intervención del estado contra algunas formas de discriminación social manifiesta. Las consecuencias de la desventaja estructural son aún más difíciles de superar. Segundo, estas mismas libertades han sido utilizadas también por minorías para formar sus propios bastiones residenciales, nichos económicos, asociaciones, instituciones educativas y movimientos políticos. La democracia liberal ofrece a las minorías étnicas oportunidades de segregación voluntaria y éstas se pueden utilizar para afirmar consecuencias de la discriminación incluso, como un elemento positivo de la identidad colectiva de un grupo. En el periodo que siguió a la Segunda Guerra Mundial las ideologías etnonacionalistas y republicanas que defendían la asimilación de las minorías étnicas en nombre de la unidad nacional pasaron a ser menos predominantes y esto ha estimulado una articulación pública de la etnicidad previamente reprimida en las democracias occidentales entre algunas viejas minorías y muchas nuevas.

Las mayorías nacionales gozan de ventaja porque su cultura la patrocina el estado y la difunde toda la sociedad como un bien público. Las minorías padecen sobre todo una desventaja doble. Hay, por una parte, una discriminación contra ellas porque las mayorías nacionales consideran superior su cultura y prefieren a los miembros de su propio grupo en interacciones económicas, sociales y políticas. Por otra parte, los miembros de las minorías tienen que agrupar e invertir sus recursos privados para mantener y desarrollar la cultura de sus grupos como un bien comunal (Kymlicka, 1989: 188-9). Como la cultura pública de la sociedad más amplia no es un marco neutral para las minorías, su situación difiere de la de las asociaciones voluntarias cuyos miembros se proponen una actividad o un objetivo compartidos. La igualdad liberal exige, por tanto, algo más que la mera libertad para mantener

una cultura minoritaria en la vida doméstica y en las asociaciones de la sociedad civil. Se necesita, primero, protección contra la discriminación étnica. Cuando hay pruebas claras de que el prejuicio omnipresente de las mayorías nacionales conduce a una desventaja estructural que reduce gravemente la representación política y las oportunidades económicas de una minoría, podría ser necesaria alguna discriminación positiva que otorgue al grupo derecho a un interés especial. Segundo, si no pueden reorganizarse los estados para que sean verdaderamente neutrales respecto a las diferentes afiliaciones culturales de sus ciudadanos, las minorías desfavorecidas han de contar con una compensación para que recuperen el valor pleno de sus derechos de ciudadanía. Esto justificará políticas de reconocimiento cultural, cambiando, por ejemplo, el programa de las escuelas públicas de manera que se ofrezcan a las minorías étnicas clases especiales en su lengua materna y que se enseñe a todos los niños la historia de los diversos grupos étnicos de su sociedad.

El valor de la pertenencia

El segundo argumento se centra explícitamente en la justicia para las minorías. Acepta como algo dado la existencia de un marco político que tiende a perjudicar a las minorías étnicas y exige derechos que restauren un equilibrio de recursos y de poder para que la pertenencia a una minoría no signifique una disminución del valor del derecho de ciudadanía del individuo. Esto admite aún dos objeciones contra la aceptación de los derechos de grupo étnico como un rasgo permanente de las democracias liberales.

Un planteamiento de este tipo equipara las diferencias étnicas con las "raciales". La discriminación positiva para compensar la discriminación racista es algo que se considera en realidad temporal. Cuando no hay ya pruebas de desventaja persistente expira también la justificación de esa política. Si los derechos de grupo étnico son necesarios para restaurar derechos de ciudadanía iguales se puede pensar que son sólo resultado de males del pasado e imperfecciones del presente de los países occidentales y que acabarán siendo innecesarios en un modelo más perfecto de democracia liberal. El argumento sobre la desventaja colectiva indica que esa solución puede ser algo muy remoto, pero no lo descarta en principio. Los derechos de grupo cultural parecen ser sólo instrumentalmente necesarios para alcanzar una igualdad de

derechos de ciudadanía que es algo que se considera intrínsecamente valioso. Por supuesto, las diferenciaciones raciales son intrínsecamente malas y en consecuencia un estado liberal tiene que esforzarse todo lo posible porque lleguen a ser socialmente irrelevantes. Las diferenciaciones étnicas pueden enfocarse menos desfavorablemente, pero podrían considerarse de todos modos una mera reacción al nacionalismo de estado que acabaría superándose en un estado postnacional.

Otra objeción equipara pertenencia étnica y religiosa. El marxismo había enfocado la religión de un modo muy parecido a como los liberales contemporáneos enfocan la etnicidad, es decir, como un producto de la alienación y la opresión, una falsa conciencia que divide grupos de intereses comunes y bloquea movimientos emancipatorios, y un fenómeno que se esfumará en último término en una sociedad verdaderamente libre por no haber ya necesidad humana a la que responda. El liberalismo rechaza esta visión de la religión. Aunque pocos teóricos liberales hayan tenido fuertes convicciones religiosas después de Locke, muchos de ellos han apoyado la idea de que las afiliaciones religiosas de los ciudadanos tienen un efecto positivo sobre su sentido de los deberes cívicos siempre que se dé una separación clara entre poder político y autoridad religiosa y siempre que los grupos religiosos compartan una actitud de tolerancia mutua[8]. Además, los liberales no han valorado la religión solo instrumentalmente, en la medida en que promueve la integración social. La mayoría de ellos han reconocido que las creencias religiosas pueden ser una fuente poderosa y legítima de orientación moral para los que las profesan y que responden a una necesidad humana, fundamental aunque en modo alguno universalmente compartida, que no es probable que desaparezca en un tipo más liberal de sociedad. En suma, los liberales han tendido a reconocer que la pertenencia a una comunidad religiosa tiene valor intrínseco para creyentes firmes y que los estados liberales deberían tenerlo en cuenta. La afiliación religiosa voluntaria es una manifestación de lo que John Rawls ha llamado la capacidad moral para formar y revisar una concepción del bien. Esta convicción de fondo diferencia la motivación liberal de la tolerancia religiosa de, por ejemplo, la tolerancia de la pornografía o el consumo de drogas blandas.

8 Para una exposición contemporánea véase Galston (1990: 275-89).

Los liberales deberían aceptar que la pertenencia étnica tiene ciertas similitudes con la afiliación religiosa. Ha de confirmarse de forma voluntaria aunque se adquiera originariamente por nacimiento, enseña a los individuos virtudes de solidaridad dentro de un grupo más amplio, proporciona a la gente estatus social y reconocimiento por otros y les ofrece, sobre todo, una cultura rica que ayuda a interpretar y valorar diferentes posibilidades de cómo dirigir sus vidas[9]. Estos paralelismos deberían mover a los liberales a plantearse los grupos étnicos de un modo más positivo. Podrían considerar con criterios más favorables una sociedad animadamente multicultural, con grupos que cultivasen sus formas étnicas de vida. Pero esto no es suficiente aún para sustentar un argumento en favor de los derechos especiales de grupo. El liberalismo empezó rechazando los privilegios políticos especiales que otorgaban los estados a las iglesias instituidas. La analogía con la religión servirá también de apoyo a demandas de neutralidad estatal estricta en materias culturales. A los que consideran que el estado moderno está inextricablemente vinculado a la protección, reproducción y estímulo de culturas nacionales específicas los liberales les pueden responder que debe haber sido también muy difícil imaginar un estado secular durante la Edad Media europea. Aunque puedan aceptar que los derechos especiales de grupo para las minorías étnicas están justificados mientras vivamos en los tiempos oscuros del nacionalismo, pueden insistir en que esto es una concesión temporal a un mundo groseramente imperfecto.

Esto no capta sin embargo toda la fuerza del argumento político según el cual el derecho de ciudadanía en un estado moderno exige acceso a una cultura pública que no se puede reproducir autónomamente en la esfera doméstica o por asociaciones de la sociedad civil. Cuando combinamos esto con el reconocimiento de que la pertenencia es un valor intrínseco para los ciudadanos en una sociedad liberal, llegamos a la conclusión de que los es-

9 Véanse Kymlicka (1989: 165), Buchanan (1991: 53), Margalit y Raz (1990/ 1995). El argumento de que la pertenencia étnica y nacional tiene valor intrínse· ca para los individuos puede exponerse de diferentes modos. La insistencia de Kymlicka en la pertenencia cultural como un bien primario para la autonomía individual ha sido criticada por una serie de autores que señalan que esto hace difícil explicar el valor de la pertenencia en culturas tradicionales y no liberales que no dan valor a la autonomía de sus miembros (Tomasi, 1995: 599-603; Weinstock, 1996). No puedo entrar aquí en este importante debate.

tados liberales tienen una obligación positiva de mantener una cultura pública que sea accesible a todos los ciudadanos.

El mejor modo de ejemplificar las diferentes implicaciones que tienen los tres tipos de diferenciaciones atribuibles para las políticas liberales es a través de la educación pública. Las escuelas deberían combatir activamente la segregación "racial". Deberían enseñar a los niños a trabajar en grupos mixtos, a darse cuenta de la discriminación y oponerse a ella pero a desdeñar la diferencia "racial" en su propio contacto con los otros. Las escuelas públicas deberían enseñar a respetar la religión de los otros pero pueden dejar la cuestión de la instrucción religiosa a cargo de padres e iglesias. Sin embargo, las escuelas tienen que enseñar a los niños idiomas, historia, música y artes. Las culturas nacionales y étnicas no se pueden mantener fuera de las escuelas, su reproducción es precisamente la finalidad de éstas. Aunque la educación pública puede y debería ser ciega al color de la piel y a la religión, tal como he explicado, no existe una escuela que pueda ser ciega a la cultura. Enseñar la cultura es una "exigencia funcional" de las instituciones de enseñanza pública pero es también una afirmación de una forma intrínsecamente valiosa de pertenencia para los individuos. Ésa es la razón de que las minorías étnicas tengan un derecho básico a reclamar que sus culturas no sólo sean toleradas sino que estén representadas en la educación pública.

Los argumentos anteriores, basados en el acuerdo histórico y la desventaja colectiva, no prestaban ningún apoyo moral al predominio de la mayoría. Sin embargo, las razones combinadas del valor intrínseco de la pertenencia cultural y de la tarea pública de reproducción cultural no sólo se aplican a las minorías. También sirven de apoyo a las reclamaciones de mayorías nacionales o regionales de uso de los recursos que ofrece una administración pública moderna para moldear la cultura pública de sus sociedades. No hay ningún umbral claro para el tipo de apoyo que pueden dar los estados liberales al desarrollo de una cultura nacional. Si dirigen las escuelas públicas donde la lengua nacional es la lengua dominante de instrucción, ¿no deberían utilizar también quizás el dinero de los contribuyentes para patrocinar teatros y festivales culturales? Todo el mundo tiene que sentirse mejor en una sociedad con una cultura pública rica mantenida con el apoyo del gobierno que en una sociedad donde sólo los ricos tienen acceso a muchas actividades culturales. La participación plena en una cultura nacional puede ser no menos

importante incluso para muchas minorías que el reconocimiento de sus tradiciones e idiomas étnicos particulares.

Los estados multiétnicos, a diferencia de los estados plurinacionales basados en el acuerdo histórico, no tienen por qué esforzarse por alcanzar una simetría en las relaciones interculturales. La asimetría suele considerarse una obligación unilateral de los inmigrantes y otras minorías étnicas dispersas de adaptarse a la cultura nacional dominante. Yo soy partidario, por el contrario, de que las minorías puedan exigir recursos públicos para preservar y desarrollar su herencia cultural para sus miembros, mientras que los representantes de una mayoría nacional están obligados a incluir a las minorías en la cultura pública común. La línea divisoria entre nacionalismo y liberalismo es, a este respecto, que el primero se interesa por preservar la pureza de una cultura dominante del impacto de la diversidad étnica mientras que para el último la cultura que domina la vida pública debe ser tan abierta y global como sea posible respecto a las diversas prácticas y afiliaciones étnicas de todos los ciudadanos.

El valor de la diversidad

La exigencia de que las culturas dominantes deberían estar abiertas a la diversidad étnica da ya un paso que va más allá del argumento del valor intrínseco de la pertenencia cultural para cada individuo. Exige que los miembros de las mayorías nacionales aprendan a estimar no sólo sus propias tradiciones culturales sino también las de las minorías que hay dentro de la sociedad. La defensa popular del multiculturalismo suele alegar que las culturas dominantes se enriquecerían incluyendo las tradiciones de las minorías. Se dice que la asimilación no sólo priva a las minorías de su pertenencia cultural sino a las mayorías de experiencias de intercambio cultural que ampliarían sus horizontes intelectuales y refinarían sus gustos. Este argumento no se centra ya en el valor de la afiliación cultural para los miembros del grupo, sino en el valor externo que tiene una cultura para los que no pertenecen a ella.

Una manifestación de esta valoración externa es lo que podemos llamar "filoetnicismo". Elige un grupo o una cultura específicos y les atribuye un valor superior, del que se considera que carece el grupo propio. No todas estas actitudes son irracionales. ¿Por qué no habrían de tener los alemanes

una preferencia especial por la comida francesa o italiana? Un fenómeno más inquietante es cuando la valoración externa es simplemente lo contrario de algún estereotipo profundamente arraigado y a menudo racista, al que confirma indirectamente. Así, antisemitas y filosemitas pueden pensar ambos que los judíos son intelectualmente superiores, lo que da a los primeros una razón para temerlos y odiarlos y a los segundos para admirarlos. Pasa algo muy parecido con los estereotipos sobre las capacidades especiales de los afroestadounidenses para el deporte y la música, que son una forma apenas disfrazada de afirmar su inferioridad intelectual. Independientemente de su origen o motivación, es evidente que ninguna preferencia externa de este tipo (Dworkin, 1977) de una mayoría por otros grupos debería de tenerse en cuenta en políticas públicas y en la asignación de derechos específicos.

El argumento más interesante es el que dice que lo que deberían añadir al valor individual de cada cultura sus propios miembros no es el valor de otras culturas considerado separadamente, sino el valor de la diversidad, es decir, el hecho de que las culturas sean diferentes y coexistan a un nivel social o global. La diversidad se puede valorar, por ejemplo, como una condición básica para la libertad política o como un motor del desarrollo social. El argumento político lo expuso Lord Acton, que afirmó que la "coexistencia de varias naciones bajo el mismo Estado es una prueba, y es también la mejor garantía, de su libertad" (Acton, 1907: 290). "La libertad provoca la diversidad, y la diversidad preserva la libertad al suministrar los medios de organización" (ibid: 289). Este planteamiento es diametralmente opuesto al dictamen de John Stuart Mili de que "la institución libre es casi imposible en un país compuesto de nacionalidades diferentes" (Mill, 1972: 392). Aunque Mili destacó que la solidaridad entre los ciudadanos exige una historia y una lengua comunes, Acton consideró que una multiplicidad de nacionalidades tendría efectos similares a los de la separación de la iglesia y el estado. La diversidad dificulta la acumulación de poder político en el centro y enseña a los ciudadanos a diferenciar entre las lealtades políticas de patriotismo y grupos de intereses más estrechos, pero aún así legítimos. Podemos hallar polémicas similares respecto a los efectos de la diversidad étnica en el desarrollo social y económico. Quién está en lo cierto y quién no es algo que depende tanto de los datos empíricos como de posteriores especificaciones de conceptos normativos subyacentes como libertad o desarrollo. En cualquier

caso, de lo que se trata aquí es de un valor de diversidad étnica no intrínseco sino instrumental.

Esto debería despertar recelos que son independientes de los presuntos efectos benéficos de la diversidad. Un primer recelo consiste en que el valor de la diversidad es más superficial que el valor de la pertenencia. Esto se puede ejemplificar comparando una vez más etnicidad y religión. ¿Qué podría convencer a una verdadera creyente de que es mejor para ella vivir en una sociedad junto con gente de otros credos, agnósticos y ateos en vez de en una en la que todos compartan su religión? Mientras los liberales agnósticos preferirán la diversidad religiosa a la uniformidad, los fieles aceptarán como máximo el argumento de Locke de que la fe impuesta políticamente es un absurdo que no puede complacer a Dios (Locke, 1956: 129). Pueden valorar auténticamente el ser ciudadanos de una democracia liberal que les otorga la misma libertad que a otros, pero no atribuirán ningún valor independiente a la consecuencia indirecta de que esto conduce a una diversidad de opiniones religiosas. ¿No presupone la diversidad étnica un distanciamiento similar del propio grupo de origen? ¿Serán quizás los valores de pertenencia y de diversidad substitutivos en vez de aditivos, de manera que no podamos apreciar el uno sin abandonar el otro? ¿Y será quizás el valor de la diversidad sólo otro modo de designar el fomento de un relativismo superficial que no capta la fuerza de los vínculos no elegidos que relacionan a los individuos con sus grupos étnicos?

Un segundo recelo surge de que el valor de la diversidad no sólo es en sí mismo instrumental sino que proporciona un pretexto para instrumentalizar otros. ¿Debería animarse a las minorías étnicas a preservar su cultura en pro de la diversidad si desean modificarla o abandonarla? Si una sociedad liberal moderna tiene el tipo de dinámica asimilacionista que he analizado anteriormente, es muy probable que algunos individuos y grupos quisieran hacer esto. Un estado puede, por ejemplo, animar a minorías indígenas que se han convertido en una atracción turística a permanecer en sus territorios nativos y a preservar sus prácticas tradicionales aunque la mayoría de ellos desean trasladarse a las ciudades y adoptar formas de vida modernas. Hay incluso razones menos oportunistas para considerar más valiosa la diversidad que la asimilación espontánea que entran en conflicto con los principios liberales. Los antropólogos culturales pueden creer sinceramente que la desaparición

de una cultura antigua es una pérdida irreparable para la humanidad. Paternalistas bienintencionados pueden decir a los miembros de minorías que la asimilación es mala para su propio bienestar. Ambos pueden tener razón pero sus argumentos no deberían tener ningún peso político porque no respetan a los miembros de la minoría como individuos moralmente autónomos y como ciudadanos iguales.

De todos modos, yo creo que se puede defender el valor de la diversidad sin caer en esas trampas. Lo primero que hay que hacer es abandonar la imagen holística de cultura que hay por debajo de muchos de los argumentos que he analizado hasta ahora. Cultura, en el plano conceptual, entendida como un sistema de ideas, símbolos, códigos de comunicación, valores, prácticas y hábitos, no coincide en ningún sentido inmediato con la noción de grupo étnico. Mientras que esos grupos se supone que están claramente demarcados, el intercambio cultural debe producirse a lo largo de fronteras étnicas. Los grupos étnicos utilizan indicadores culturales para definir sus fronteras, pero su cultura nunca está encerrada dentro de esas fronteras en el mismo sentido que lo están su territorio o sus asentamientos. La comunicación intercultural se produce en todas las sociedades humanas que conocemos y establece un campo cultural más amplio dentro del cual se negocian las fronteras de grupo. En las sociedades modernas esas fronteras suelen adquirir una fluidez nueva dentro de las sociedades. Cambian y se solapan con mayor frecuencia que en las sociedades agrarias, donde los indicadores culturales dividían los grupos por el origen local y el rango social de tal manera que la comunicación entre ellos era mínima. La movilidad geográfica y social ha producido una fragmentación creciente de las culturas locales y étnicas mientras que las culturas nacionales de creación reciente han proporcionado paraguas más amplios de altas culturas reglamentadas. Bajo la influencia de la globalización del mundo contemporáneo hasta esas fronteras de culturas nacionales han ido haciéndose cada vez más imprecisas e inestables. Algunos grupos se enfrentan a oportunidades anteriormente impensables de elegir identidades culturales y étnicas que no habían adquirido al nacer. Para otros la segregación social con criterios de etnicidad, clase y "raza" crea nuevos géneros de privación y estigma cultural.

En este mundo la diversidad se convertirá en un valor importante para los individuos; no en el sentido de mera diferencia, sino de una accesibilidad

más general de culturas asociadas con grupos y orígenes distintos del propio. Sólo pequeñas sectas religiosas que se apartan voluntariamente de la sociedad general considerarán que su comunidad les proporciona una gama completa con todas las opciones que necesitan para sus vidas. Para la mayoría de los demás una gama lo suficientemente amplia de oportunidades significativas sólo puede proporcionarla un fondo cultural diverso. Ni siquiera las culturas nacionales de largo asentamiento son lo suficientemente amplias en este sentido. E incluso la decisión de afirmar una identidad minoritaria adquirida al nacer no es ya una actitud natural sino que se convierte en un acto de elección ante toda una gama de alternativas accesibles. Los individuos tienen por tanto, en general, una razón para valorar la diversidad.

Un argumento aún más amplio en pro del valor de la diversidad es el que ha propuesto Bhilhu Parekh[10]. Para Parekh "las culturas no son opciones" (Parekh, 1995: 208). Deberíamos estimar la diversidad cultural como un bien público no porque nos permita elegir, sino porque el acceso a otras culturas nos permite "apreciar la singularidad, y también las fuerzas y limitaciones, de la nuestra" (ibid). y porque "ninguna forma de vida, por muy rica que pudiese ser, podría llegar a expresar jamás toda la gama de las potencialidades humanas" (ibid: 203). Creo que la movilidad y la inmigración enfrentan a un número creciente de individuos en las sociedades contemporáneas con duras elecciones relacionadas con su pertenencia cultural y que la posibilidad de combinar varias afiliaciones en vez de tener que elegir una a expensas de otras, es un rasgo eminentemente deseable de la diversidad liberal. Parekh no nos da ninguna buena razón para desdeñar el valor de la diversidad procedente de la fragmentación cultural y la elección. Apunta, sin embargo, un argumento más general de por qué no es necesario considerar que haya incompatibilidad entre el valor interno de la cultura para sus miembros y el valor externo de la diversidad para la sociedad más amplia. El valor de la pertenencia se verá aumentado por la reflectividad que resulta de experimentar otras culturas e, inversamente, sólo aquellas prácticas culturales que los miembros del grupo consideran valiosas contribuirán a la diversidad de una cultura pública. La diversidad es un bien público que producen y disfrutan conjuntamente todos los grupos.

10 Parekh defiende explícitamente el valor externo de la cultura y critica que "Kymlicka ve las culturas sólo desde el punto de vista de sus miembros y no del de la sociedad en su conjunto" (Parekh, 1995: 220, n. 5).

Estos dos argumentos en favor de la diversidad pueden disipar los recelos con que nos hemos enfrentado antes. Primero, el carácter fragmentado de la mayoría de las culturas étnicas y nacionales explica la diferencia con la religión. Aparte de unas cuantas formas de vida premoderna que quedan, las culturas étnicas encerradas en sí mismas se han convertido en realidad en algo más superficial que la fe religiosa sincera. Sólo abriéndonos a las experiencias de otros grupos culturales, que coexisten con nosotros a nivel social o global, podemos tener esperanzas de restaurar en alguna medida la riqueza de la nuestra. Segundo, lo valioso de la diversidad no es simplemente la diferencia, sino el hecho de que proporciona oportunidades de comunicación entre formas de vida elegidas y reflectivas. No hay por tanto justificación alguna para imponer la diversidad segregando grupos y animándolos a procurar preservar prácticas culturales tradicionales. La diversidad accesible es algo que se opone tanto a la uniformidad a través de la asimilación como a la diferencia a través de la segregación. y las concepciones liberales de ciudadanía igual y una cultura pública compartida son incompatibles con ambas negaciones de la diversidad. Evidentemente, sería ingenuo suponer que esa diversidad liberal impide que estallen conflictos étnicos. Pero el sueño de una sociedad sin conflicto de grupo es de todos modos una utopía antipolítica. Lo que ofrece la mejor esperanza de resolver esos conflictos por medios políticos en vez de por la fuerza es una concepción pluralista de la democracia liberal.

III. Conclusiones

He sostenido en la primera parte de este capítulo que se pueden conciliar los derechos colectivos con el individualismo moral cuando éstos se atribuyen a una pertenencia a un grupo que es instrumental o intrínsecamente valiosa para los individuos. Aunque los derechos colectivos reemplazan inevitablemente a algunos derechos individuales, la justificación que he dado no proporciona un pretexto para eliminar ninguna de las libertades individuales básicas. No basta con unas fórmulas abstractas para indicar cómo se pueden resolver conflictos específicos entre derechos individuales y colectivos. Hace falta una interpretación de las normas básicas de igualdad y libertad y de cómo se aplican a un marco concreto. No he abordado aquí esa tarea. He

intentado aportar, sin embargo, justificaciones sensibles al marco para los derechos de grupo de un tipo determinado de comunidades adscriptivas: las que se definen por su cultura y origen étnicos. Permitidme que concluya ahora analizando cómo apoyan la defensa de los derechos de grupo los cuatro argumentos que he expuesto en la segunda parte.

El argumento de las fronteras históricas proporciona la defensa más firme de los derechos que son de grupo diferenciado y también colectivos. Indican que las constituciones deberían mencionar comunidades nacionales y étnicas específicas y otorgarles el derecho a establecer una legislación regional propia, a disponer de tribunales y gobierno local propios, a estar exentos de la legislación nacional que afecte a sus intereses vitales, o a tener poder para anularla o vetarla, y a gozar de representación especial en instituciones políticas a escala federal y nacional. Por supuesto, tales poderes colectivos de largo alcance deberían ir acompañados de garantías constitucionales que salvaguardasen las libertades individuales básicas, pero esta salvedad se aplica a estados plenamente soberanos de un modo aún más fuerte que a comunidades autónomas dentro de un estado. Eso no nos da motivo alguno para negar la legitimidad de la autonomía colectiva para las minorías nacionales. El argumento sobre la desventaja colectiva se aplica a muchas más minorías y a casi todas las sociedades liberales contemporáneas. Apoya una amplia gama de derechos de grupo diferenciado y algunos colectivos, pero raras veces una combinación de ambos. Los derechos de minorías étnicas dispersadas o inmigrantes necesitan para recuperar el valor pleno de su ciudadanía no incluir la demanda de establecer comunidades políticas autónomas dentro del estado. El argumento sobre el valor de la pertenencia cultural tiene un alcance aún mayor pero también implicaciones más débiles en cuanto a derechos colectivos. No sólo se aplica a minorías sino también a mayorías nacionales. Las mayorías tienen derecho a utilizar los poderosos recursos del estado moderno para mantener y desarrollar su cultura nacional. Sin embargo, en un estado liberal su derecho a hacerlo estará limitado por una obligación de crear una cultura pública compartida que incluya a todas las minorías étnicas.

Finalmente, el argumento en pro de la diversidad tiene el ámbito más amplio posible. Se aplica a nivel nacional, transnacional y global y no sólo va dirigido a los estados sino también a los individuos y los grupos de la sociedad

civil. Mantener la diversidad y el diálogo intercultural es no sólo, y tal vez no primordialmente incluso, una tarea del gobierno sino también de grupos, asociaciones y ciudadanos de la sociedad civil. La diversidad liberal no depende tanto de derechos legales específicos para grupos étnicos. Lo que necesita es una garantía plena de las libertades comunes de expresión, asociación y culto religioso. Sólo la versión desechada de diversidad como segregación involuntaria exige una diferenciación estricta entre grupos. Una vez otorgados los derechos de grupo procedentes de fronteras históricas o de una ventaja colectiva, no hay ninguna necesidad de ampliar esos derechos a otros con el fin de aumentar la diversidad. Además, no es evidente ni muchos menos que los derechos de grupo vayan a promover siempre una mayor diversidad. Las minorías étnicas probablemente hayan utilizado mucho más a menudo la autonomía colectiva para modernizar prácticas políticas, sociales y económicas tradicionales que para preservarlas. y la discriminación positiva ha hecho mucho por la asimilación de una clase media afroestadounidense por la corriente general de la cultura de los Estados Unidos. Los derechos de grupo para las minorías étnicas son una condición previa necesaria de la diversidad liberal, pero no el objetivo final. Lo que las políticas liberales deberían proponerse es recorrer el círculo beneficioso de Lord Acton: igual libertad de los individuos que produce diversidad y diversidad que ayuda a sustentar la libertad.

IV. Bibliografía

Acton, J. E. E. D. (1907), "Nationality", en *The History 01 Freedom and other Essays,* London, Macmillan, pp. 270-300.

Buchanan, A. (1991), Secession. The Morality 01 Political Divorce Irom Fort Sumter to Lithuania and Quebec, Boulder, Westview Press, Dworkin, R. (1977), Taking Rights Seriously, Cambridge, Ma., Harvard University Press.

Galston, W. (1990), Liberal Purposes. Goods, Virtues, and Diversity in the LiberalState, Cambridge, Ma., Cambridge University Press.

Gellner, E. (1983), Nations and Nationalism, Oxford, Blackwell. Hohfeld, W. (1919), Fundamental Legal Conceptions as Applied in Juridical Reasoning, New Haven, Vale University Press.

Kukathas, C. (1992), "Are There Any Cultural Rights?", Political Theory, vol. 20,105-33.
Kymlicka, W. (1989), Liberalism, Community, and Culture, Oxford, Clarendon Press,
———, (1995a), Multicultural Citizenship, Oxford, Oxford University Press.
———, (ed.) (1995b), The Rights 01 Minority Cultures, Oxford, Oxford University Press.
Lijphart, A. (1991/1995), "Self-Determination versus Pre-Determination of Ethnic Minorities in Power-Sharing Systems", reeditado en W. Kymlicka (ed.), ob. cit., 1995b, 275-287.
Locke, J. (1956), "A Letter Concerning Toleration", en *The second Treatise 01 Government and A Letter Concerning Toleration,* ed. con una introducción por J. W. Gough, New York, Macmillan.
Margalit, A. y Raz,J. (1990/1995), "National Self-Determination", reeditado en W. Kymlicka, 1995b, 79-92.
MilI, J. S. (1972), "Considerations on Representative Government", en *Utilitarianism, Liberty, Representative Government,* ed. por H. B. Acton, London, Everyman's Library.
Nozick, R. (1974), Anarchy, Sta te, and Utopia, Oxford, Blackwell. Parekh, B. (1995), "Cultural Diversity and Liberal", en D. Beetham (ed.), *Delining and Measuring Democracy,* London, Sage, 199-221.
Rawls, J. (1993), Political Liberalism, New York, Columbia University Press.
Raz, J. (1986), The Mora lit y 01 Freedom, Oxford, Clarendon Press. Steiner, H. (1994), An Essay on Rights, Oxford, Blackwell.
Tamir, Y. (1993), Liberal Nationalism, Princeton, NJ., Princeton University Press.
Tomasi, J. (1995), "Kymlicka, Liberalism, and Respect for Cultural Minorities", Ethics 105, abril 1995 ,580-603.
Weinstock, D. (1996), How Can Collective Rights and Liberalism be Reconciled? Artículo presentado en la conferencia "Blurred Boundaries. Living with Cultural Diversity", University of Melbourne, 2-5 de julio de 1996.
Young,1. M. (1990), Justice and the Politics 01 Difference, Princeton, NJ., Princeton University Press.

La interculturalidad posible: el reconocimiento de derechos colectivos*

Neus Torbisco Cassals

Sumario:

I. Introducción. **II.** El progresivo reconocimiento de derechos humanos colectivos: génesis de una tendencia polémica. **III.** El enfoque teórico dominante y la crítica liberal a los derechos colectivos. **IV.** La inadecuación del enfoque dominante. V. Hacia un nuevo planteamiento: una noción alternativa de derechos colectivos. **VI.** Multiculturalismo y neutralidad estatal. **VII.** Conclusión: algunos dilemas abiertos.

I. Introducción

En los últimos años, el debate sobre la necesidad de reconocer derechos colectivos a las minorías culturales ha cobrado un protagonismo especial, tanto en la teoría política como en el derecho constitucional[1]. El punto de partida

* Este artículo es una versión revisada del trabajo presentado en el Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política (SELA) celebrado en Iquique (Chile) del 7 al 10 de junio de 2001. Agradezco a los participantes de dicho seminario las sugerencias y cuestiones planteadas. Una versión de este artículo ha sido publicado con el titulo *La interculturalidad posible: el reconocimiento de derechos colectivos,* en "Cuadernos de Derecho Judicial", vol. "La multiculturalidad", VI-2001, ps.

1 Es preciso tener presente que la terminología empleada para hacer referencia a estos derechos varía

de este debate se halla en una crítica general a la filosofía liberal por la escasa atención prestada a fenómenos como el multiculturalismo y el nacionalismo, o a temas como la inf1uencia de la pertenencia a determinados grupos étnicos, lingüísticos o culturales en la configuración y desarrollo de la dignidad y autonomía individuales. En tanto categoría distinta a los derechos individuales, los derechos colectivos se configuran como un instrumento de legitimación de una amplia gama de demandas que suelen plantear las minorías en Estados con elevados índices de pluralismo cultural. Por regla general, sus proponentes pretenden enfatizar las limitaciones del sistema democrático y de los derechos civiles y políticos comúnmente reconocidos por las cartas constitucionales modernas en tanto instrumentos de promoción de la igualdad entre grupos identitarios diversos y de resolución de conflictos etnoculturales. La relevancia de esta cuestión no es meramente teórica. No se trata sólo de que en pocos países los ciudadanos comparten la misma lengua, tradiciones, historia, religión o formas de vida. Lo significativo es, más bien, que la convivencia multicultural se ha convertido, desde el final de la guerra fría, en la principal causa de enfrentamiento político y de violencia en el mundo[2].

Sin embargo, pese a que existen indicios para pensar que el reconocimiento de derechos a determinados grupos en razón de sus peculiaridades culturales es una tendencia en auge (especialmente, en la evolución más reciente del derecho internacional de los derechos humanos), la interpretación de esta clase de normas que incorporan una dimensión colectiva a los derechos es extremadamente controvertida. En concreto, su encaje en el esquema general de justificación y

enormemente. Además de la expresión "derechos colectivos", también se habla de "derechos de grupo", "derechos de las comunidades" e incluso de "derechos culturales". En lo que sigue, las expresiones "derechos colectivos" y "derechos de grupo" se usan indistintamente. Inicialmente, por "minorías culturales" me refiero a aquellos grupos culturalmente no dominantes en un Estado cuyos miembros se ven a sí mismos como portadores de una identidad singular a la que atribuyen un valor y que, por tanto, desean mantener. Es importante subrayar que en la filosofía política contemporánea, los discursos sobre el multiculturalismo han heredado la noción comprehensiva de *culturas* en plural de la antropología moderna que elimina el rasgo de inferioridad y superioridad de particulares formas de vida humanas. Al respecto, véase W. KYMLICKA, *Multicultural Citizenship. A Liberal Theory of Minority Rights,* Oxford, Clarendon University Press, 1995, p. 76: J. Raz, *Multiculturalism. A Liberal Perspective,* en J. Raz, Ethics in the Public Domain, Oxford, Clarendon Universitv Press, 1994, ps. 129-130.

2 T. GURR, Minorities at Risk. *A Global Overview of Ethnocultural Conflict,* Washington D. C. Institute of Peace Press, 1993.

asignación de los derechos individuales resulta ambiguo. Según algunos críticos, el fundamento de la idea de derechos colectivos se basa en presupuestos contrarios al provecho de sociedad democrática inherente al liberalismo, lo cual les conduce a sostener la existencia de una incompatibilidad de principio entre estos derechos y los derechos individuales. Otros autores, más que discutir la legitimidad de las demandas que plantean los grupos minoritarios, enfatizan la innecesariedad de recurrir a una nueva categoría de derechos para dar cuenta de ellas, o bien rechazan la prioridad o urgencia del tipo de intereses que están en juego. Quienes sostienen alguna de estas dos últimas tesis argumentan que los principios inherentes al liberalismo democrático proveen un marco lo suficientemente flexible para garantizar la coexistencia de grupos culturales distintos en una sociedad democrática.

A menudo, en el trasfondo del razonamiento anterior late la idea de que el lenguaje de los derechos resulta demasiado intransigente, contribuyendo a agravar, en lugar de solventar, los conflictos sociales y políticos existentes en los Estados multiculturales. Previsiblemente, este efecto contraproducente se produciría porque, formulándose las demandas en términos de derechos, tiende a asumirse que la respuesta a ellas no depende del diálogo ni de la negociación. Tampoco de consideraciones relativas al bien común. En este sentido, reclamar el propio derecho nos conduce a distanciarnos de los demás; supone, parafraseando él WALDRON, "el inicio de las hostilidades"[3]. Según este argumento, el énfasis en los derechos conduce a inhibir otros discursos alternativos, como el de la responsabilidad o de las virtudes cívicas, encaminados a sentar las bases de una sociedad civil donde las relaciones humanas se sostengan sobre lazos de afecto, respeto, tolerancia o buena fe, mucho más firmes e incluso más loables desde un punto de vista ético. En buena medida, el espíritu comunitarista presente en la corriente del republicanismo cívico está en la base de la visión crítica hacia una expansión de los catálogos de derechos humanos. Para algunos autores, el debate sobre los derechos colectivos es representativo de la supuesta trivialización o uso abusivo del lenguaje de los derechos en los debates políticos[4].

3 J. WALDRON, *Liberal Rights. Collected Papers 1981-1991,* Cambridge, Cambridge University Press, 1993, p. 372.

4 En este sentido, A. CALSAMIGLIA, *Cuestiones de lealtad,* Barcelona, Paidós, 2000; M. A. GLENDON, Rights Talk. The Impoverishment of Political Discourse, New York, Free Press, 1991.

El propósito de este trabajo es abordar algunos de estos interrogantes al hilo de la problemática suscitada en torno a la legitimidad de reconocer ciertos derechos colectivos a las minorías culturales. Mi interés principal no es tanto defender respuestas definitivas acerca de la justificación de estos derechos, como ofrecer una visión crítica del debate y cuestionar la conclusión escéptica respecto de la existencia de derechos colectivos alcanzada por muchos teóricos liberal-igualitaristas[5]. Para ello, trataré de mostrar la inadecuación de algunas de las premisas en las que se basa esta posición y sugerir la necesidad de un marco teórico basado en presupuestos tanto conceptuales como normativos distintos. Como se mostrará, revisar la solidez del enfoque dominante constituye un paso previo indispensable para evaluar correctamente las implicancias de la progresiva expansión de los actuales catálogos en derechos fundamentales en aras del reconocimiento de derechos a determinados grupos minoritarios. Antes, sin embargo, es preciso apuntar algunas consideraciones que clarifiquen algo más el vínculo del debate filosófico sobre el multiculturalismo y la protección a las minorías con la defensa de los derechos colectivos.

II. El progresivo reconocimiento de derechos humanos colectivos: génesis de una tendencia polémica

Los defensores de los derechos humanos consideran que estos derechos están llamados a proteger necesidades o bienes fundamentales de las personas en tanto agentes libres e iguales. En otras palabras, la imposición de deberes a

5 Con "Liberalismo-igualitario" me refiero a aquella vertiente dentro del liberalismo caracterizada por la asunción de cierta clase de individualismo –esto es, el individuo se concibe como la unidad última de valor moral, como un fin en sí mismo– y de cierto tipo de igualitarismo –esto es, cada persona tiene un estatus moral igual y debe ser tratada por el gobierno con igual consideración y respeto. En contraste con el neo-liberalismo o libertarismo de raíz individualista de HAYEK y NOZICK:, esta corriente –integrada por filósofos como Gerald A. COHEN, Ronald DWORKIN o John RAWLS– prescribe el intervencionismo estatal para dar sustantividad al postulado moral de que "cada vida cuenta, y cuenta por igual" (T NAGEL, Mortal Questions, Cambridge, Cambridge University Press, 1979, p. 105). A mayor abundamiento sobre el liberalismo igualitario, R. GARGARELLA, *Las teorías de la justicia después de Rawls,* Barcelona, Paidós, 2000; W. KYMLICKA, *Filosofía política contemporánea. Una introducción,* Barcelona, Ariel, 1995.

los demás –tanto a otros individuos como a los Estados– con base en estos derechos sólo se justifica a fin de satisfacer nuestros intereses más urgentes. Por tanto, no todos los derechos son necesariamente "derechos humanos" o "derechos fundamentales". En general. este lenguaje se reserva para enfatizar la relevancia de un determinado tipo de razones. Ésta es la idea que subyace a la famosa expresión de DWORKIN de que los derechos son triunfos frente a la mayoría, constituyendo un límite a la apelación al bien común o a la utilidad colectiva a la hora de adoptar decisiones institucionales[6].

Las aproximaciones filosóficas a los derechos humanos tienden a iniciarse preguntando cuál es el criterio –o los criterios– que un derecho debe satisfacer para ser incluido en esta categoría. Para hacer inteligible este requisito, suele recurrirse a la distinción entre derechos jurídicos (*legal rights*) y derechos morales (*moral righls*)[7]. Sostener que alguien tiene un derecho moral opera como razón relevante para defender la necesidad de su reconocimiento y protección mediante la creación de nuevas normas jurídicas. De esta forma, una parte esencial de la forma política de la democracia constitucional consiste en garantizar ciertos derechos fundamentales que tienen que ver con el concepto de justicia, ya sea a través de una Constitución escrita o bien de ciertas convenciones o estatutos que el parlamento no puede violar[8]. Así concebidos" los derechos fundamentales son aquellos de los cuales se predican características como la inalienabilidad, inviolabilidad y universalidad. Ahora bien, más allá de estas premisas, no puede afirmarse que exista una única teoría acerca de su

6 R. DWORKIN, *Rights as Trumps,* en J. WALDRON (ed.), Theories of Rights, Oxford, Oxford Universitv Press, 1984.

7 Un método común para distinguir primariamente entre ambas clases de derechos consiste en señalar que los derechos jurídicos son aquellos reconocidos por un ordenamiento jurídico, mientras que los derechos morales existen en un sistema normativo moral. De ahí derivan, entre otras particularidades que suelen resaltarse, su grado distinto de formalización y concreción sustantiva. Aunque existe una disputa metaética importante en torno a las posibilidades de afirmar la existencia y cognoscibilidad de los derechos morales, para los fines de este escrito asumiré que, efectivamente, existen argumentos que fundamentan tales derechos, y que los individuos son capaces de conocerlos mediante un proceso de reflexión racional. Sobre la noción de derechos humanos o derechos fundamentales como derechos morales, C. S. NINO, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación,* Barcelona. Ariel, 1989.

8 En este sentido, J. RAWLS, *Constitutional Liberty and the Concepto f Justice,* en S. FREEMAN (ed.), John Rawls. Collected Paperss, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1999, ps. 73 y siguientes.

identificación precisa y justificación que prevalezca. Contamos, más bien, con una serie de argumentos en favor de la protección de determinados intereses, bienes o facetas de la existencia humana. Aún así, en la cultura occidental está implícita una cierta visión de la naturaleza de la persona y de la sociedad que resulta imprescindible para comprender por qué, por encima de las peculiaridades propias de los distintos ordenamientos jurídicos, el proceso de reconocimiento y tutela de los derechos fundamentales presenta rasgos semejantes en la mayoría de las democracias constitucionales contemporáneas. Así, autores como Raz o Lukes consideran que el principio humanístico (o *value-individualism*) significa que la explicación de la bondad o maldad de cualquier objeto o acción deriva, en último término, de su contribución actual o potencial a la calidad de la vida humana[9]. Este culto a la persona impregna el núcleo del discurso de los derechos en la tradición liberal, reflejándose tanto en la estructura individualista y universal que éstos adoptan en las cartas constitucionales modernas como en su contenido concreto.

En efecto, las constituciones atribuyen a los individuos una serie de derechos fundamentales que se protegen de forma especial. Por lo general, se trata de la clase de derechos civiles y políticos que forman parte del consenso internacional que, al menos en teoría, se expresa en documentos tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos o el Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. Ahora bien, esta opción significa que la mejor estrategia para hacer frente a los problemas de discriminación que sufren las minorías consiste en tornar invisibles las diferencias. Esto es, se trata de impedir que las diferencias de hecho resulten relevantes para el derecho. El ideal de ciudadanía universal comprendido en las teorías liberales se asocia a la homogeneidad en la distribución de los derechos: asignar los mismos derechos a todos los ciudadanos se considera suficiente para garantizar las formas legítimas de diversidad en una sociedad democrática. Ésta es la filosofía que ha precedido la aproximación del liberalismo y de la moderna doctrina de los derechos humanos al problema de las minorías[10].

9 J. RAZ, *The Morality of Freedom,* Oxford, Clarendon Press, 1986, p. 194. En el mismo sentido, S. LUHS, *El individualismo,* Barcelona, Península, 1975.

10 Sobre este extremo, I. M. YOUNG, *Polity and Group Difference: A Critique of the Ideal Universal Citizenship,* en "Ethics" 99. 2, 1989, p. 250.

Las anteriores observaciones son suficientes para llamar la atención sobre la relevancia del giro que supone la asignación de derechos a los grupos en la orientación de la teoría y práctica de los derechos fundamentales. Podrían aducirse muchas razones para explicar este cambio, pero, en términos generales, cabe enmarcarlo en una reflexión más amplia sobre los dilemas que el multiculturalismo plantea en los Estados democráticos. Básicamente, el debate sobre el multiculturalismo' versa sobre las condiciones normativas de realización de la justicia en contextos de diversidad etnocultural, es decir, en sociedades donde conviven grupos étnicos o culturales que interactúan entre sí de forma significativa[11]. Como se apuntó más arriba, el que las cuestiones relativas a la gestión de la diversidad cultural constituyan uno de los ejes centrales del análisis filosófico-político actual se debe, en buena medida, al elevado índice de conflictividad ocasionado por este factor. Además, el movimiento e interacción masiva entre los pueblos provocados, inicialmente, por la descolonización, y, en nuestros días, por las migraciones masivas y por la globalización permiten aventurar la consolidación de la ciudadanía multicultural y, por ende, del tipo de problemas asociados a esta realidad.

Sin embargo, el multiculturalismo no es un fenómeno específicamente distintivo de nuestro tiempo. Por el contrario, la convivencia entre grupos étnicos y culturales distintos en el seno de unidades políticas diferenciadas ha sido una constante a lo largo de la historia. También la existencia de conflictos entre ellos. Por ello, el especial interés con que la filosofía política actual se pregunta por la trascendencia de este fenómeno no se explica sin tener en cuenta una serie de circunstancias adicionales que han puesto en tela de juicio ciertos presupuestos profundamente arraigados en el pensamiento liberal. Posiblemente, el principal de estos presupuestos sea la consideración de que, en las sociedades democráticas con un cierto nivel de desarrollo, las distintas identidades y adhesiones culturales de los ciudadanos no suponen impedimento alguno para la convivencia e integración estatales. Según esta visión, los conflictos etnoculturales serían propios de países no democráticos que vulneran los derechos humanos básicos. Esta premisa ha conducido a muchos

11 Cf. A. GUTMANN *The Challenge of Multiculturalism in Political Ethics,* en "Philosophy and Public Affairs", 22/3, 171. 1993.

eminentes teóricos liberal-demócratas a ignorar la cuestión de la diversidad cultural, tratándola, a lo sumo, como una dificultad menor a la hora de diseñar instituciones políticas. En definitiva, esta omisión no ha venido motivada por un desconocimiento acerca del hecho de que los Estados no son culturalmente homogéneos, sino por la percepción de que éste es un hecho irrelevante al que no merece asignarse trascendencia normativa alguna. El origen de esta idea puede hallarse en el esquema de valores heredados de la Ilustración. Así, filósofos como VOLTAIRE o CONDORCET predijeron que el cosmopolitismo sería el resultado natural e inevitable de los procesos de modernización y emancipación del individuo. La pertenencia a particulares comunidades étnicas, religiosas o lingüísticas –pensaban– no determinaría las opciones de los individuos libres. Es más, muchos de estos filósofos confiaban en que, a medida que las comunicaciones modernas vincularan fácilmente todas las zonas dentro y fuera de los Estados, la cuestión de la identidad cultural perdería importancia, convirtiéndose en una mera adhesión voluntaria[12].

Sin embargo hoy, más de dos siglos después, estas predicciones no sólo parecen haberse incumplido sino que, muy probablemente, estuvieron basadas en un optimismo infundado. De hecho, ya a comienzos de los años 80, autores como CONNOR y VAN DYKE advirtieron que había evidencias empíricas suficientes que mostraban que ni la movilización social inherente a la modernidad ni la democracia conducían a una disminución de la conciencia de la identidad étnica, cultural o nacional entre los individuos[13]. En particular, el fenómeno de la conciencia nacional, lejos de estar en declive, se ha incrementado y ningún tipo de Estado es inmune frente a este fenómeno. Los procesos de integración política regional o la globalización no han conducido a la uniformidad de los pueblos, como hubiera sido esperable desde el razonamiento que guiaba a los intelectuales de la Ilustración. La evolución reciente de los acontecimientos políticos en varias zonas

12 A mayor abundamiento sobre el desarrollo de esta idea. W. KYMLICKA. *From Enlightment Cosmopolitanism to Liberal Nationalism,* en W. KYMLICKA, Politics in the Vernacular, Oxford, Oxford University Press, 200l.

13 W. CONNOR. *Ethnonationalism in the First World: the Present in Historical Perspective,* en W. CONNOR, *Ethnonationalism. The Quest for Understanding,* Princeton, Princeton Uniyersiy Press, 1994, ps. 166-90; V. VAN DYKE. *Human Rights, Ethnicity and Discrimination,* Westport, Greenwood Press, 1985.

del mundo así lo ha puesto de manifiesto. Por mencionar sólo un ejemplo: tras la caída del muro de Berlín y el colapso de los regímenes comunistas, la instauración de sistemas democráticos y de constituciones liberales no ha sido capaz de evitar la emergencia de conflictos de naturaleza identitaria a lo largo del territorio de la Europa Central y Oriental. Naciones minoritarias que parecían haberse evaporado tras el Telón de Acero han resurgido con ímpetu renovado en muchos territorios, frustrando las esperanzas que los analistas occidentales habían depositado en los procesos de transición democrática como garantes, *per se,* de la paz y el progreso de la región. Las disputas actuales se centran en los términos de la pertenencia de dichos grupos culturales minoritarios a los distintos nuevos Estados. La mayoría de estos grupos no discute la legitimidad de los derechos civiles y políticos ni de la democracia, sino que pone en cuestión las fronteras territoriales establecidas y la legitimidad de los propios procedimientos de construcción e integración nacional. Sin duda, en estos contextos, determinar quién es el *demos* es extraordinariamente complejo. De hecho, la incertidumbre en torno a esta cuestión es una de las principales causas de la ralentización del progreso de la región a todos los niveles. Por otra parte, la misma exigencia de reconocimiento de la diversidad cultural subyace a otros muchos problemas a los que se enfrentan algunas de las democracias más consolidadas de Occidente: desde la fuerza del fenómeno del nacionalismo en Flandes, Escocia, Quebec, Puerto Rico o Cataluña, hasta la controversia en torno a los derechos de los pueblos indígenas o sobre los principios que deberían regir las condiciones de admisión e integración social de los inmigrantes procedentes de otras culturas tanto en Europa como en América. En todos estos casos, mayorías y minorías se enfrentan por cuestiones como la autonomía política, el sistema de representación, la delimitación de fronteras territoriales, el *curriculum* educacional, la lengua oficial, la subsidiarización de escuelas religiosas e incluso la elección de símbolos estatales. Aunque, afortunadamente, la mayoría de estos conflictos no ha degenerado en rupturas dramáticas, no por ello puede ignorarse su existencia.

En suma, la progresiva expansión de una cultura política liberal no parece resultar suficiente para lograr la integración sociopolítica en la mayoría de contextos de diversidad cultural. Teniendo en cuenta la evolución de los acontecimientos políticos en el último cuarto del siglo XX, no deja de ser

sorprendente que muy pocos teóricos anticiparan la centralidad que las luchas por el reconocimiento de las distintas identidades, el nacionalismo y las demandas de las minorías culturales han adquirido. La opinión dominante de que la democratización y el progreso económico conducirían a que las diferencias etnoculturales dejaran de ser motivo de conflicto es la razón que explica que la filosofía política contemporánea haya venido operando con un modelo idealizado de la polis que, si bien tiene en cuenta el pluralismo ideológico, ignora la relevancia del pluralismo Cultural[14].

La reflexión anterior permite captar el impulso más elemental que conduce a hablar de derechos colectivos y la dimensión del desafío que supone el reconocimiento de estos derechos. Por supuesto, la naturaleza y el contexto histórico de los conflictos mencionados son de índole diversa. Pero más allá de la génesis peculiar de las demandas concretas y de las complejas cuestiones que su consideración aislada pueda plantear, todas ellas comparten un rasgo esencial: tanto las reivindicaciones de autogobierno por parte de minorías nacionales como las de grupos étnicos en contra de determinadas políticas de asimilación se asocian al reconocimiento público de la existencia de identidades culturales distintas y a la garantía de su pervivencia como tales[15]. Su Fundamento reside en exigencias de justicia o igualdad *entre grupos,* por lo que el proceso usual de toma de decisiones en un Estado democrático, la regla de la mayoría, difícilmente constituye una vía adecuada para dirimir estas cuestiones. Asimismo, la respuesta tampoco parece estar vinculada a la inter-

14 Ésta es probablemente, la crítica principal que han realizado las corrientes de multiculturalismo y del nacionalismo liberal (integrada por autores como KYMLICKA, MILLER, TAMIR Y TAYLOR a lo largo de la última década.

15 En la literatura iusfilosófica sobre el multiculturalismo las expresiones "inmigrantes" y "minorías étnicas" se usan indistintamente. La locución "minorías étnicas" alude a grupos de origen o de descendencia común (real o figurada) que van más allá de las familias. Mientras que parece inadecuado emplear el vocablo "inmigrante" con referencia a las segundas o terceras generaciones de descendientes (chinos-americanos, ucranianos-canadienses, etc.), la idea de minorías étnicas no implica asumir que las conexiones de los miembros de estos grupos con su lengua y cultura originarias se deban necesariamente a una emigración reciente. En cambio, la expresión "minorías nacionales" suele emplearse para hacer referencia a grupos históricamente asentados en un territorio concreto, que mantienen costumbres, tradiciones o una lengua propias, y que han gozado –o aspiran a gozar– de cierta autonomía institucional respecto del Estado a que pertenecen. No obstante, es frecuente que la identificación de estas minorías también involucre la apelación a lazos –aunque sean imaginarios– de descendencia común. Por ello, lo que mejor distingue a las minorías étnicas de las na-

pretación de los catálogos familiares de derechos individuales que las constitución reconocen a todos los ciudadanos. Como observa KYMLICKA, la libertad de expresión o el derecho a la educación no nos indican cuál es la política lingüística adecuada, el derecho al voto no resuelve cuestiones de delimitación de fronteras, ni la movilidad geográfica nos dice qué políticas de inmigración o naturalización son legítimas[16]. Los grupos minoritarios formulan sus demandas en términos de una protección específica a sus identidades y tradiciones culturales distintivas que –remarcan– los derechos individuales sólo pueden proveer de forma insuficiente. Con la idea de derechos colectivos se pretende resaltar que la igualdad en los Estados multiculturales requiere algo más que un sistema democrático y el respeto a los derechos individuales básicos. Estos derechos permitirían garantizar el desarrollo de la identidad e instituciones distintivas de las culturas minoritarias, contribuyendo a paliar el impacto que la globalización y las culturas dominantes en los distintos Estados ejercen sobre aquéllas y proporcionando las bases para resolver los conflictos etnoculturales de forma más justa.

III. El enfoque teórico dominante y la crítica liberal a los derechos colectivos

Las anteriores son, a grandes rasgos, algunas de las motivaciones que subyacen a la defensa de los derechos colectivos. La doctrina tradicional de los derechos humanos no cuenta con argumentos específicos para justificar tales derechos. Ello se refleja en las dificultades que plantea la interpretación de derechos ya reconocidos, como el derecho a la autodeterminación de los pueblos, o de los recientes convenios de protección de las minorías nacionales adoptados en el marco europeo. Según se desprende de las observaciones pre-

cionales son sus distintas demandas. Sólo las minorías nacionales acostumbran a reclamar instituciones separadas que materialicen su aspiración a la autonomía política. En cualquier caso, para los fines de este trabajo, conviene tener presente que ambas categorías de grupos constituyen "minorías culturales". Para una clasificación de las principales demandas que son objeto de discusión normativa bajo las etiquetas de "derechos colectivos" o "derechos culturales", J. LEVY, *Classifying Cultural Rigths,* en I. SHAPIRO, W. KYMLICKA (eds.), *Ethnicity and Group Rights,* Nomos XXXIX, New York, New York University Press, 1997, ps. 22-66.

16 *Íbid.* P. 5.

cedentes, quienes defienden los derechos colectivos asumen que la mejor forma de garantizar una protección especial a los grupos minoritarios es por medio de una categoría de derechos distinta. Esta tesis resulta de la común percepción de que la clase de intereses subyacentes a las demandas que están en juego no pueden (o no deberían, según las versiones) ser subsumidos en los catálogos familiares de derechos individuales constitucionalmente reconocidos. Pero, ¿qué se entiende por "derechos colectivos"? y ¿cómo identificar a los grupos potencialmente candidatos al disfrute de estos derechos?

La mayoría de los participantes en este debate asume, implícita o explícitamente, que los derechos colectivos son derechos de *titularidad colectiva* que se justifican de forma análoga a como suelen justificarse los derechos individuales. Muy simplificadamente, el razonamiento sería el siguiente: los defensores de los derechos individuales comienzan señalando a la persona humana en tanto titular de ciertos bienes (vida, integridad física, libertad, etc.), de los que se predica un valor inherente o intrínseco tal que se justifica el interés en su respeto y protección mediante ciertas reglas. En consecuencia, los derechos se confieren a los individuos como garantía indispensable contra la violación de estos intereses, lo cual justifica la imposición de una serie de deberes a los demás. Los proponentes de los derechos colectivos proceden del mismo modo: tratan de esclarecer qué entienden por "grupo" o "minoría", enuncian una serie de intereses colectivos que consideran legítimos (el interés en la autonomía política, en la preservación cultural o en el mantenimiento de la identidad), y argumentan que tales intereses conforman el substrato de determinados derechos de titularidad colectiva. Por tanto, a diferencia de los derechos individuales, el titular de los derechos colectivos sería el grupo y no sus miembros individualmente considerados[17]. Su fundamento último descansaría en la existencia de intereses de los grupos que no son individualizables, esto es, trasladables o reducibles a la suma de los intereses agregados de sus miembros. Así, se sostiene, por ejemplo, que el interés de las comunidades en la pervivencia de sus caracteres distintivos no puede captarse adecuadamente si se reduce a una suma de intereses individuales. Sobre la base de este razonamiento –al que me referiré como tesis de la no reducibilidad– sus proponentes se esfuerzan en mostrar

17 En este sentido. M. FREEMAN, *Arre there Collective Human Rights?,* en "Political Studies", XLIII, 1995, p. 38: McDONALD, *Should Communities Have Rights? Reflections on Liberal Individualism,* en "Canadian Journal of Law and Jurisprudence, cit., p. 220.

que los derechos colectivos no pueden ocupar el espacio conceptual de los derechos individuales[18]. Hay ciertos elementos o bienes, se observa, que únicamente los grupos pueden poseer: procesos de socialización, estructuras de comunicación o lo que suele denominarse el bien de la "comunidad fraternal". Son los grupos quienes tienen intereses legítimos hacia esta clase de bienes, por lo que su garantía mediante derechos corresponde al grupo como tal y no a sus miembros individuales. En general, esta justificación de la idea de derechos colectivos está ligada a la aserción de que determinados grupos tienen una identidad clara y capacidad para la agencia moral efectiva (siendo, ambas, precondiciones para ser sujeto de derechos humanos). Así, VAN DYKE, pionero en la defensa de los derechos de grupo, argumenta que las comunidades étnicas, al igual que los Estados y las naciones, reúnen los criterios suficientes para ser consideradas entidades titulares de derechos morales y no meramente de derechos jurídicos como los que puedan tener las corporaciones u otros grupos de interés circunstanciales[19].

Es interesante advertir que, en el ámbito filosófico, la noción de grupo suele asociarse con un componente subjetivo vinculado a la conformación de identidades individuales y colectivas. En este sentido, FISS subraya que un grupo es algo más que un mero agregado de individuos que llegan al mismo tiempo a una esquina, estableciendo dos criterios de distinción entre agregados de individuos y grupos sociales[20]. El primero es que un grupo es una entidad, lo cual significa que *"has a distinct existence apart from its members, and also that it has an identity*[21]. Por ello, según este autor, tiene sentido hablar de la existencia de un grupo a lo largo del tiempo, con independencia de los miembros individuales que lo componen en un momento dado. En segundo lugar, debe existir lo que se denomina "condición de interdependencia", esto es, se requiere que la identidad y el bienestar del grupo y la

18 A título de ejemplo, R. GARET, *Communality and Existence: The Rigths of Groups, Southern California Law Review* 56/5, 1983, 1001-1075: B. G. RAMCHARAN, *Individual, collective and group Rights: History, theory, practice and contemporary evolution,* en "lnlernational Journal on Group Rights", vol. 1, 1993, 27-43: CORLETT, *The Problem of Collective Moral Rights,* en "Canadian Journal of Law and Jurisprudence", cit.. ps. 237 y siguientes.

19 V. VAN DYKE, *Human Rights, Ethnicity and Discrimination,* cit., p. 207.

20 O. M. FISS, *Groups and the Equal Protection Clause,* en "Philosophy and Public Affairs", vol. 5, nº 2, 1976, p. 148.

21 *Ibidem.*

identidad y el bienestar de sus miembros se hallen vinculados. Por esta razón, *"members of the Group identify themselves –explain who they are– by reference to their membership in the group"* [22]. En definitiva, la profundidad de los intereses constitutivos de los miembros del grupo y de su mutuo reconocimiento en cuanto tales distingue a estos colectivos de lo que HELD denomina meramente collections, es decir, agrupaciones casuales de individuos que no se hallan vinculados entre sí en el sentido fuerte expresado[23].

No obstante, incluso si se aceptaran tanto la idea de grupo delineada a partir de los criterios esbozados como la tesis de la irreducibilidad de ciertos intereses colectivos, el problema de la identificación de los grupos relevantes para ser sujetos de derechos seguiría vigente. Como se ha señalado, en el contexto del debate sobre el multiculturalismo, la idea de derechos colectivos se articula como un mecanismo de protección de los intereses de las minorías culturales. En su acepción más común, el término "minoría" designa a un conjunto de individuos que, por determinadas circunstancias, se encuentra en posición de inferioridad respecto de otro conjunto al que se ven unidos por alguna relación contingente. El problema reside en que los elementos que pueden determinar dicha condición de inferioridad son de lo más heterogéneos: número, etnia, religión, inferioridad relativa al disfrute de derechos, condiciones de vida, etc. En su conocido *Estudio sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías étnicas, religiosas o lillgiiísticas*[24], CAPOTORTI ilustraba las dificultades para delimitar con precisión los elementos relevantes de la noción de minoría. Este autor señaló algunas de las cuestiones más controvertidas, como la necesidad de una medida mínima del grupo, la exigencia o no de inferioridad numérica respecto de la población global de un Estado, la interacción entre elementos subjetivos y objetivos a considerar, o bien la inclusión o exclusión de los extranjeros. Según su propuesta, el término "minoría" delimita dos propiedades indispensables para determinar su correcta aplicación: la primera hace referencia a elementos objetivos: un grupo carac-

22 *Ibídem.*

23 V. HELD, *Can a Random Collection of Individuals Be Moralv Responsible?,* en 'The Journal of Philosophy". vol. LXVII, nº 14.

24 F. CAPOTORTI, *Study on the Rights of persons belonging to ethnic, religious and linguistic minorities* (UN Sub-Commission on Prevention or Discrimination and protection of Minorities), UN Doc.E/CN.4/Sub.2/384/Rev.I (1979).

terizado por la etnia, la religión o la lengua, inferior en número, con una posición no dominante en el Estado de que se trate, cuyos miembros reúnen la condición de ciudadanos. La segunda es de naturaleza subjetiva: la voluntad del grupo de preservar su identidad específica. Pero ambos elementos plantean dificultades. Por ejemplo, el criterio cuantitativo podría considerarse arbitrario, ya que no siempre da cuenta de "minorías" en el sentido de grupos oprimidos o en peores condiciones de vida[25]. Respecto del elemento subjetivo, si bien la propia noción de grupo se asocia a la conformación de identidades personales y colectivas, a la existencia de ciertos entendimientos compartidos o a un sentimiento de identificación, la naturaleza cuasi psicológica de este criterio presenta problemas de vaguedad: si la identidad no es algo estático, sino que su formación es fruto de un proceso complejo en permanente transformación, involucrando la relación entre grupos distintos que, a su vez, no son internamente homogéneos, ¿en qué medida puede predicarse la existencia de entidades colectivas distintas?

La aserción de que algunos grupos manifiestan una identidad clara a partir de la cual podemos identificarlos a fin de atribuirles una serie de derechos se cuestiona desde postulados antiesencialistas. Aunque en los últimos años el discurso del multiculturalismo ha ganado en respetabilidad, consolidándose incluso como corriente progresista dentro del pensamiento político, algunos académicos han advertido de la incoherencia inherente a la imagen de las culturas como cuerpos individualizables y aislados, impermeables a las influencias externas y carentes de disenso interno. En contraposición a lo que a menudo se clasifica de "absolutismo étnico", o "culturalismo diferenciador", al que supuestamente conducen las políticas del multiculturalismo defendidas por teóricos como TAYLOR o KYMLICKA, los críticos antiesencialistas proponen ideas como la del "pluralismo" o la de "identidades híbridas". Esta oposición al monismo social en la identificación de las distintas identidades culturales está representada por asociaciones de derechos humanos como la británica *Women against Fundamentalism* y por académicas como OKIN[26].

25 Éstos serían, por ejemplo, los casos de la población de raza negra en Sudáfrica durante el régimen de *aphartheid* o el de las mujeres en los Estados islámicos ortodoxos.

26 En este sentido, S. OKIN, *Is Multiculturalism Bad for Women? When Minority Cultures Win Group Rights, Women Lose Out,* en "Boston Review of Books", 22. 1997.

La concepción y estrategia de justificación de los derechos colectivos prevalecientes ponen en tela de juicio algunos presupuestos básicos del pensamiento liberal acerca de la naturaleza de los derechos. Para empezar, la discusión anterior remite a algunos de los complejos dilemas filosóficos que conforman el núcleo de la disputa entre comunitaristas y liberales. En concreto, a cuestiones sustantivas complejas acerca de la identidad de los grupos, su capacidad para la agencia moral y a la discusión acerca de la relativa prioridad del individuo o de la comunidad. Por esta razón, resulta cada vez más común asumir que los argumentos que se ofrecen en favor o en contra de los derechos colectivos dependen, en última instancia, de la posición filosófica adoptada en este debate más general. Así, diversos autores liberales impugnan la idea de derechos colectivos por considerar que su reconocimiento implica comprometerse con una ontología dudosa. El argumento es simple: en tanto derechos morales, los derechos humanos se adscriben a quienes tienen ciertas capacidades. Una colectividad no tiene mente, ni puede deliberar racionalmente, evaluar cursos de acción o actuar por sí misma, por lo que no satisface las condiciones que requiere cualquier adscripción justificada de derechos. Sólo los individuos pueden literalmente razonar, tener valores o tomar decisiones. Los hechos acerca de las decisiones y acciones de un grupo son dependientes de los actos y comportamiento individuales. En esta línea, WELLMAN, por ejemplo, mantiene que incluso los grupos más organizados y activos carecen de agencia en sentido estricto, por lo que es imposible que puedan ser titulares de derechos[27].

También la idea de que existen intereses de los grupos que son irreducibles a intereses individuales concretos se rechaza por razones similares. Detengámonos por un momento, para examinar este problema, en la extendida noción de derechos como fundamento de deberes de los demás[28]. Si sostenemos la idea de que un colectivo tiene intereses irreducibles, no trasladables a los de sus miembros individuales, cabría la posibilidad de que éstos tuvieran deberes hacia el grupo, Ahora bien, ¿qué significaría esto exactamente? En principio, resulta perfectamente claro que quienes pertenecen a un grupo pueden tener deberes hacia otros miembros del grupo. Pero no

27 C. WELLMAN, *Real Rights,* Oxford University Press, 1995, p. 105.

28 Ésta es la idea de derechos defendida, por ejemplo. por RAz en The *Morality of Freedom,* cit., p. t67.

es esto lo que parecen querer destacar quienes argumentan que los colectivos tienen intereses *por sí mismos.* Justamente porque estos intereses son inherentes al grupo, no individualizables, admitir la adscripción de derechos colectivos para garantizarlos implicaría aceptar que los miembros de un grupo pueden tener deberes hacia el grupo *como tal.* En otras palabras, el grupo podría tener derechos (por ejemplo, a la existencia o a la preservación de sus rituales, tradiciones o cualesquiera que fueran sus características) frente a sus miembros, Podría darse el caso, entonces, de que algunos de sus miembros, la mayoría, e incluso todos ellos tuvieran intereses contrapuestos a los del grupo. De nuevo, ¿qué podría sugerir una afirmación de este tipo? Articular coherentemente este argumento plantea dificultades evidentes, Por esta razón, autores liberales como NARVESON, GEWIRTH, HARTNEY o MACKIE concluyen que la idea de derechos colectivos se basa en un error conceptual[29].

Nótese que en el planteamiento de esta objeción es claramente perceptible el vínculo tantas veces establecido entre el individualismo metodológico y las teorías liberales de los derechos. El individualismo mantiene que el individuo es la unidad explicativa básica en las ciencias sociales puesto que siempre es posible dar cuenta de acciones o estructuras sociales en términos individuales. Para el liberalismo, esta teoría es plausible porque todo colectivo, de la naturaleza que sea, está compuesto por individuos y no a la inversa, Y si bien es cierto que los individuos son, a su vez, seres sociales, esta condición también se considera explicable en términos de acciones y relaciones individuales. Para ser consecuentes con esta línea de pensamiento, la alusión a intereses colectivos sólo tiene sentido metafóricamente. Son los individuos, y no los grupos, quienes tienen intereses, por lo que, en sentido estricto, sólo los individuos pueden tener derechos. La preocupación latente en esta posición es que admitir la existencia de derechos colectivos conduzca a sacralizar a los grupos, sin que existan argumentos claros acerca de su valor intrínseco.

29 Cf. J, NARVESON, *Collective Rights?,* en "Canadian Journal of Law and Jurisprudence", vol. IV, nº 2, 1991, 333; A. Gewirth, *Human Rights: Essays on Justification and Applications,* University of Chicago Press, 1982; M. HARTNEY, *Some Confusions Concerning Collective Rights,* en "Canadian Journal of Law and Jurisprudence", vol. IV, nº 2, 1991, 219; J, MACKIE, *Can there be a Right-Based Moral Theory?,* en WALDRON (ed.), Theories of Rights, cit. ps, 68-179.

Además de estos dilemas filosóficos generales, existen dos dificultades añadidas que atañen a aspectos más específicos en relación con la justificación de los derechos colectivos.

En primer lugar, tanto proponentes como detractores de estos derechos suelen evaluar negativamente la ausencia de consenso en torno a un concepto de minoría. Según una opinión generalmente aceptada, la complejidad de este punto supone un grave escollo conceptual; si el propósito de los derechos colectivos es proteger ciertos intereses inherentes a determinadas entidades colectivas, necesitamos criterio claros para identificar de forma precisa a los grupos relevantes. De lo contrario, establecer un marco general para la atribución de estos derechos resultará inviable puesto que la heterogeneidad de criterios conducirá a la arbitrariedad en la selección de los grupos. Con el propósito de obviar esta especie de infortunio conceptual, suele recurrirse a singularizar la clase de grupos sobre los que se teoriza. Pero este esfuerzo de contextualización no evita que bajo la rúbrica "derechos de las minorías" quepa encontrar alusiones a una amplia gama de grupos: desde colectivos numéricamente inferiores o bien infrarrepresentados, hasta grupos lingüísticos, religiosos, raciales, etcétera.

En segundo lugar, suponiendo que existiera un consenso sobre la cuestión relativa a la identificación de los grupos relevantes, *prima facie,* el reconocimiento de derechos colectivos parece legitimar una distribución de derechos fundada, no en parámetros de justicia, sino en criterios de reconocimiento o preservación de identidades, razón por la cual se rechaza rotundamente esta idea. En realidad, el vigor con el que algunos autores liberales se oponen a los derechos colectivos no se debe tanto a razones de tipo ontológico, sino a las consecuencias indeseables que su aceptación puede ocasionar en el ámbito político. La idea de derechos de grupo parece poner en cuestión algunas de las asunciones más arraigadas en el pensamiento político liberal contemporáneo, derivadas de los valores humanistas laicos. Fundamentalmente, la confianza en que los ideales de justicia están vinculados al principio de igualdad; un principio cuya implementación exige la garantía de los derechos humanos básicos a todo individuo, independientemente de su pertenencia a grupos concretos. En última instancia, el Estado liberal surgió como respuesta al feudalismo y como respuesta a las guerras de religión. De ahí que el liberalismo clásico requiera que el Estado

sea neutral en lo relativo a los distintos *backgrounds* de los ciudadanos, sin que elementos tales como la cultura, la etnia o la religión deban importar públicamente. Tampoco, por tanto, como criterio de asignación de derechos. Un Estado neutral no debería incentivar ni desincentivar la pertenencia a grupos etnoculturales, ni menos aún reconocerlos legalmente. En caso contrario, se vería afectada la estructura individualista y universal de los derechos que prevalece en esta concepción. La interpretación del principio de no discriminación como opuesto al establecimiento de regímenes jurídicos singulares para las minorías es un lugar común en la teoría constitucional contemporánea.

IV. La inadecuación del enfoque dominante

De lo expuesto hasta aquí se desprende que en el debate sobre los derechos colectivos confluyen teorías sobre el valor, la identidad y la agencia moral contrapuestas. La idea de que un derecho es colectivo porque pertenece a un sujeto colectivo (las minorías culturales, en este caso) cuyos intereses son irreducibles a los de sus miembros desemboca en una prolongación de discusiones complejas donde los desacuerdos son profundos. Como resultado de esta asociación, el discurso deriva hacia una competición entre derechos colectivos y derechos individuales (o entre colectivismo e individualismo) en términos de valores absolutos o inconmensurables. La disputa, sin embargo, no es meramente académica. De esta incompatibilidad se siguen importantes consecuencias para nuestra vida social y política. Fundamentalmente, que es imposible concebir de forma coherente que los fundamentos de una sociedad puedan establecerse sobre la base de ambas clases de derechos. Al igual que en el debate liberalismo *versus* comunitarismo, la opción suele dibujarse entre un modelo de sociedad abierta, cosmopolita, que reconoce los mismos derechos a todo individuo sin tomar en cuenta los grupos a que éste pertenece y un modelo de sociedad basado en derechos colectivos atribuidos a distintas minorías, que parece sucumbir a la nostalgia por las comunidades tradicionales asentadas sobre firmes valores colectivos donde los individuos perpetúan roles y tradiciones inherentes a su identidad. Una visión de sociedad comunitarista, reacia a la modernidad, donde el grupo es más importante

que los individuos y que los liberales tachan de involucionista y fundamentalista.

Sin embargo, a mi entender las premisas que sustentan esta conclusión conforman un marco de análisis inadecuado que ha conducido a que se ignore –o interprete de forma simplista– el desafío que las demandas de las minorías culturales supone para el liberalismo político. Asimismo, como consecuencia de la estrategia argumentativa descripta, carecemos de una labor normativa que identifique las razones subyacentes a las demandas que formulan las minorías, clasifique estos grupos en función de sus características o, en fin, sugiera algún criterio de distinción entre demandas legítimas e ilegítimas. Fundamentalmente, esta crítica se sustenta en las siguientes razones.

En primer lugar, tal como se concibe, la categoría de los derechos colectivos es una especie de cajón de sastre donde englobar cualquier demanda formulada por un grupo (culturalmente no dominante, cuando se trata de examinar los derechos de las minorías culturales) dirigida a la preservación de determinados intereses colectivos. De ahí que el análisis teórico tienda a centrarse, por un lado, en las cuestiones filosóficas indicadas más arriba y, por otro, en un estrecho conjunto de cuestiones de naturaleza formal al objeto de discutir la adecuación de los criterios más familiares de categorización de los derechos como "individuales" o "colectivos" (según su titularidad, ejercicio, objeto, etc.). No obstante, contrariamente a lo que este enfoque pudiera sugerir, el recelo liberal hacia los derechos colectivos obedece a razones más sustantivas. Por una parte, algunos autores no creen que los intereses en juego sean auténticamente relevantes y, por tanto, consideran erróneo hablar de derechos en sentido estricto. Por otra parte, están quienes probablemente albergan dudas al respecto, pero, aun así, rechazan los derechos colectivos, bien porque les preocupa que puedan ser empleados ilegítimamente –como instrumento para reducir e incluso suprimir las libertades individuales impunemente–, porque los consideran incompatibles con algunos derechos individuales, o porque temen que su reconocimiento pueda abrir las puertas a la proliferación de demandas por parte de toda clase de grupos. En este último caso, lo que se pretende es evitar una "pendiente resbaladiza" (*slippery slope*) que fuerce a reconocer derechos colectivos de forma generalizada. Como puede apreciarse, en los argumentos en contra de los derechos colectivos responden a consideraciones de fondo distintas,

pero la existencia de este factor apenas resulta perceptible en el debate. Al entenderse que la justificación de los derechos colectivos siempre requiere renunciar principios básicos como la libertad o a la prioridad de los derechos individuales cualquier elucidación adicional parece superflua. Aun así, ello resta profundidad a toda la discusión, lo cual es un primer motivo para reconsiderar sus presupuestos.

En segundo lugar la perspectiva examinada es objetable en la medida en que ha conducido a identificar como paradigmáticas las demandas que plantean las minorías antiliberales. Así, es típica la alusión a las pretensiones de algunos grupos religiosos (piénsese en los Amish en los Estados Unidos) o étnicos (como es el caso de los gitanos o de los pueblos indígenas) encaminadas a adquirir un cierto nivel de autonomía al margen del Estado a fin de que sus culturas y formas de vida permanezcan inalteradas, inmunes a los efectos de la "modernidad". Aún más recurrente, si cabe, es la referencia a las exenciones del cumplimiento de la legislación civil, o incluso penal, en determinadas materias que solicitan, típicamente, algunos grupos de inmigrantes de procedencia no occidental con objeto de mantener algunos rasgos propios de sus identidades originarias. La justificación de esta selección es clara: por una parte, tomar como ejemplo lo que se imagina como estereotipo de 'comunidad tradicional cerrada' conecta mejor con los ideales comunitaristas que, a menudo, han servido para justificar los derechos colectivos. Por otra parte, estas demandas permiten advertir que los derechos colectivos pueden reclamarse con objeto de dar cabida en los Estados democráticos a una serie de prácticas (poligamia, circuncisión y otras formas de sumisión femenina, etc.) que, por el mero hecho de formar parte de las costumbres o tradiciones "esenciales" del grupo en cuestión, ya se consideran legítimas. En definitiva, la protección de determinadas culturas puede significar, en la práctica, la concesión tácita de carta blanca al grupo para maltratar a determinadas categorías de miembros. Es lo que Shachar califica como la "paradoja de la vulnerabilidad multicultural"[30].

No obstante, el anterior todavía no es un razonamiento concluyente para sostener la ilegitimidad de los derechos colectivos de forma absoluta. Quienes

30 A. SHACHAR, *The Paradox of Multicultural Vulnerability: Individual Rights, Identity Groups, and the State,* en JOPPKE y LUKES (ed.), *Multicultural Questions,* Oxford University Press. 1999, p. 87.

así lo pretenden cometen una falacia de generalización. Como se ha señalado, muchos de los grupos que plantean demandas de derechos colectivos no se corresponden con las características anteriores. Es más, no es aventurado afirmar que las reclamaciones por parte de minorías antiliberales son poco significativas para dar cuenta de por qué, en la actualidad, el debate sobre el multiculturalismo es un debate serio en muchos Estados democráticos. Es importante reiterar este extremo. En los países democráticos, la idea de derechos colectivos surge para suplir algunas insuficiencias de los derechos individuales, y no tanto porque estos últimos se cuestionen o pretendan eliminarse. Esto es especialmente cierto en los casos de Quebec, Puerto Rico o Cataluña, cuyos ciudadanos reclaman al Estado cierto grado de autonomía política que les permita mantener sus instituciones o rasgos culturales distintivos. Sin embargo, los términos en los que habitualmente se plantea el debate sobre los derechos colectivos limitan la posibilidad de ofrecer criterios para responder coherentemente a aquellas demandas que no se originan en un rechazo a la democracia o a los derechos individuales (representación especial, autonomía política, derechos lingüísticos, etc.). *Prima facie,* cualquier disposición legal que trate de proteger a las minorías otorgándoles un estatus especial se considera incompatible con los principios liberales de libertad e igualdad.

En conclusión, en mi opinión, la doble relación establecida entre derechos individuales-liberalismo y derechos colectivos-comunitarismo resulta analíticamente contraproducente. Por un lado, no permite justificar algunos regímenes o instituciones especiales ya existentes en muchas democracias plurinacionales o pluriculturales. Los estatutos jurídico-políticos especiales de que gozan Quebec o Cataluña, por ejemplo, serían, a lo sumo, explicables por razones históricas, pero no exigibles ni justificables desde el punto de vista de la justicia liberal. Por otro lado, la perspectiva dominante nos desvía de las cuestiones normativas que subyacen a las distintas demandas que plantean las minorías culturales bajo la categoría de "derechos colectivos". El rendimiento explicativo del enfoque dominante resulta, en definitiva, insatisfactorio. Al ignorarse el origen y el carácter de muchos de los desacuerdos que se producen, se ofrece una visión muy sesgada de los dilemas más comunes a los que se enfrentan muchas democracias. En especial, la línea habitual de conceptualización y justificación de los derechos colectivos

no ofrece ninguna guía prara establecer distinciones entre demandas legítimas e ilegítimas bajo algún parámetro de justicia.

V. Hacia un nuevo planteamiento: una noción alternativa de derechos colectivos

La conclusión alcanzada suministra razones suficientes para cuestionar la aproximación estándar al tema de los derechos de las minorías culturales en aras de un punto de partida capaz de eludir los inconvenientes mencionados. Sin duda, uno de los presupuestos más problemáticos es la definición comúnmente suscripta de derechos colectivos como derechos de titularidad colectiva. Como se ha mostrado, esta interpretación ha ejercido una influencia decisiva en la identificación del debate entre individualistas y colectivistas como marco teórico relevante desde el que abordar la cuestión de su legitimidad. Por ello, una posible línea de superación de este esquema consiste en articular una concepción alternativa de estos derechos. Sin ánimo de desarrollarla exhaustivamente, esta concepción podría centrarse en dos características que, en mi opinión, dan cuenta del substrato inherente a la heterogénea gama de demandas de derechos de las minorías culturales.

En primer lugar, los derechos colectivos pueden entenderse, siguiendo a Raz, como derechos a bienes públicos[31]. Estos bienes deben ser importantes para el bienestar de un conjunto de personas, de ahí que la referencia al grupo sea ineludible. Con todo, de ello no se deriva que el interés en juego sea del grupo en tanto entidad abstracta, sino que puede tratarse de un interés individual, compartido entre sus miembros. Conviene precisar que, en su teoría, Raz parece distanciarse de la noción más común de bienes públicos, entendida por los economistas como bienes de consumo no rival ni excluyente. Así, un bien sería público si, por razones relativas a su producción, de estar disponible para mí también lo está para todos. Esto ocurre en el caso del medio ambiente limpio o de la iluminación nocturna de las calles. Es verdad que el beneficio que proporcionan estos bienes puede ser difuso. A diferencia del aire limpio –que todos respiramos–, si se construye un puente o una au-

31 RAZ, *The Morality of Freedom,* cit., p. l38.

topista no pueden identificarse, *a priori,* los concretos beneficiarios de esta nueva infraestructura. Pero, en cualquier caso, la producción de estos bienes no tiene porqué ser colectiva y su consumo es susceptible de realizarse individualmente. En cambio, los ejemplos que emplea Raz de bienes "inherentemente colectivos" que proveen "beneficios generales a una sociedad" son distintos. Se trata de bienes sociales (vivir en una sociedad educada, tolerante, solidaria) cuyo proceso de producción y distribución es marcadamente distinto al de los bienes públicos, por lo que son irreducibles a bienes individuales.

El tema de la irreductibilidad de cierta clase de bienes públicos ha sido abordado por varios autores que se han ocupado de los derechos culturales; GREEN (que emplea la expresión "bienes compartidos"[32]), RÉAUME (que habla de "bienes participativos"[33]), o WALDRON (que se refiere a ciertos bienes no individualizables como "*communal goods*"[34]). Todos ellos hacen hincapié en que la producción y consumo de estos bienes sólo se producen por medio de una acción participativa de carácter colectivo, en que su disfrute es también necesariamente colectivo y, por tanto, su inteligibilidad se pierde si se reducen a bienes individuales. Así, la lengua, los rituales políticos y sociales, o los símbolos que conforman rasgos identificativos del carácter de una comunidad, no son bienes que puedan comprenderse instrumentalmente en términos individuales. Por supuesto, los bienes sociales producen satisfacciones individuales, pero éstas no son aprehensibles en toda su dimensión sin el conjunto de significados o concepciones compartidas que forman parte de una cultura. Ciertamente, podría replicarse que resulta confuso hablar de derechos colectivos cuando, en el fondo, se está pensando en intereses individuales. Pero es preciso insistir en contra de esta objeción, que lo que fundamenta estos derechos es un agregado de intereses individuales convergentes en ciertos bienes públicos o sociales. Para que éstos sean los bienes que *concretamente* son, esta premisa no es contingente. No se trata mera-

32 L. GREEN, *Two Views of Collective Rights,* en "Canadian Journal of Law and Jurisprudence", vol. 4 nº 2, 1991.

33 D. REAUME, *The Group-Right to Linguistic Security: Whose Right, What Duties?,* en J. BAKER (ed.). Group Right, Universty of Toronto Press, 1994, ps. 120-121.

34 J. WALDRON, *Can Comnunal Goods Be Human Rights?,* en WALDRON, Liberal Rights. Collected Popers 1981-1991, cit., 1993, p. 346.

mente de una condición para el ejercicio del derecho, sino de un requisito para la existencia de los bienes que constituyen su objeto. Reducir determinados bienes sociales como la lengua o la autonomía política a bienes individuales impediría captar la dimensión colectiva del significado de nuestros pensamientos y formas de expresión. Ambos son ininteligibles sin trasfondo de una cultura que les dota de significado. En el caso de los bienes culturales, no es sólo que sería inviable proteger el bien "cultura" para el disfrute de un único individuo; ya que el conjunto de actividades, roles, instituciones, etc., constituyen el bien cultural propiamente dicho. Si se reduce su valor a un conjunto de satisfacciones individuales concretas, se pierde su significado global y la dimensión necesariamente colectiva por medio de la cual se obtiene. De ahí que se afirme que el nivel de publicidad de los bienes sociales es más profundo que el de los bienes públicos en sentido puramente económico. Su valor radica en la propia producción y disfrute colectivos, más que en la consecución de algún resultado concreto.

A mi juicio, el lenguaje de los derechos colectivos adquiere pleno sentido cuando se trata de proteger los intereses de grupo en algún bien de esta naturaleza. Este criterio de análisis es compatible con el compromiso con el sesgo individualista consustancial a las teorías liberales de los derechos. Nada impide sostener que la importancia del acceso a los bienes protegidos por los derechos colectivos deriva de su contribución a la vida humana, va sea al bienestar, necesidades o intereses moralmente relevantes de cada uno de los individuos que forman parte de un grupo.

Aunque la idea de bienes colectivos constituye un elemento importante para articular normativamente los elementos comunes a las demandas de las minorías culturales, este requisito no está específicamente orientado a dar cuenta de su singularidad respecto de las demandas de otros grupos de naturaleza distinta. Para ello, es necesario introducir un segundo criterio: además de derechos a cierta clase de bienes públicos, los derechos colectivos que reclaman las minorías culturales son "derechos especiales", en la medida en que se justifican en razón de la pertenencia individual a grupos minoritarios en el contexto de un Estado. Esta idea obedece un parámetro de distinción *vis-à-vis* los derechos individuales denominados "de primera generación. Así, en principio, la asignación de los derechos individuales tiene vocación de generalidad, en la medida en que se basan en intereses considerados comunes

a toda la humanidad. Precisamente por este motivo, la pertenencia a grupos etnoculturales concretos carece de relevancia. Es más, el ideal a remarcar en relación con estos derechos es que su reconocimiento y garantía están al margen de esta consideración. Para afirmar mi derecho a la integridad física, a la vida o a la dignidad no preciso alegar nada más que mi condición de ser humano. En cambio, en el caso de los derechos colectivos, la alusión al grupo es central para captar íntegramente la inteligibilidad última del bien que se quiere proteger. De nuevo, este elemento no tiene porqué suponer una amenaza al individualismo, son las personas quienes deben argumentar que su pertenencia al grupo, su colaboración en la producción de determinados bienes colectivos, es instrumentalmente valiosa para su bienestar –como diría Raz– o bien constituye una "necesidad básica" –en términos de Garzón Valdéz[35]–, por lo que su protección mediante derechos es moralmente exigible.

En definitiva, los intereses salvaguardados son intereses individuales en la producción y disfrute de un bien derivados de la interrelación con los demás miembros de un grupo. Tampoco se viola el ideal de universalidad, al menos no en la medida en que se entienda que cualquier ser humano que pertenezca a la clase de grupo relevante tiene un interés moralmente significativo en la obtención del bien público en cuestión. La idea de derechos colectivos como "derechos especiales" permite destacar que su reconocimiento jurídico a las minorías culturales implicará la existencia de un estatus o régimen distinto al común o mayoritario vigente en un Estado concreto. De ahí que KYMLICKA se refiera a *"group-differentiated rights"* en su teoría sobre los derechos de las minorías culturales[36]. Entender el significado de esta idea requiere tener en cuenta los catálogos de derechos humanos individuales reconocidos en las constituciones liberales y contrastarlos con el *plus* que las minorías reclaman en relación con el régimen común[37]. Hablar de derechos colectivos es analíticamente útil porque logra captar esta especialidad.

35 E. GARZÓN VALDÉS, *Derecho, Ética y Política,* Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 424.

36 KIMLICKA, *Multicultural Citizenship,* cit., p. 46.

37 Supongamos, por ejemplo, que un país de tradición católica como España, en el que el domingo es el día reconocido como festivo, una minoría de ciudadnos judíos reivindica el derecho al descanso sabático. Dejando al margen los distintos argumentos que podrían alegarse para justificar esta medida, interesa destacar que, de considerarse justificable, el reconocimiento de este derecho podría adoptar la forma estándar de un derecho individual a hacer efectiva la libertad religiosa de los judíos.

¿Qué ventajas tiene adoptar una concepción alternativa de derechos colectivos como la sugerida? En primer lugar, los elementos analizados constituyen un modo de articular coherentemente los elementos comunes a la heterogénea gama de demandas de las minorías culturales respetando, no obstante, el *ethos* del discurso de sus derechos en la tradición liberal. Así, esta noción no exige interpretar que en el debate sobre los derechos de estos grupos convergen visiones filosóficamente antagónicas sobre la identidad o la agencia moral. En este sentido, resulta apresurado concluir que la tendencia a la positivización de estos derechos por parte del derecho internacional y por algunas constituciones recientes es sintomática de una crisis de los fundamentos de los derechos humanos en tanto patrimonio jurídico común de los Estados democráticos. Asimismo, la percepción de que las discrepancias en la elucidación del concepto de minoría suponen un grave escollo para la justificación de los derechos colectivos pierde buena parte de su justificación. Lo relevante no es tanto probar la existencia e identidad clara de un grupo al que asignar derechos, sino argumentar por qué razón deberíamos considerar como moralmente relevante el interés que muestran los individuos en la pertenencia a ciertos grupos identitarios. Por consiguiente, no necesitamos presuponer que la raíz del problema radica en distintas concepciones del individualismo o de los derechos humanos, tampoco en una crítica al universalismo o a los estándares de derechos fundamentales vigentes. Como se señaló, muchas de las demandas que plantean las minorías culturales no pretenden poner en cuestión estos presupuestos.

En relación con esto último, salvar los obstáculos conceptuales anteriores cuenta con un mérito añadido que no debería subestimarse, permite asumir que es posible y tiene sentido preocuparse por la legitimidad moral y política de estos derechos desde el liberalismo, es decir, sin que para ello deba adop-

Ahora bien, los candidatos al disfrute de este estatus especial –distinto al estatuto común vigente para la mayoría– lo serían en virtud de su pertenencia la grupo. Así, sólo quienes alegaran –o si se quiere, probaran– su condición e miembros podrían amparase en la norma en cuestión. Idéntica reflexión es aplicable a otras demandas típicamente planteadas por las minorías culturales. Considérese el derecho al uso de una lengua minoritaria en un foro público. Por ejemplo, el derecho de los diputados francófonos canadienses a emplear su lengua en las instituciones federales puede formalizarse legalmente como un derecho individual y ejercerse individualmente. Pero su razón de ser no es independiente de la pertenencia a un grupo y de la valoración de un bien típicamente público –la lengua– en el sentido explicado.

tarse un paradigma distinto (el recurso a un modelo de sociedad comunitarista o la asunción de la crítica radical al individualismo metodológico). La ventaja principal de adoptar este punto de partida es, no tanto, la de abogar por una transformación dramática de las prácticas de los Estados democráticos, como la de dotar de sentido a derechos, instituciones y políticas ya existentes en muchos de estos Estados. Los teóricos liberales no pueden ignorar que la no-homogeneidad en el sistema de derechos es, en la actualidad, una de las características de los ordenamientos jurídicos de los Estados democráticos multiculturales. Numerosos Estados han adoptado a lo largo de los últimos años fórmulas federales con el propósito específico de reconocer su propia plurinacionalidad y acomodar las demandas de autonomía territorial de sus minorías. Éstos son los casos de España, Gran Bretaña o Bélgica. La actual "revolución federalista" obedece, en gran parte, al progresivo reconocimiento de que la diversidad cultural no debe suprimirse sino acomodarse[38]. Que la teoría liberal sea incapaz de hacer coherentes estas prácticas con los ideales que la distinguen conlleva, de un lado, la cesión, por omisión, de un terreno precioso a sus críticos y, de otro, dejar inexplicadas las transformaciones recientes sufridas por muchas democracias multiculturales. Emplear el lenguaje de los derechos colectivos permite llamar la atención sobre la potencial relevancia moral del interés individual en ciertos bienes tradicionalmente ignorados.

En resumen, a lo largo de este ensayo se han ofrecido varias razones por las que resulta conveniente examinar la plausibilidad de las premisas conceptuales y filosóficas que suelen regir el análisis del problema de los derechos de las minorías culturales, Se ha argumentado que, en buena medida, el enfoque dominante es responsable de la popularidad de la tesis de la incompatibilidad absoluta entre derechos colectivos y derechos individuales. Por esta razón, mostrar la falta de solidez de las premisas que avalan esta conclusión significa superar una barrera importante en el camino hacia una mejor comprensión de los dilemas filosóficos a que nos enfrentamos. Evidentemente, prefiriendo un enfoque distinto al convencional no se están prejuzgando las posibles conclusiones que puedan alcanzarse acerca de la legitimidad de las

38 Sobre este punto, F. REQUEJO, *Cultural Pluralism, nationalism and federalismo: A revision of democratic citizenship in plurinacional states,* en "European Journal of Political Research", vol. 35, nº 2. 1999.

demandas que plantean distintos grupos culturales minoritarios. Es posible que no haya nada valioso en el interés que muestran los individuos en el mantenimiento de su identidad o en la pertenencia a sus naciones o culturas. Sin embargo, a esta conclusión deberá llegarse mediante la reflexión teórica. Hasta aquí, lo único que se ha sugerido es que el progreso del debate " la coherencia de las posiciones que se mantengan respecto de los derechos colectivos pasan por una revisión de los presupuestos señalados. Por consiguiente, la pregunta sobre la legitimidad moral de los derechos colectivos sigue abierta, pero la atención teórica deberá centrarse en cuestiones absolutamente distintas. Con ello quisiera retomar la idea, expresada al inicio de este trabajo, de que el debate sobre los derechos de las minorías no es un pseudo-debate, esto es, una discusión que se resuelve una vez que clarificamos nuestros desacuerdos conceptuales, El problema de las minorías culturales nos exige repensar algunas de las convicciones más arraigadas en las democracias constitucionales modernas, Para mostrar este impacto de la idea de derechos colectivos, el último apartado se centra en la forma en que este problema incide en una interpretación muy extendida del ideal de neutralidad estatal.

VI. Multiculturalismo y neutralidad estatal

Ya hemos visto que, además de por razones formales, los derechos colectivos se han impugnado argumentando que su reconocimiento redunda en una distribución no homogénea de los derechos inconciliable con el ideal de ciudadanía universal. Así, en la base de las teorías liberales está una preocupación por proteger a los individuos del Estado y por garantizar el principio de igual consideración y respeto. Y, si bien este punto de partida no tiene por qué implicar el rechazo de la importancia de los grupos en la vida de las personas, por regla general, los teóricos liberales son reacios a cualquier clase de estatuto político o jurídico especial. Para muchos, asignar los derechos en función de la pertenencia cultural implicaría sacrificar unos principios, los de igualdad y neutralidad, que han inspirado el movimiento emancipatorio en el mundo moderno, Según esta visión, la igualdad requiere que las instituciones sean "ciegas" a las distintas identidades etnoculturales de los ciudadanos. La universalidad significa que, tendencialmente, la dimensión de los derechos cons-

titucionales debe ser general. El impulso democrático que siguió a las revoluciones liberales es incomprensible sin esta pretensión homogeneizadora: los regímenes especiales fueron la base de la discriminación premoderna; a fin de erradicar la opresión hacia determinados colectivos e integrarlos en la vida social, el Estado moderno se construye sobre el rechazo al derecho personal, definiendo la ciudadanía en términos únicamente territoriales. Este esquema de pensamiento supone que la mejor estrategia para hacer frente a los problemas de minorías consiste en aplicar de forma estricta el principio de no discriminación. Se trata de impedir que las distintas afiliaciones e identidades de los individuos sean razones relevantes para el derecho.

Ahora bien, en principio, no parece que la defensa de un modelo universal de ciudadanía implique asumir una posición radicalmente crítica hacia el multiculturalismo y las demandas de las minorías culturales. Autores como KUKATHAS y POGGE coinciden en que el deseo de las minorías de preservar sus identidades y culturas debe respetarse, no porque éstas tengan algún derecho moral colectivo, sino porque los individuos tienen derecho de asociación[39]. KUKATHAS extiende su tesis incluso a los grupos antiliberales argumentando que, en la medida en que sus miembros retengan el derecho a disociarse del grupo –*the right to exit*–, el Estado no debe interferir en sus asuntos internos. Por su parte, POGGE entiende que algunos derechos que reclaman las minorías nacionales, como el derecho a la secesión, derivan de la libertad individual de crear y disolver cualquier asociación.

Como puede verse, aun oponiéndose a los derechos colectivos, este argumento trata de ser sensible al problema de fondo. Sus exponentes no necesitan negar los lazos que unen a los individuos con sus culturas; lo que enfatizan es, más bien, la suficiencia de los derechos individuales ya que protegen la diversidad cultural. Esta posición les permite salvaguardar la distinción entre lo público y lo privado, así como respetar el principio de neutralidad estatal. La idea es que en la esfera pública el Estado debe aplicar estándares estrictos de no-discriminación; formalmente, todo ciudadano tiene los mismos derechos civiles y políticos y debe ser tratado igual por las instituciones públicas. En la esfera privada, en cambio, la gente es libre de

39 Ch. Kukathas, *Cultural Toleration,* en I. SHAPIRO, W. KYMLICKA (eds.). *Ethnicity and Group Rights,* Nomos XXXIX, New York. New York University Press 1997; T. POGGE, *Cosmopolitanism and Sovereignty, en "Ethics',* 103 (1997).

manifestar sus simpatías por personas, grupos e ideologías singulares, identificarse con estilos de vida diversos, conservar tradiciones concretas. La diversidad cultural tiene oportunidad de florecer en este segundo terreno, y las instituciones públicas deberían mantenerse al margen de este proceso de creación y recreación de identidades. Sobre esta base, muchos autores mantienen que el mismo modelo que en su momento sirvió para resolver el tema de la diversidad religiosa, es apropiado para abordar la problemática de las minorías culturales. La intuición básica que guía esta propuesta es que, así como el Estado no debería favorecer ninguna doctrina religiosa, tampoco debería reconocer o apoyar a ningún grupo cultural concreto. En esta línea, GALSTON reivindica una concepción del liberalismo que tiene como elemento central *"a strong system of tolerance",* que implica *"a cultural disestablishment, parallel to religious disestablishment"* [40].

La neutralidad estatal, en suma, se alega como protección, aunque indirecta, del pluralismo cultural. En realidad, la propia defensa de este ideal suele partir de la base de que el pluralismo constituye una característica definitoria de las sociedades democráticas. Autores como RAWLS favorecen la neutralidad porque creen que, ante la pluralidad de referentes éticos, culturales y religiosos omnicomprehensivos, sólo un Estado situado al margen de las particulares cosmovisiones del mundo puede ser capaz de suscitar consenso entre los ciudadanos y evitar la fragmentación social. Al comprometerse únicamente con ciertas precondiciones acerca de lo correcto y con procedimientos imparciales de toma de decisiones, el liberalismo ya favorece la diversidad. De esta comprensión estructural del papel del Estado y de las posibilidades que ofrece una interpretación generosa de los derechos individuales no se desprende –o no necesariamente– la negación de la legitimidad de los intereses que están en juego. Más bien se pretende subrayar que el desarrollo de tales intereses debe realizarse en el seno de la sociedad civil. El Estado debe trascender los deseos particulares afirmando un modelo de ciudadanía expresivo de la universalidad de la vida humana. El deber de neutralidad se justifica como requisito *sine qua non* de la igualdad entre grupos. Puesto que los ciudadanos difieren en su pertenencia cultural, así como en sus ideales éticos, la preferencia pública de una concepción u otra redundaría en la discriminación.

40 W. A. GALSTON, *Two Concepts of Liberalism,* en "Ethics", 105, 1995, ps. 524, 528.

Por supuesto, el alcance de este modelo de acomodación de los intereses de las minorías culturales no está exento de límites. En particular, no permite garantizar la integridad de los distintos grupos culturales ni su pervivencia a lo largo del tiempo. Sólo la perseverancia de los individuos en su asociación cooperativa para la transmisión del valor de determinadas identidades, unida al atractivo que generen las diversas formas de vida, podrá lograr este fin. En otras palabras: la viabilidad de las culturas dependerá, en último término, de la propia vitalidad de las asociaciones que las promueven, de su capacidad para atraer nuevos miembros, o de su habilidad para transmitir el valor de ciertas prácticas a sucesivas generaciones. De hecho, los proponentes de este modelo alternativo al de los derechos colectivos se congratulan de esta limitación, entendiéndola perfectamente justificada: así se evita que las relaciones de poder dentro de los grupos degeneren en la opresión de algunos de sus miembros. Del mismo modo en que se afirma que la desigualdad social procedente de transacciones voluntarias entre titulares de los mismos derechos es justa, la desigualdad procedente de la competencia en el "mercado cultural" también lo sería. Podemos lamentar que el resultado de las múltiples elecciones realizadas a lo largo del tiempo conduzca al decaimiento o a la imposibilidad de subsistencia de determinadas culturas que, a nuestro juicio, eran valiosas. Pero en la medida en que esta consecuencia sea producto de la libertad individual no debe asumirse como injusta.

Procede preguntarse, pues, si un enfoque como el sugerido, que parte del ideal de tolerancia y enfatiza la necesidad de aplicar consistentemente el principio de neutralidad estatal es adecuado para acomodar el multiculturalismo, en particular, las demandas de las minorías. De ser así, una revisión profunda de la teoría liberal hasta el punto de introducir una nueva categoría de derechos sería innecesaria. A mi modo de ver, sin embargo, el enfoque anterior fracasa. Ante todo, una reflexión alternativa sobre los retos planteados es inadecuada porque requiere entender el liberalismo en términos ahistóricos, ignorando tanto las experiencias concretas de construcción nacional de los Estados democráticos como el apoyo de un buen número de filósofos liberales del siglo XIX a este esquema. Muy resumidamente, no es verdad que en la construcción democrática de los Estados occidentales la incidencia del factor cultural haya sido escasa, ni tampoco que se hayan obviado las características identitarias de los ciudadanos. Por el contrario, estos factores han desempeñado un papel cen-

tral en la práctica política. Así lo han constatado a lo largo de esta última década las contribuciones al debate sobre el nacionalismo y multiculturalismo de prestigiosos filósofos o teóricos de la política como RAZ, MARGALIT, TAMIR, TAYLOR, MILLER o KYMLICKA, entre otros. En sus obras (que suelen incorporarse genéricamente bajo la etiqueta "culturalismo liberal"[41]), todos ellos coinciden en destacar que los elementos etnoculturales han jugado *de facto* un papel primordial en la política de los Estados democráticos occidentales. Así, uno de los aspectos centrales que este movimiento de revisión teórica del liberalismo ha puesto explícitamente de manifiesto es que, históricamente, todos los Estados liberales han estado activamente involucrados en proyectos de construcción nacional dirigidos, casi invariablemente, a fomentar la difusión y hegemonía de una sola cultura, por regla general, la mayoritaria. El no reconocimiento de este hecho explica la tendencia, en el transcurso del siglo XX, a obviar el análisis de fenómenos como el nacionalismo y pone de manifiesto la inconsistencia de algunas premisas acríticamente aceptadas por la teoría democrática liberal moderna. A saber: el presupuesto implícito de la homogeneidad cultural interna de los Estados, la idea de que los principios de la justicia en el ámbito de las relaciones internacionales son distintos a los que deben gobernar los Estados, la asunción de que la ciudadanía en los Estados liberales es más una cuestión de nacimiento que de elección, la premisa de que es legítimo que una Constitución liberal establezca diferencias entre nacionales y extranjeros, o que el Estado social distribuya primariamente los recursos disponibles entre sus propios ciudadanos. Todo ello refuerza la teoría de que los Estados liberales son algo más que asociaciones contingentes unidas por un contrato formal al que los ciudadanos pueden vincularse o desvincularse de acuerdo con su voluntad. *A priori,* diríase que los individuos mantienen vínculos más profundos con sus compatriotas y que la teoría política y el derecho consagran, implícitamente, su legitimidad.

Las doctrinas tradicionales sobre el liberalismo democrático raramente han abordado directamente la naturaleza de tales vínculos. Más precisamente,

41 J. RAZ y A. MARGALIT, *National Self-Determinationl,* en RAZ. *Ethics in the Public Domain,* cit.; Y. TAMIR, *Liberal Nationalism,* Princeton, Princeton University Press. 1993; Ch. TAYLOR, *Reconciling the Solitudes. Essays on Canadian Federalism an Nationalism;* Guy LAFOREST (ed.), Montreal & Kingston, McGill-Queen´s University Press, 1993: D. MILLFR, *On Nationality,* Oxford, Clarendon Press 1995: KYMLICKA, *Multicultural Citizenship,* citado.

la cuestión de cómo se legitima el reconocimiento de los distintos autogobiernos estatales –en particular, la repercusión del fenómeno del plurinacionalismo en los criterios de construcción democrática– ha sido marginada. Enfatizando la necesidad de explorar estos lemas que han permanecido en la "agenda oculta" del liberalismo, en expresión de TAMIR[42], los autores mencionados han procedido a mostrar que las relaciones entre esta teoría y el nacionalismo son bastante más intrincadas de lo que comúnmente se admite. Una de las tesis centrales es que la esencia cultural de los Estados habría servido como criterio para delimitar y mantener la legitimidad de las fronteras políticas. A fin de evitar el cuestionamiento de la soberanía sobre un territorio, la mayoría de Estados, tanto liberales como no liberales, han pretendido ser identificados como naciones a través de la difusión de una única lengua y cultura[43]. La necesidad de una esfera pública donde poder reproducir los aspectos culturales de la vida nacional constituida, de esta forma, la esencia de la reivindicación del derecho a la autodeterminación. Aunque en la actualidad muchos liberales mantengan que nacionalismo y democracia son incompatibles, la conexión originaria entre ambos conceptos resulta evidente. Al elucidar las razones de esta conexión, se pone de relieve que la desatención normativa de las teorías modernas de la democracia hacia el problema de la definición del *demos* supone un descuido inexcusable.

La construcción del Estado moderno no pudo ser indiferente a la cultura. Aunque, etimológicamente, el término "nación" alude a la idea de comunidad de origen, de grupo con connotaciones de afinidad cultural, parentesco étnico e integración territorial, lo cierto es que la transformación de la nacionalidad en un principio político se tradujo en la transformación de estas características en ficción. La Nación se convirtió en una "comunidad imaginada", en expresión de ANDERSON[44], que los Estados liberales fomentaron activamente, en muchos casos mediante procedimientos extremadamente violentos. La definición de los Estados que pretendieron proyectar los revolucionarios liberales se basaba en connotaciones objetivas carentes de soporte empírico. La realidad, mucho más compleja y multifacética, se obvió en aras

42 *Ibídem*, p. 117

43 *Ibídem.*

44 B. ANDERSON, *Imagined Conmunities: Reflections and Spread of Nationalism,* Londres, Verso, 1983.

de la recreación subjetiva de la unidad social deseada. Así, es notoriamente falso que existiera una genuina homogeneidad étnica, cultural, religiosa o lingüística en América o en Francia. Tampoco es cierto que las fronteras territoriales coincidieran con los grupos culturales existentes. Sin embargo, las constataciones empíricas nunca se erigieron en un argumento de peso que impidiera la implicación activa de las instituciones públicas en un proceso que trató de resaltar la unicidad de tradiciones, lenguas y culturas frente a la diversidad existente. En general, casi todos los Estados han tratado, en algún u otro momento de su historia, de disuadir el nacionalismo y los movimientos secesionistas de las minorías, así como de asegurar la plena asimilación de los inmigrantes a la cultura mayoritaria. Por otro lado, no debe olvidarse la tendencia de algunos de los Filósofos liberales más influyentes del siglo XIX (como J. S. MILL) a favorecer la independencia política sólo para las grandes naciones.

Ahora bien, podría sugerirse que el proceso descripto es historia y que, con independencia de los éxitos o fracasos de los Estados nacionales en la homogeneización cultural, ésta ha dejado de representar un objetivo prioritario de los actuales Estados democráticos. De ser así, los derechos colectivos de las minorías culturales tendrían, en todo caso, una *función correctiva;* es decir, podrían servir como remedio para rectificar injusticias cometidas en el pasado y compensar a los descendientes de quienes sufrieron las consecuencias del nacionalismo estatal. Sin embargo, con independencia del valor que puedan tener los argumentos de justicia compensatoria, esta objeción es infundada. De hecho, el intenso debate suscitado en torno al "culturalismo liberal" se debe a que esta corriente ha evidenciado el peso primordial que los Estados *continúan* otorgando a la conformación cultural de la comunidad nacional. Dicha relevancia se refleja en el razonamiento político que suele presidir la legislación en materia de inmigración y naturalización, educación, currícula educacional, lengua oficial, y otras políticas (inversiones en patrimonio cultural, subvenciones al desarrollo de proyectos culturales, etc.). Tampoco el poder de los símbolos es desdeñable. Mediante ellos, las formas culturales se invisten de un significado intersubjetivamente compartido. Los actores políticos apelan estratégicamente a los símbolos en sus discursos con el propósito de dirigir los procesos de comprensión e interacción social. Aunque sólo sea indirectamente, las formas simbólicas tienen una dimensión

cognitiva: contribuyen a estructurar la forma en la que la gente piensa la vida social[45]. Los monumentos, las banderas, los himnos "nacionales", la veneración de los "caídos por la patria", la celebración de festividades conmemorativas de eventos históricos fundacionales; todo ello se encarga de transmitir el mismo mensaje: los Estados no son agrupaciones contingentes de individuos sino comunidades históricas con proyectos colectivos en constante renovación, La opinión de las minorías culturales difícilmente podrá influir a la hora de tomar decisiones en materias de especial trascendencia en la esfera cultural. En una democracia, a excepción de los derechos individuales, las demás cuestiones de trascendencia pública se deciden por la regla de la mayoría, De ahí que, durante este siglo, el nacionalismo de las minorías que no han logrado ser asimiladas por el Estado haya sido esencialmente defensivo. Las reivindicaciones de derechos colectivos se proponen contrarrestar la parcialidad del Estado en la configuración de los elementos culturales que subyacen a las políticas gubernamentales. Ésta ha sido la aspiración de los movimientos nacionalistas en lugares como Quebec, Cataluña, Flandes o Escocia donde, por otra parte, el nacionalismo no ha estado principalmente vinculado a la voluntad de preservar ciertos valores tradicionales, ni tampoco a la afirmación etnocéntrica de la superioridad de algunas culturas.

Claro que, pese a las múltiples evidencias de que los Estados liberales ni han sido ni son neutrales respecto de la cultura, todavía podría alegarse que ello no entorpece en nada al ideal moral que está en juego, Así, ejemplos como los anteriores sólo mostrarían lo dicho, esto es, que los Estados no han sido neutrales, sin que ello signifique que no *debieran* serlo y que, por tanto, las políticas y argumentos expuestos están, simplemente, injustificados, De esta forma, la pregunta pertinente sería si lo deseable desde un punto de vista moral es una reconstrucción neutral del Estado en el sentido que proponen los partidarios del enfoque de la tolerancia. No obstante, si por "neutralidad" se entiende la no intervención del Estado en la esfera cultural, este argumento presenta un falso dilema. Al Estado moderno le resulta imposible no tomar decisiones en el ámbito cultural, por lo que el ideal de neutralidad estatal en el ámbito cultural es una ilusión irrealizable, Ésta es otra de las tesis centrales que los autores que se inscriben en la corriente del nacionalismo liberal ge-

45 Sobre este punto, C. GEERTZ, *The Interpretation of Cultures,* New York, Basic Books, 1973.

neralmente enfatizan, KYMLlCKA se centra en este punto a fin de explicar por qué la analogía entre religión y cultura es desafortunada"[46]. Aunque es posible imaginar un Estado completamente secular, ninguna estructura política es completamente "acultural": las decisiones sobre el contenido de la educación, la lengua que debe enseñarse (y en la que se expresa el gobierno y los medios de comunicación públicos), las decisiones sobre inmigración, los requisitos para adquirir la ciudadanía, la distribución de las fronteras electorales, los días festivos, etc., deben tomarse en algún sentido. En la medida en que el criterio para su adopción sea el interés de la mayoría, lo que normalmente sucede dadas las presiones políticas e incentivos económicos para que ello sea así, las minorías estarán en desventaja. A diferencia del origen étnico o de las creencias religiosas, las prácticas culturales y lingüísticas requieren *siempre* de una interrelación social. En estas circunstancias, la libertad de elección de una lengua minoritaria, por ejemplo, no puede garantizarse a través de políticas de antidiscriminación. No es sólo que no se dan los requisitos que exigiría un "mercado libre" en el que las distintas lenguas competirían en condiciones de igualdad, como pretenden los partidarios del *laissez faire* cultural, sino que su articulación en la forma en la que pretenden los partidarios de la neutralidad es imposible. Si se acepta este razonamiento, también la idea de reducir las demandas de las minorías a la esfera privada resulta completamente insatisfactoria. Separar Estado y cultura es inviable. La política tiene una dimensión cultural inescapable que es preciso reconocer.

Por último, el enfoque alternativo es incapaz de representar adecuadamente tanto el objeto de las demandas que plantean las minorías culturales como la propia naturaleza de estos grupos. Por una parte, las minorías culturales no se quejan de que el Estado haya restringido su libertad negativa, prohibiéndoles desarrollar sus intereses en privado, sino de que *"they ought not be seen as special, narrow, and private interest while the culture and ethnic affiliation of the majority is viewed implicity or explicity as representing the genel interest"*[47]. Por otra parte, en el tipo de grupo que estamos tratando, la idea de elección juega un papel marginal. Éste es otro déficit importante del que adolece el modelo anterior. Las identidades etnoculturales, en principio, no

46 KYMLICKA, *Multicultural Citizenship,* cit., p. 111.

47 A. ADDIS, *On Human Diversity and the Principles of Toleration,* en KYMLICKA y HAPIRO (eds.), *Ethnicity and Group Rights,* cit., p. 125.

se eligen. Normalmente, se adquieren por nacimiento y perduran a lo largo de la vida. Ello no significa que no puedan cambiarse. De lo contrario, las políticas de asimilación hubieran fracasado (y en muchos casos tuvieron éxito). Pero, incluso asumiendo que los individuos pueden trascender su propio marco cultural, revisar sus concepciones del mundo y sus vínculos, la integración plena en otra cultura no depende del propio esfuerzo personal, sino del reconocimiento de los demás. Por esta razón, sería injusto obligar a los miembros de grupos culturalmente minoritarios a acarrear con los costes de circunstancias que, en principio, no escogieron. Muchas de las demandas que están en juego en este debate no están basadas en "preferencias caras", si no en la necesidad de corregir factores que generan desigualdad.

En suma, a mi juicio, es incongruente entender el ideal de neutralidad estatal en la esfera cultural como no intervención; más bien debería interpretarse como imparcialidad o neutralidad consecuencial: *"to do one´s best to help or hinder the parts in an equal degree"* [48]. Si la mayoría tiene un interés en el control de la inmigración, en que la educación y demás servicios públicos se proporcionen en su lengua, en la designación de días festivos, etc., ¿por qué a las minorías debería denegárseles el acceso a los mismos instrumentos de difusión cultural? Éste es un supuesto paradigmático en el que la igualdad no requiere un trato uniforme sino diferenciado. En todo caso, la carga de la prueba la tienen quienes sostienen lo contrario.

VII. Conclusión: algunos dilemas abiertos

En este trabajo se ha mantenido que un enfoque correcto del problema de los derechos colectivos de las minorías culturales pasa por una revisión profunda de los presupuestos de análisis. Esta revisión nos permite ser concientes de la complejidad de los retos que el multiculturalismo plantea al liberalismo igualitario. En general, creo que existen buenas razones para mantener que determinadas concepciones acerca de lo que la teoría liberal exige al Estado sitúan a las minorías en una posición manifiestamente injusta y que remediar esta injusticia requiere articular una teoría de los derechos colectivos que

48 RAZ, *The Morality of Freedom,* cit., p. 153.

complemente los derechos individuales actualmente reconocidos como derechos fundamentales. En la línea de KYMLICKA, la justificación de ambas categorías de derechos (individuales y colectivos) puede realizarse a partir de los mismos valores básicos de libertad, igualdad y dignidad inherentes al liberalismo.

Quedan algunas cuestiones abiertas, dos de las cuales quisiera dejar apuntadas. Algunas personas objetarían el análisis que aquí se ha llevado a cabo alegando que las demandas de las minorías culturales son meras preferencias o deseos secundarios. Desde esta perspectiva, si bien los individuos pueden tener un interés en la pertenencia a su cultura, o querer ver sus rasgos distintivos públicamente representados, no toda pretensión genera un derecho ni toda forma de vida tiene los mismos costes. En general, suponemos que el respeto a las personas no es infinitamente exigente. Algunas preferencias pueden tratarse por vías alternativas, Como la negociación, y otras son una simple cuestión de gusto. Bajo este enfoque muchas de las demandas que plantean las minorías culturales son equiparables a "preferencias caras". Siguiendo a RAWLS, entonces, podría argumentarse que, en la medida en que esta clase de preferencias no escapan al control individual, los individuos deben asumir la responsabilidad de adaptarse, modificándolas si es preciso. En el fondo, pues, esta tesis presupone que la pertenencia cultural no es un bien lo suficientemente básico como para ser tenido en cuenta a la hora de evaluar un particular esquema de distribución de recursos sociales. Por ello, la justificación última de los derechos colectivos dependerá de que tengamos razones de peso para afirmar la relevancia moral de la pertenencia cultural. De lo contrario, esta crítica, en cualquiera de sus distintas versiones, nos llevaría a sostener que el planteamiento global en términos de derechos es erróneo. Los derechos colectivos no constituirían más que aspiraciones cuya satisfacción puede caer dentro del ámbito de lo políticamente permisible, pero de lo que está prescripto o es moralmente obligatorio. Si bien los Estados pueden adoptar tales esquemas por razones prudenciales, no deberían proclamarlos públicamente ni integrarlos en sus constituciones.

Otra cuestión fundamental a elucidar es cuáles serían las bases de la unidad social en un Estado multicultural que reconociera derechos colectivos. Con todo lo fraudulentas que puedan ser las versiones oficiales de la historia de los distintos Estados nacionales, tal vez existan razones sólidas para re-

construir el pasado de modo que la ilusión de unidad prevalezca sobre la diferencia, acentuando lo positivo y relegando a la amnesia colectiva determinados episodios vergonzosos. En la historia más reciente de España, por ejemplo, es posible que la suspensión de la memoria de la guerra civil y de cuarenta años de dictadura fuera indispensable para iniciar con garantías el sendero democrático. En Francia, terminada la segunda guerra mundial, DE GAULLE refundó la Nación sobre el mito de la resistencia. El período de Vichy pasó a formar parte de lo innombrable. Todo el mundo había formado parte de la resistencia, nadie había colaborado con los nazis ni quiso realmente que los judíos residentes en territorio francés fueran deportados a Auschwitz. Al comienzo de su novela *Memorias de Adriano,* Marguerite YOURCENAR pone en labios del emperador ADRIANO unas palabras reveladoras de su lugar natal que permiten plasmar la idea sobre la que aquí se trata de reflexionar:

> "La ficción oficial quiere que un emperador romano nazca en Roma, pero nací en Itálica: más tarde habría de superponer muchas otras regiones a aquel pequeño país pedregoso. La ficción tiene su lado bueno, prueba que las decisiones del espíritu y la voluntad prevalecen sobre las circunstancias"[49].

¿Tiene la ficción su lado positivo? Si admitimos esta posibilidad, rechazar el papel de las identidades nacionales en el pensamiento moral y político sobre la base de que la construcción de las naciones es incapaz de soportar un proceso racional de revisión crítica quizá sería precipitado[50]. Filósofos como J. S. MILL justificaron las políticas de construcción estatal cuyo objetivo es la asimilación cultural de los individuos a través de la difusión de la idea de pertenencia a una Nación reforzados porque pensaba que un gobierno libre sólo es posible bajo condiciones de unidad cultural. Una teoría completa de los derechos colectivos y de cualquier forma de ciudadanía diferenciada debería enfrentar esta potencial objeción.

49 M. YOURCENAR, *Memorias de Adriano,* Madrid, Mundo Actual de Ediciones, 1984, p. 29.
50 Véase:, por ejemplo, MILLER, *On Nationality,* cit., p. 35.

II

Derechos de las nacionalidades indígenas

Nacionalidades indígenas y Estado nacional en Ecuador*

Diego Iturralde Guerrero

Sumario

I. El indigenismo, estrategia de dominación. **II.** Senderos del indigenismo en Ecuador. **2.1.** La Colonia: Misioneros y comerciantes. **2.2.** La Nueva República: Próceres y Recaudadores. **2.3.** La Revolución Liberal: maestros y montoneros. **2.4.** Los años treinta: artistas y agitadores. **2.5.** El indigenismo Interamericano: Burócratas y Pastores. **2.6.** La década de las reformas agrarias: abogados y sociólogos. **2.7.** Petróleo y Desarrollo Rural: agrónomos y antropólogos. **III.** Algunas constantes de la acción indigenista

I. El indigenismo, estrategia de dominación

El proceso de formación del estado es el de la consolidación y formalización de los medios que aseguran y legitiman para la clase del capital la apropiación y acumulación de la mayor parte del producto del trabajo social, el control de la población, el territorio y el ejercicio de la hegemonía. Al concepto po-

* Texto escrito en 1985. Fue publicado en 1989 en E. Ayala (editor) *Nueva Historia del Ecuador, Vol XIII,* Grijalbo y Corporación Editora Nacional, Quito.- El autor es actualmente (2009) Director Académico del Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social (CIESAS), México.

lítico de estado corresponde el sociólogo de nación, como expresión de sociedad unitaria, construida sobre un amplio consenso cultural; pero la sociedad unitaria y consensual no existe, es una ficción construida y reproducida simbólicamente mediante el signo del estado nacional, sujeto de una supuesta cultura nacional. A la falacia de la cultura nacional se opone en la práctica la existencia de múltiples culturas, desarrolladas por pueblos sometidos a la dominación colonial y a la explotación; pueblos que conforme luchan por retener o recuperar los medios para su supervivencia y se forman una conciencia de su interés como productores y de identidad como sociedad van construyendo la clase del trabajo y se expresan como verdaderas nacionalidades, que disputan la legitimidad del estado. Es el caso de las nacionalidades indígenas y es la historia de la relación entre las facciones dominantes y los pueblos indios, desde el contacto colonial hasta nuestros días.

Desde entonces, las clases dominantes desarrollan estrategias de relación con las poblaciones indígenas tendientes a eliminar los obstáculos que estas oponían al régimen de explotación del trabajo y apropiación privada de los recursos y de la producción social. Estrategias que constituyeron formas institucionales y jurídicas impuestas por los medios de gobierno locales y metropolitanas, acompañadas de un discurso que las justificaba y reproducía ideológicamente. El desarrollo de estas políticas, en tanto conjuntos de estrategias, responde al proceso de ordenamiento gradual de las economías de las formaciones sociales americanas al capitalismo como modo dominante de producción y dan origen a un estilo de relación que puede denominarse con propiedad indigenismo. Este estilo ha variado histórica y regionalmente en cuanto a su forma, entre una propuesta de exterminio y una transformación controlada; sustancialmente se ha caracterizado por la intolerancia de cualquier heterogeneidad cultural que obstaculice la formación del mercado interno o le dispute a la nación la legitimidad para ejercer la hegemonía sobre la totalidad social. Este carácter del indigenismo está presente en la obra de los primeros misioneros y colonizadores, y en el espíritu y la letra de la legislación de indias; es aún más claro desde la fundación de las repúblicas americanas, cumple un importante papel en las disputas por el poder hasta la segunda gran guerra y desde entonces tiende a constituirse en una estrategia continental: disolver las bases de una nacionalidad original y subyugar a los pueblos indios al estado nacional.

Cuatrocientos años de dominación no han sido, sin embargo, suficientes para terminar con los pueblos y sus culturas. El alto grado de organización alcanzado por los pueblos indios ha provocado importantes variaciones en estas estrategias, hasta obligar a los gobiernos de los estados nacionales a reconocer su presencia como componentes de formaciones sociales divididas en clases, multiculturales y pluriétnicas, y a enfrentar sus reivindicaciones. El indigenismo ha sido puesto en evidencia como un medio de control ideológico, que vendrá ocultando las contradicciones fundamentales del enfrentamiento interétnico y provocando la disolución de las posibilidades de alianza de estos pueblos en el conjunto de las luchas populares. Al centrar sus luchas en el reclamo de un estatuto de nacionalidad hoy en día, los movimientos indios han conseguido involucrar las dos vertientes de su situación: étnica y clase; en toda su contemporaneidad: el desarrollo del capitalismo y en contradicción con el conjunto del aparato de hegemonía: el estrado nacional.

El creciente enfrentamiento entre nacionalidades indígenas y estado nacional es una forma de la contradicción sustancial entre trabajo social y capital; su comprensión en el caso ecuatoriano es necesaria como parte del análisis de la historia de la formación y enfrentamiento de las clases; puesto que constituye parte de ese proceso general en la sociedad burguesa, así como las luchas de los pueblos indios son parte de la lucha más amplia por la liberación. Este ensayo propone una revisión sintética de ese enfrentamiento desde la perspectiva de las políticas impulsadas por los medios de gobierno, y busca destacar las regularidades de éstas que van configurando la sustancia de las contradicciones que están en la base del actual panorama de la cuestión indígena[1].

1 Mi punto de vista acerca de la formación del estado se inspira principalmente en las propuestas desarrolladas por Lawrence Krader en sus libros: *The Ethnologiacal Notebooks of Karl Marx* (1974), *Dialectic of Civil Society* (1976) y *Treatise of Social Labour* (1979), Assen Van Gorkum, Holanda; lo he desarrollado más ampliamente en otro artículo: D. iturralde "Notas para una historia política del campesinado ecuatoriano 1900-1980" por aparecer en González C. (comp). *Historia Política del Campesinado Latinoamericano,* México, Siglo XXI Editores, 1985. Sobre el indigenismo como estrategia de dominación véase D. Iturralde: "Nacionalidades étnicas y política cultural en Ecuador" en *América Indígena Vol XLI,* No 3, Julio-Septiembre 1981, México DF; y "Legislación Ecuatoriana y Población Indígena", en *Política Estatal y Población Indígena,* Quito, Ediciones Abya-yala, 1984.

II. Senderos del indigenismo en Ecuador

Al intentar una reseña de las estrategias del indigenismo en Ecuador encontramos que solamente para la segunda mitad de la vida republicana la acción pública muestra claramente su carácter de política nacional y se manifiesta como tal en las fuentes; la información para el siglo diecinueve es escasa y el carácter regional y discontinuo de acción dificulta el examen de las estrategias de dominación de las facciones que se disputan el control del aparato de gobierno y la subordinación de la población indígena; las fuentes disponibles para conocer el desarrollo de estas políticas son las normas legislativas en torno a tierras de comunidades, tributación y régimen de procuradurías, hace falta aún un trabajo sistemático sobre los archivos administrativos y judiciales en los niveles locales y nacional. Sobre la época colonial se puede contar con la historiografía general a condición de criticarla prolijamente, y con algunos ensayos recientes de interpretación etnohistórica de la sociedad indígena; una dificultad especial proviene de considerar toda la época como un período regular y caracterizarlo por sus rasgos más notables, cuando muy probablemente en todo ese tiempo están ocurriendo importantes transformaciones en el ámbito general y en las estrategias de relación con la población indígena[2].

2.1. La Colonia: Misioneros y comerciantes

La política de la corona para las poblaciones indígenas de las colonias tuvo cuatro estrategias básicas: exterminio, reducción, trabajo obligatorio y evangelización. En lo que fue territorio de la Real Audiencia de Quito éstas tomaron formas particulares derivadas de las condiciones propias de las culturas asentadas en los andes del norte: de una parte, al momento de la conquista se preservaban todavía numerosas etnias lingüísticamente heterogéneas, organizadas sobre sus sistemas propios de señorío y de ocupación del espacio, que no ofrecieron una resistencia militar y significativa; en estas condiciones, la administración colonial y las misiones religiosas debieron primeramente generalizar el quichua como lengua franca para la evangelización y montar

2 Para una reinterpretación de la historia de las sociedades indígenas son un recurso importante los trabajos de Segundo Moreno y principalmente su libro *Sublevaciones Indígenas en la Real Audiencia de Quito,* Ed. Universidad Católica, Quito, 1987.

el sistema de reducciones y cacicazgos sobre bases organizativas autóctonas, privilegiando sistemas de alianza como medios de expansión del control sobre la población y el territorio. De otra parte, la menor importancia relativa de la explotación minera –que en otros ámbitos puso en contacto inmediato a la población trabajadora con la administración– y la intensificación de las actividades agropecuarias y manufactureras por medio de instituciones privadas como la hacienda y el obraje provocaron un temprano encapsulamiento de la población indígena y establecieron una mediación particular entre ésta y la administración colonial[3].

Durante los primeros dos siglos de ocupación colonial la relación más inmediata entre el estado –entendido este como proceso de formación de los medios de control– y los pueblos y comunidades indígenas se dio principalmente a través del trabajo de evangelizadores y doctrineros, quienes construyeron al mismo tiempo los espacios políticos y sociales sobre los que se asentarían el poder de la iglesia y de las órdenes religiosas, como otros actores en la disputa por la hegemonía. Su acción se caracterizó por tres rasgos fundamentales: el afán de incorporar a la población indígena a los procesos productivos como fuerza de trabajo; la necesidad de protegerlos de los abusos de la explotación para preservarlos físicamente y preservar su autoreproducción; y los esfuerzos por cambiar su visión del mundo y su modo de vida, civilizarlos, por medio de la evangelización[4].

Establecidas las condiciones para el monopolio de los recursos y la explotación eficiente de la mano de obra indígena y cuando todo el sistema colonial se articulaba al desarrollo del capitalismo en los centros metropolitanos, una economía principalmente comercial vino a provocar el reemplazo de las antiguas políticas de encapsulamiento y protección, por su plena incorporación, y la de sus tierras, al mercado. Los comerciantes, la burocracia regional y los terratenientes tendieron a desplazar a los misioneros, se agudizó el combate a las peculiaridades culturales de los indígenas para desarraigar sus hábitos de autoabastecimiento, se atenuaron las normas de pro-

3 Sobre el carácter de la formación social en los Andes de páramo hasta el dominio de los Señores Inca, véase Frank Salomón: *Los Señores Étnico de Quito en la época de los Incas,* Otavalo, Ed. del Instituto Otavaleño de Antropología, Colección Pendoneros, 1980.

4 Véase Blanca Muratorio "Misioneros e Indios en la Amazonía Norte del Ecuador: 1538-1898" en *Etnicidad, Evangelización y Protesta en el Ecuador,* Quito, CIESE, 1982.

tección de las comunidades indígenas y se reforzó el sistema de tributación personal.

2.2. La Nueva República: Próceres y Recaudadores

La independencia política de la corona española confirmó las tendencias del último período colonial; en efecto, los primeros decretos de Simón Bolívar y las primera leyes republicanas establecieron la desamortización de las tierras comunales, eliminaron los tributos prediales de los terratenientes y mantuvieron la tributación personal del indigenismo. Este, que participó con otros sectores populares en el movimiento de independencia, fue pronto objeto de fuerte represión por parte de los primeros gobiernos republicanos y carne de cañón en las disputas por la hegemonía entre la aristocracia tradicional, terrateniente, y las nuevas fuerzas que ascendían en la costa y aspiraban imponer un modelo de acumulación más acorde con el desarrollo del capitalismo[5].

La aristocracia terrateniente y el clero, herederos de la corona en el control de los pueblos indios, lo protegieron durante la primera mitad de la vida republicana y se beneficiaron de su clientelaje como base de su economía y de la posibilidad de ejercer el poder. El desarrollo de un sistema municipal de delegación del control social y el mantenimiento del Concordato con la iglesia permitieron que estos sectores ejercieran por el estado las funciones de articulación económica, política e ideológica de los indígenas. Los sistemas de concertaje de la mano de obra indígena, las tiendas de raya en las haciendas, la obligación de pagar diezmos y primicias a la iglesia y el monopolio de esta sobre la educación y el adoctrinamiento con el auspicio del estado, fueron eficaces para asegurar ese control y mediación entre los pueblos indígenas y sociedad.

Dos figuras complementarias destacan en la acción indigenista a lo largo del siglo: los próceres de la independencia, humanistas y libertarios, que incorporan en su discurso altos propósitos de igualdad ciudadana y ruptura de las ataduras coloniales, que en la práctica luchan contra el encapsulamiento de la población indígena bajo el control de la aristocracia y el acaparamiento

5 Este período (1830-1890) es posiblemente uno de los más importantes en el desarrollo de las bases de las estrategias indigenistas de las fracciones de las clases dominantes, lamentablemente es el menos documentado y analizado por los diferentes historiadores.

de su capacidad tributaria en favor de la corona y de la acumulación en el extranjero, y que mediante reformas constitucionales y legales intentan desarticular los mecanismos de monopolización del trabajo campesino: comunidad, diezmos, procaduría; y los recaudadores fiscales que van dando corporeidad al estado en el medio rural, interviniendo en transacciones de tierras y en el cobro de alcabalas en los mercados. Todas estas medidas, paradójicamente consuman un importante debilitamiento de las bases de la reproducción social de los pueblos indígenas como tales, en beneficio del modelo capitalista de acumulación que alcanza importantes niveles de organicidad al finalizar el siglo diecinueve.

2.3. La Revolución Liberal: maestros y montoneros

El régimen liberal (1895-1920), que alcanzó el poder apoyado en el auge agroexportador, intentó una drástica integración del campesinado indígena: se eliminaron algunas bases jurídicas del sistema de discriminación y las condiciones que aseguraban su economía natural y su aislamiento cultural; caben destacarse entre otras la abolición de la contribución especial de indígenas y del concertaje, la desamortización de las tierras de comunidades y trasferencia de responsabilidades sobre la educación al estado. Este intento por convertir las relaciones de explotación y apropiación a las formas más adecuadas a la economía capitalista: trabajo asalariado y libre comercio de la tierra, no consiguió su propósito por completo en la medida que el sector rural continuó dominado por las mismas fuerzas tradicionales que se habían atrincherado en los gobiernos parroquiales, la población indígena permaneció encapsulada en el sistema hacendario.

La naciente burguesía comercial y financiera, golpeada por los efectos de la crisis de los años veinte sobre el comercio de exportación, no consiguió su consolidación y dejó paso a una renovada oligarquía terrateniente que, aliada al ejército y a la iglesia, intentaría reorganizar el campo para el ejercicio de la hegemonía y construir la anulada sociedad nacional unitaria y consensual. Pero esta nueva perspectiva se vio enfrentada al ascenso de las luchas populares y a la formación de las primeras organizaciones de obreros y campesinos; al mismo tiempo que un amplio movimiento protagonizado por intelectuales de la clase media, provoca la incorporación de la heterogeneidad

cultural (definida a partir de un redescubrimiento de la vida rural y de sus pobladores) en lo "nacional"[6].

Aún cuando las reformas políticas liberales en lo que se refiere a las estrategias de relación con la población indígena no consiguieron los efectos formales esperados, el conjunto de acciones impulsadas por los gobiernos y la legislatura, y la dinámica de la economía, trasformaron de manera importante las condiciones de vida de las poblaciones indígenas. Por una parte cabe señalar que el sistema de control ideológico sostenido en el monopolio de la iglesia sobre la educación es perturbado por la irrupción del estado en este campo y la apertura de las primeras escuelas públicas en el medio rural, y por otra, la importancia de los procesos de movilización poblacional hacia áreas de apertura de la frontera agrícola o de mercados laborales en la ceja de montaña y en las plantaciones de la costa principalmente.

En algunas regiones de la sierra la participación de la población indígena en los enfrentamientos que llevaron al General Alfaro al poder fue significativa y tuvo la virtud de provocar fuertes rompimientos de las lealtades tradicionales de los indígenas con los terratenientes y con el clero; adicionalmente, los procesos de expropiación de tierras de manos muertas y algunos cambios en la composición de las élites locales eliminaron algunas formas de intermediación de particulares entre las comunidades indígenas y los medios de gobierno, ahora propietarios de haciendas del estado. De este período datan también los primeros encuentros y coaliciones de indígenas con otros sectores populares tanto en los medios urbanos como en las áreas de colonización.

2.4. Los años treinta: artistas y agitadores

La quiebra del esquema de dominación y aislamiento de las poblaciones indígenas de la sierra en las décadas de 1920 y 1930 proviene de su propia movilización como campesinos, paralela ala insurgencia de los trabajadores urbanos, sus organizaciones y sus luchas. El estado, que en un primer momento respondió a estos avances reprimiéndolos, optó más tarde por absolverlos en la institucionalidad del régimen tolerando la participación de las

6 Sobre el movimiento intelectual de estos años véase Erika Silva: *En torno al surgimiento de la cultura nacional en el Ecuador,* México, FLACSO, Tesis Mecanografiada, 1980.

fracciones socialistas en el parlamento, regulando jurídicamente el trabajo y estableciendo, mediante le Ley de Comunas y el Estatuto Jurídico de las Comunidades Campesinas (1937), un sistema de representación y de control de los pueblos indígenas y de la población rural[7].

En la década de 1940 el movimiento campesino indígena alcanza un alto grado de organización, el mismo que se expresa en la constitución de la Federación Ecuatoriana de Indios (FEI) estrechamente vinculada a la Confederación de Trabajadores Ecuatorianos (CTE). Su participación en las luchas populares por la democracia es sumamente significativa, a la vez que provoca las primeras ocupaciones por una política agraria correctiva de la desigual distribución de la tierra y de la explotación precaria del trabajo. La cuestión indígena queda incorporada plenamente en el discurso político de las fracciones socialistas y desde entonces es una preocupación ineludible de los gobiernos y de los partidos.

Estas décadas son muy ricas en la producción y generalización del discurso indigenista y en la incorporación de componentes de la cultura de los pueblos indios en las expresiones de una renovada cultura nacional. Los movimientos sociales de la segunda mitad de la década de 1920 asumen posturas enfáticamente nacionalistas y convocan a la política; desde entonces éstos estrechan su contacto con diversos sectores de trabajadores y generan una dinámica propia, basada en el desarrollo de formas organizativas independientes (p.e. los sindicatos agrarios, las comunas) y en una interlocución directa con las agencias del estado. En este proceso la preocupación por la problemática indígena y la valorización de sus características culturales se convierten en temática privilegiada de los artistas plásticos, los escritores y los ensayistas, dando origen a una corriente de hondas repercusiones no solo en el campo estético, sino en el ideológico en general y en los ámbitos de la política. Durante la década de 1940 aparecen los primeros estudios sistemáticos de carácter sociológico y antropológico, la mayor parte de ellos referidos a comunidades indígenas y gru-

7 Una evaluación de los primeros movimientos campesinos puede leerse en Mercedes Prieta: *Condiciones de la Movilización Campesina: el caso de la Hacienda de Pesillo,* Quito, PUCE, Tesis mecanografiada, 1978.

Sobre el sistema Jurídico de las Comunas, ver D. Iturralde: *Guamote, Campesinos y Comunas,* Otavalo, Ed. del Instituto Otavaleño de Antropología, Colección Pendoneros, 1980.

pos étnicos y se crean las primeras agencias oficiales dedicadas a la política[8].

Las transformaciones que experimenta el régimen jurídico y político de Ecuador desde la Revolución Juliana de 1925, hasta la Gloriosa de Mayo de 1945, no puede ser comprendidas solamente a partir de la consideración de estos impulsos intelectuales, el papel que juegan las movilizaciones populares y entre ellas los alzamientos y los procesos de organización de los indígenas de la sierra son muy significativos, así como la aparición de una serie de cuadros intermedios que se forman en tareas de agitación social y van a conformar más tarde un segmento importante de los cuadros políticos de la vida nacional en el seno del Partido Comunista y algunas facciones socialistas.

Hasta 1940 la atención sobre la cuestión indígena se había limitado a la población quichua del callejón interandino y muy levemente a otros grupos de ceja de montaña, relacionados esporádicamente con los centros urbanos. La ocupación de territorios en la amazonia por el ejército peruano por una parte y, por otra, las expectativas levantadas por las prospecciones petroleras de la Shell en territorios ocupados por grupos lingüísticos shuar y wahorani ampliaron, en la década de 1940, el horizonte de este asunto, planteando problemas nuevos y más complejos, relativos a una masa de población indígena prácticamente desconocida, incontrolable por su dispersión y que desde la Colonia fue considerada beligerante. El desarrollo del pequeño comercio y la ocupación de los territorios étnicos por colonos espontáneos compitió y en algunos sitios desplazó a las misiones religiosas. La extracción de maderas finas y el establecimiento de hatos ganaderos fue la quimera que sustituyó a la canela. Los pueblos nativos se replegaron hacia el interior de la selva sin disputar el territorio al avance "civilizatorio", pero cobraron tributo en la vida de algunos comerciantes y aventureros que se adentraron en la selva; incidentes de este tipo llamaron la atención de los gobiernos acerca de la urgencia de conocer los grupos indígenas de la amazonia, entrar en contacto con ellos y desarrollar actividades para "pacificarlos" y lograr su incorporación nacional.

A partir de estas experiencias se generalizó una distinción entre dos especies de indígenas: los mal llamados "jíbaros" del Oriente, indómitos, que evocan la imagen idílica del "noble salvaje", y los agricultores sedentarios de

8 En estos años Ecuador suscribe el Acta de Patzcuaro (Fundación del Instituto Indigenista Interamericano), se crea el Instituto de Previsión Social y se producen las primeras monografías etnológicas de los pueblos indios.

la sierra, beneficiarios del contacto con la sociedad occidental y cristiana. Las políticas estatales responderán entre otros factores a estas consideraciones para diferenciar el tipo de acciones dirigidas a cada región y para obstaculizar la posibilidad de un frente indígena común.

2.5. El indigenismo Interamericano: Burócratas y Pastores

Durante el período de estabilidad política y crecimiento económico entre 1948 y 1963 encontraron acogida favorable algunos planteamientos interamericanos de la posguerra, como el de asistencia militar recíproca (TIAR) y el de acción indigenista (I.I.I.) y se reinauguraron, bajo nuevas condiciones y con mayores posibilidades de éxito, las intenciones de modernidad el sector rural, ampliar las fronteras del dominio territorial e integrar la nación ecuatoriana.

A partir del gobierno del Sr. Galo Plaza se iniciaron una serie de acciones públicas especialmente dirigidas a las poblaciones indígenas: ingreso del Instituto lingüístico de Verano (Wytclife Bible Translator) para operar entre hablantes de cayapa, colorado auca, secoya y quichua del oriente; suscripción, ratificación y ampliación de convenios con agencias misioneras católicas para actuar entre grupo amazónicos (cofán y chuar principalmente) y de la sierra; creación de Misión Andina del Ecuador, organismo de desarrollo de la comunidad con apoyo técnico y financiero internacional; inicio de una serie de programas asistenciales en áreas de salubridad y educación; incorporación –por única vez– de indicadores lingüísticos en los censos de población; creación de una oficina ministerial de asuntos indígenas; promoción de registro de Comunas, etc. En estos años se creo el Instituto Indigenista Ecuatoriano como corporación privada auspiciada por el estado, se realizó en Quito el V Congreso Indigenista Interamericano, se apoyó en desarrollo del Instituto Ecuatoriano de Antropología y Geografía y se auspiciaron las primeras muestras y ferias de artesanías típicas.

El signo de la década en la sierra fue el desarrollo de la comunidad, y en la región amazónica la evangelización protestante. La burocracia estatal, siempre contando con el concurso de lúcidos técnicos internacionales, dedicó sus esfuerzos a la promoción de programas de mejoramiento entre los cuales destacan el establecimiento de escuelas rurales, la construcción de letrinas y el "mejoramiento del hogar" (culinaria y labores domésticas. Los misioneros-

Lingüistas del ILV-WBT iniciaron el estudio de las lenguas aborígenes para traducir la Biblia y usarla como medio de evangelización, al mismo tiempo que desarrollaron acciones de modernización basadas en la sedentarización de la población de los bosques tropicales, la persecución de las prácticas tradicionales (medicina, religión, etc.), la monetarización de su economía y la disolución de las comunidades naturales.

En muchos casos los indígenas quedaron atrapados en los conflictos de clientelaje entre la iglesia católica y las iglesias protestantes, situación que en el mediano plazo afectarían gravemente a la consolidación de los movimientos indígenas y campesinos.

Bajo la influencia del indigenismo interamericano se intentó en esta década estimular la realización de estudios sobre la población indígena y crear centros de investigación, capacitación y difusión. La suerte de este impulso fue pobre; la izquierda había atenuado el contenido indigenista de su discurso, los movimientos populares fueron menos intensos que en las dos décadas anteriores, los intelectuales y artistas empezaban a interesarse por nuevas formas de expresión y nuevos problemas (el modernismo) y las universidades no respondieron ni medianamente a la propuesta. Hay dos casos de respuesta positiva: los Institutos Normales y las Escuelas de Trabajo Social, de aquí surgirían los más importantes cuadros indigenista de la década y a ellos se deben algunos aportes nacionales a la etnología indígenas ecuatoriana, sectores que se reproducen luego en el aparato estatal y siguen la suerte de sus variaciones políticas.

El acelerado proceso de acumulación capitalista de los años cincuenta, sostenido principalmente en la agricultura de plantación de la costa (banano para exportación), hizo crisis al final de la década cuando las arcaicas formas de la agricultura serrana se mostraron incapaces para sostener la producción para el mercado interno, contribuir eficientemente a la formación y acumulación de l capital y responder a las crecientes demandas campesinas por mejorar condiciones para su reproducción (tierras y salarios). En los primeros años de la siguiente década (1960-1963) se experimentó un acentuado proceso de agitación en el campo que a decir de Fernando Velasco[9], habría sido "impulsado y articulado fundamentalmente por el Partido Comunista a través de la Federación Ecuatoriana de Indios en la Sierra y de la Federación de

9 Fernando Velasco: *Reforma Agraria y Movimiento Campesino Indígenas de la Sierra,* Quito, Ed. El Conejo, 1979.

Trabajadores Agrícolas del Litoral", en cuyo marco ocurrieron importantes y cruentos levantamientos indígenas en las haciendas serranas. Desde diversos sectores, cada uno con sus propios intereses, se proponía entonces la realización de un programa de reforma agraria. Todo discurso y debate sobre la cuestión indígena, la cultura popular y la integración nacional pasaron a segundo plano frente al asunto de las formas de propiedad y trabajo, y de los modelos de desarrollo capitalista del Ecuador.

2.6. La década de las reformas agrarias: abogados y sociólogos

La expedición de la primera Ley de Reforma Agraria en Ecuador se da en el contexto de una aguda crisis política y económica que afecta a casi todos los países latinoamericanos y que impone con urgencia reorientar las tendencias de desarrollo hacia la industrialización interna (la sustitución de importaciones), la definitiva eliminación de las formas no capitalistas de explotación y el control de la insurgencia popular. Los programas de Reforma Agraria, iniciados simultáneamente en varios países, responden a los acuerdos de Punta del Este y son parte de la estrategia continental de Alianza para el Progreso, e implican un cambio de estilo en las políticas interamericanas para el tratamiento de los sectores rurales y de las poblaciones indígenas, caracterizado por el ocultamiento de toda razón cultural o étnica y la principalización de su posición estructural como productores agrícolas (campesinos) o de manufacturas tradicionales (artesanos).

En cuanto atañe a la población indígena del Ecuador cabe señalar dos efectos de gran envergadura de la Reforma Agraria: el campesinado de la sierra es definitivamente desarticulado del sistema hacendario y enfrentado una relación inmediata con el aparato del Estado, el mismo que multiplica sus agencias y se provee de instrumentos jurídicos y administrativos para el efecto, la cuestión indígena viene a ser desde ahora una responsabilidad de las tierras y control del trabajo. De otra parte, la colonización de la región oriental, y en menos escala de las cejas de la selva en occidente, que se plantea como una alternativa al rigor de la reforma agraria, supone profundas transformaciones para las poblaciones indígenas de horticultores itinerantes de la selva. La tendencia más marcada es conseguir su concentración, transformar su modo de vida a las condiciones de la agricultura intensiva y lograr su "in-

tegración" cultural por la extensión de la cobertura de los servicios (salud, educación, viabilidad) y la integración de su economía a los mercados regionales. El Instituto Lingüístico de Verano es legitimado como agente civilizador en la región amazónica y los voluntarios del cuerpo de Paz colocados como expertos de la modernización entre las comunidades indígenas de la sierra. El modelo organizativo de las cooperativas se extiende en el agro a ala par que programas asistenciales y campañas de control de la natalidad; todo esto con aval del gobierno y a través de las agencias oficiales.

Las condiciones generadas por los procesos de reforma agraria revitalizaron los movimientos populares en el sector rural y el fortalecimiento de las organizaciones indígenas; en la Sierra éstas forman frentes comunes con las centrales sindicales, mientras en la amazonía empiezan a surgir movimientos de organización y defensa de la población nativa, con reivindicaciones étnicas. La izquierda asume en sus programas los asuntos indígenas dentro del marco más general de la cuestión agraria y surgen nuevos sectores (por ejemplo los alineados en el sector progresista de la iglesia católica) trabajando activamente en la promoción política del indigenado. La cuestión indígena no puede seguir siendo tendenciosamente tratado como un problema meramente cultural y tienden a ser reconocidas sus bases jurídico-políticas y económicas.

El debate sobre la legislación agraria y la ejecución de las reformas provoca importantes discusiones en las ciencias jurídicas y sociales y genera las bases para nuevas formas de entender la situación de la población indígena, que caso veinte años después están dando frutos interesantes.

Al introducir modificaciones en el régimen jurídico de propiedad, reconocer nuevas formas de adquisición del dominio, posibilitar formas colectivas y comunales de propiedad y aprovechamiento del suelo, y establecer un sistema jurisdiccional de carácter administrativo para la expropiación y adjudicación de tierra y aguas, las leyes agrarias desquiciaron uno de los aparatos ideológicos más antiguos y sólidos de la sociedad: el derecho. Por esta brecha se inició una discusión acerca del carácter relativo de las instituciones respecto de la realidad y la necesidad y posibilidad de reconocer estatutos jurídicos distintos a porciones o segmentos de la sociedad que se diferencian en la generalidad como cuerpos identificables; si bien la legislación agraria no estableció fueron excepcionales para ningún tipo de población, si creó las condiciones para que años después los movimientos de las lenguas nativas,

al respecto a sus formas de organización y autoridad, de las prácticas médicas, religiosas, educativas tradicionales, y el reconocimiento de su nacionalidad[10].

De otra parte, la reforma fue el eje articulador de la discusión acerca del desarrollo de la formación social ecuatoriana. Aparecen aplicaciones de la sociología y la economía al estudio de la realidad ecuatoriana y los intentos pioneros de analizar las relaciones entre los distintos sectores sociales en el campo. Lo indígena empieza a ser pensado en términos de etapas de desarrollo histórico, formas de economía y de sociedad, resultado de procesos de dominación colonial,… etc.; deja de ser simple vestigio para presentarse como realidad contemporánea.

A la par del desarrollo de estas discusiones cabe señalar, ya en el ámbito de la práctica cotidiana, que abogados y sociólogos se convierten en los interlocutores privilegiados de los indígenas, que sustituyen a misioneros y pastores en la mediación con el estado. Los unos, los abogados, como procuradores de las innumerables tramitaciones para reivindicar tierras, los sociólogos como analistas de la protesta rural y predictores de sus efectos sociales.

2.7. Petróleo y Desarrollo Rural: agrónomos y antropólogos

La coyuntura petrolera de los años setenta se caracterizó por un significativo crecimiento de la inversión pública en varias ramas productivas y en servicios; por la dinamización del mercado interno y la ampliación de las fuentes de trabajo en el área de servicios; y, por el incremento de las tasas de migración campo-ciudad y del ritmo de urbanización. Al mismo tiempo el cuadro político y las formas de expresión y de lucha de la clase del trabajo experimentaron importantes transformaciones. Al finalizar la década el crecimiento de la inversión pública se ha detenido, es evidente la emergencia de los partidos políticos centristas (tendencias socialdemócratas y demócrata-cristiana), y el surgimiento de un amplio frente sindicales, los movimientos campesinos y las organizaciones indígenas.

La estrategia más importante del estado rural en la década es el denominado desarrollo rural integral: planteamiento que combina la creación de infraestructura, la extensión de la cobertura de los servicios públicos y el

10 *Cfr*. Iturralde, 1984, citado en nota 1.

mejoramiento de los niveles de productividad y de contribución de la agricultura a la economía nacional. Dentro de este cuadro la población indígena queda comprendida en una estrategia secundaria o complementara en una estrategia secundaria o complementara dirigida especialmente a los sectores marginales, que de algún modo requieren un apoyo extraordinario del estado, consistente básicamente en un régimen excepcional de dotación de crédito. La segunda Ley de Reforma Agraria, dictada en 1973, anuncia la clausura de toda política de "transgresión" del régimen de propiedad y plantea como principal el objetivo de la eficiencia; los recursos provenientes de la exportación de petróleo permiten crear un amplio fondo financiero para el desarrollo agroindustrial y otro, mucho más modesto, para la marginalidad.

Los pueblos indígenas de la sierra y los más próximos a los centros urbanos en la región amazónica experimentan el impacto de estos fenómenos de rápida expansión de los servicios del estado: fuerza eléctrica, agua entubada y asfalto; escuelas, centros de salud y tiendas de abastos populares; oficinas de extensión agrícola, conscripción agraria y forestal y campañas de cedulación. La exploración y explotación petrolera es la hora aciaga de los grupos lingüísticos más apartados de la amazonía: supuso la reducción de sus territorios de reproducción, el cambio violento de sus modos de vida y la subordinación de su fuerza de trabajo a las compañías petroleras y forestales y a los colonos asentados a lo largo de las vías de penetración y en los nuevos pueblos y campamentos. En la reducción de estas poblaciones, entendidas como su "pacificación", o por lo menos su concentración fuera de las zonas de interés para las compañías exploradoras, jugó un papel protagónico el Instituto Lingüístico de Verano, cuya base logística en Limoncoha le sirvió de estación central; deben señalarse también las labores en este sentido realizadas por el ejército y por algunas misiones católicas. además de destruir las bases de su economía natural, estas agencias se empeñaron en la persecución de sus estrategias culturales (organización social, medicina y magia, religión) y en la imposición de hábitos y creencias "civilizadas"[11].

A lo largo de esta década se forman y desarrollan numerosas agencias privadas que trabajan en la promoción de la población rural, con especial énfasis entre los pueblos indígenas. Aunque difieren en sus objetivos y orien-

11 Véase Jorge Trujillo, *Los Obscuros Designios de Dios y del Imperio: El ILV en Ecuador,* Quito, CIESE, 1981.

taciones estas agencias comparten, como su característica sobresaliente, la tendencia a combinar la participación de los agentes en la vida cotidiana de las comunidades –como forma de investigación y promoción– y la introducción de innovaciones –sobre todo tecnológicas– en la economía natural. Del trabajo de estas agencias surgen nuevas formas de intermediación y propuestas alternativas sobre la cuestión indígena que esta en la base de la actual discusión sobre el asunto.

Un conjunto de agencias, principalmente las impulsadas por grupos eclesiásticos que se interesan por la acción pastoral y la promoción humana, estarían proponiendo la potencialización de las formas naturales de organización de primer grado o de base como componentes de un aglomerado no orgánico (una iglesia), controlado y despolitizado que no concurre a los frentes comunes del movimientos indígenas, ni se contamina en las luchas populares; es la tendencia más claramente "indigenista", que mantienen la necesidad de un grupo jerárquicamente superior de intermediarios y especialistas (agrónomos y antropólogos?) que realizan la articulación con el resto de la sociedad y el estado y los representan. Aunque mantienen con ello su más profunda contradicción, estos agentes encuentran su par en los de las iglesias evangélicas, con las que se disputan la clientela.

Otro tipo de agencias y grupos de trabajo han comprometido sus esfuerzos en el proyecto de potenciar las luchas tradicionalmente aisladas y puntuales de los grupos indígenas en el surgimiento de un movimiento que sea capaz de plantear reivindicaciones en la arena política y aliarse a otros sectores de las clases populares. Han apoyado la formación de organizaciones de segundo y tercer grado y el establecimiento de relaciones con las centrales sindicales y con las organizaciones campesinas de regiones no indígenas. De entre este tipo de agencias algunas han intentado conducir el movimiento indígena a una articulación orgánica y subalterna a las propuestas de la izquierda partidaria y en algunos casos han asumido su representación. Las demás se han limitado a apoyar los movimientos independientes de las organizaciones indígenas y a facilitarles el acceso a algunos recursos financieros y políticos para su acción[12].

Para el final de la década, la cuestión de los pueblos indígenas vuelve a ser un tema obligado de acción política, sin confundirse con la problemática

12 Para una evaluación de estos programas véase el trabajo inédito de F. Gangotena, E. Páez y D. Polit: *La Economía Campesina y el Impacto del Crédito,* Quito, Banco Central, mecanografiado, 1980.

agraria y campesina pero íntimamente relacionada con ella. La antropología académica, que nace con la década y desarrolla una fuerte especialidad en el análisis de la economía campesina, deriva en los últimos años hacia la reconsideración de la problemática específica de los grupos étnicos, superando las deficiencias del indigenismo romántico e inscribiendo el análisis de lo cultural en lo político, del movimiento indígena en la lucha de las clases, en el contexto del desarrollo del capitalismo y sus contradicciones. Igual derivación experimentan otras ramas de las ciencias sociales, cobran especial importancia la lingüística y la influencia se extiende a actividades como la medicina y la arquitectura; inclusive las ciencias agrícolas –originalmente lanzadas a la innovación técnica y el logro de la mayor productividad– son penetradas por tendencias ecologistas y el asunto de los sistemas tradicionales y la tecnología apropiada cobran carta de naturalización en su seno.

Este proceso de revitalización de la cuestión indígena a fines de la década de mil novecientos setenta se debe fundamentalmente al notable avance del movimiento indígena. Las organizaciones de pueblos indígenas de la región amazónica, autonomizadas de los agentes tradicionales de intermediación (las misiones religiosas) se proyectan a la vida nacional reclamando un estatuto propio, con reivindicaciones comunes, formando un organismo regional de coordinación (Confederación de Nacionalidades Indígenas de la Amazonía Ecuatoriana) y desarrollando un discurso que las enfrenta inmediatamente con el estado. En la Sierra, pese a una pérdida de influencia de la Federación Ecuatoriana de Indios (FEI), se fortalecen varios movimientos regionales que sintetizan adecuadamente las reivindicaciones agrarias y la demanda de un tratamiento específico como sociedad indígena.

Reinaugurado el Régimen democrático se hizo evidente que el estado y los partidos políticos no podían substraerse a este avance del movimiento indígena. Los partidos han mostrado su incapacidad para formular propuestas orgánicas sobre el asunto y, al margen de las coyunturas electorales, no han conseguido articular y mucho menos orientar estos movimientos. El presidente Roldós –quien expresó en lengua quichua una parte de su discurso de posesión en Agosto de 1979– hizo importantes esfuerzos por reconocer las demandas de los pueblos indios: inauguró el programa de alfabetización bilingüe y bicultural, impulsó algunos programas planteados por las organizaciones indígenas y decretó –la víspera de su muerte– la expulsión del Instituto

Lingüístico de Verano. A partir de entonces su gobierno ensayó –con su más buena voluntad que acierto– varias fórmulas políticas y administrativas para atender las demandas indígenas. Cabe destacar como resultado de esta gestión el fortalecimiento de las principales estructuras organizativas la aceptación de estas como interlocutoras válidas de las agencias oficiales y un avance positivo en la sensibilización de los medios burocráticos y del público respecto de la existencia de múltiples culturas en el estado nacional.

Para la década de la crisis el asunto queda planteado desde la iniciativa de los pueblos indígenas, fuertemente organizados y conscientes de que su situación como sociedad y como cultura se define en a disputa de la hegemonía dentro del estado nacional[13]. Pero a partir de 1984 se enfrenta el modelo político de la nueva derecho cuya principal estrategia se basa en la eliminación de los medios públicos de atención a los sectores subalternos, el ataque a toda forma de organización y lucha desde la sociedad civil, y la manipulación y transformación del sentido de las reivindicaciones culturales.

III. Algunas constantes de la acción indigenista

A primera vista el tratamiento que los gobiernos ecuatorianos han dado a las poblaciones indígenas, en tanto tales, a lo largo de la historia republicana aparece como muy variable e intermitente, en efecto hay períodos en los cuales está exacerbado en el discurso gubernamental e incluso se instrumentan medios específicamente dirigidos a las poblaciones indígenas (como por ejemplo en las décadas de 1930 y 1950 y los últimos 5 años), mientras que en otras queda oculto, o incluido en propuestas más generales para el sector rural o la cuestión agraria (como en lo sesenta). Más allá de la inspección de las acciones y del discurso, si se examinan las propuestas para la construcción de la sociedad nacional, el reconocimiento de un alto componente de población indígena con su propia lengua y su cultura como uno de los elementos a partir de los cuales lograr esa integración esa integración, tampoco ha sido constante; en muchas ocasiones se ha ignorado

13 Sobre el Estado de la discusión véase los artículos de la sección Debate de la revista *Antropología: Cuadernos de Investigación,* Números 1,2 y 3. Quito, Departamento de Antropología, PUCE, 1983 y 1984.

deliberadamente esa presencia o se ha propuesto su eliminación (cultural) como punto de partida.

Este comportamiento variable no solamente se ha dado en la esfera de los gobiernos: también los partidos políticos, los intelectuales y artistas y, en ocasiones los movimientos populares han mostrado esta intermitencia. En cada uno de los casos es importante analizar cuáles son lo avances que se dan cada vez en la conceptualización y en la práctica del indigenismo y cómo se corresponden entres sí las actitudes y las acciones de los diversos sectores. Interesa aquí señalar algunas regularidades de la acción gubernamental relativas al tipo de coyuntura en que surge y se desarrolla la política indigenista, a las bases ideológicas que la sostienen y a las características de las acciones mismas.

En primer lugar podemos señalar la coincidencia de dos factores cada vez que el estado abandera el indigenismo: un factor externo, relativo a las presiones y estrategias continentales del imperialismo; y un factor interno relativo al avance de los niveles de organización y lucha de los sectores populares. Desde este punto de vista la política indigenista ha sido, básicamente, una estrategia de contrainsurgencia que a la vez facilita la extensión del control del estado hacia áreas geográficas y sectores de población marginales, e introduce principios de disociación al interior de las clases populares mediante el trato discriminatorio de los indígenas y la exacerbación de las contradicciones secundarias entre éstos y el resto de trabajadores.

Una segunda constante claramente asociada a las acciones dirigidas especial o exclusivamente a poblaciones indígenas es la presencia de agencias extranjeras en la conducción, asesoramiento y/o ejecución de programas, agencias que, regularmente, han contado con un amplio apoyo del gobierno, cuyas acciones no han sido evaluadas sistemáticamente y cuya internación en el país aparece confundida en programas más amplios de asistencia técnica y financiera.

Las acciones indigenistas se han acentuado cuando ha sido necesario atacar las condiciones sobre las cuales se sostiene la economía natural de la agricultura campesina y la horticultura itinerante de la selva tropical como mecanismo para consolidar el modelo capitalista al mercado como la vía más expedida de desarrollo de la comunidad y mejoramiento de las condiciones de vida. Tanto el indigenismo que ha proclamado la defensa de la es-

pecificidad cultural como el que la ha atacado en nombre de la integración nacional, han desestabilizado las condiciones de reproducción material de los indígenas.

Finalmente, el indigenismo como discurso y como práctica de los gobiernos y como propuesta de los sectores dominantes de la sociedad aparece especialmente exacerbado en aquellos períodos en que han tenido éxito los proyectos políticos de corte populista, caracterizados principalmente por la intención de formar frentes comunes interclasistas (obreros y empresarios, campesinos y terratenientes) bajo programas modernizantes y reformistas, en contradicción con fuerzas reaccionarias (la oligarquía), En tales oportunidades el discurso indigenista fue inútil para conseguir determinados niveles de apoyo político, justificar acciones y darles un tinte medianamente nacionalista.

Estas regularidades, a más de responder a estrategias económicas y políticas que son obvias, reflejan una forma de concebir a la población indígena y su situación al interior de la nación y del estado nacional. Las sociedades indígenas han sido vistas como sobrevivencia de formas históricas en vías de extinción y se les ha atribuido una serie de características tras las cuales se oculta su contemporaneidad y se soslayan las condiciones históricas en las que han persistido a lo largo de cuatro siglos de dominación; enfatizando los aspectos étnico y culturales como rasgos aislados se han ignorado deliberadamente la inserción de la población indígena en los procesos sociales de producción y su situación en relación a la propiedad y al trabajo. Las más clásicas definiciones de lo indígena han atribuido a sus comportamientos bases genéticas y condicionamientos biológicos y los han caracterizado por su secular resistencia a las innovaciones y su creciente incapacidad para responder al desarrollo. La propuesta más drástica en este sentido proviene de la doctrina de la seguridad nacional (nacionalizada por las dictaduras militares de la última década), que mira la sobrevivencia de pueblos y culturas indígenas como una patología social que conspira contra la integridad del estado, contra la seguridad de sus fronteras y contra la estabilidad institucional; el exterminio (como en Guatemala), o la reservación (como en Brasil y Venezuela), o su forzosa transformación, son sus estrategias fundamentales.

Posiciones más moderadas reconocen la autonomía étnica y social de estas formaciones culturales, pero las considera marginales para el desarrollo económico, la participación política y la promoción cultural; el tratamiento

a las comunidades indígenas como si fueran menores de edad y la encomienda de su tutela y representación a agentes intermediarios son los signos de su acción indigenista, dejando siempre de lado cualquier preocupación por enmendar la desigual distribución de los recursos y los mecanismos de explotación que constituye la base de su marginalidad.

Desde esta perspectiva se impulsaron programas de rescate cultural que a la larga han provocado la desapropiación de la cultura indígena y la introducción de componentes aislados y descontextualizados en los circuitos de consumo de la burguesía (arqueología, folklore, arte popular).

De manera general, las concepciones que se manejan tras el indigenismo escamotean la doble vertiente del asunto: situación colonial y situación de clase y la sustituyen por una serie de estereotipos etnocéntricos que sirven para justificar la explotación y achacar a los pueblos indígenas las razones de su marginalidad y estancamiento. Al proyectar esta ideología en estrategias de relación con los pueblos indígenas la práctica gubernamental es paternalista, renuente a reconocer la posibilidad de que estos sectores desarrollen sus propias formas de expresión cultural y de organización y se integren en el estado como sujetos políticos y diferenciados, capaces de reivindicar un estatuto como sociedad y como cultura[14].

El alto grado de desarrollo que han alcanzado las organizaciones indígenas en Ecuador en los últimos años está replanteando la forma de entender la cuestión y exigiendo nuevos rumbos de la política gubernamental. Su propuesta de que les sea reconocido un estatuto de nacionalidad como condición previa para plantear su integración en un estado multinacional, generador de un desarrollo pluricultural, aunque no ha logrado aún una extensión completa y plena, ha provocado ya importantes rupturas en las regularidades de la política gubernamental que en los últimos años se ha visto forzada a una interlocución directa con las organizaciones, a rectificar y suspender algunas acciones iniciadas unilateralmente y a reconocerles una personalidad política que les permita entrar con derecho y voz propias en la arena de disputa en la que se debaten los proyectos del estado.

Los partidos políticos han sido sorprendidos sin propuestas sobre la cues-

14 Aportes como los de F. Velasco (citado en nota 9) e Ileana Almeida: "Consideraciones sobre la Nacionalidad Kechua" en *Lengua y Cultura en el Ecuador,* Otavalo, Ediciones del Instituto Otavaleño de Antropología, 1979, ha abierto este nuevo horizonte para la discusión del asunto.

tión indígena, sin capacidad para asumir su representación y sin posibilidades para hacer de las organizaciones indígenas sus clientes y filiales. Entre los intelectuales ha cobrado nueva actualidad el debate, pero esta vez el movimiento indígena es el que va planteando los elementos de la discusión y demandando respuestas congruentes y prácticas.

Usos de la Ley y usos de la costumbre: La reivindicación del derecho indígena y la modernización del Estado*

Diego Iturralde Guerrero

Sumario

I. Presentación. **II.** Estado y pueblos indígenas. **III.** Reivindicación del derecho y reificación de la costumbre. **IV.** Uso de la ley y uso de la costumbre. **V.** Derecho Indígena y Reforma del Estado: perspectivas de investigación. **VI.** Consideraciones finales.

Presentación

Los movimientos indígenas vienen planteando de una manera creciente el reconocimiento, vigencia y privilegio de un derecho propio que regule la vida social indígena. Este reclamo organiza su oposición a un orden normativo que no reconoce la diversidad y que penaliza las prácticas que la constituyen y se funda en la idea de que el derecho es una pieza clave en la estrategia

* Este texto fue originalmente publicado en 1993, en el libro *Derecho, Pueblos Indígenas y Reforma del Estado,* coordinado por A. Wray y Juan Carlos Ribadeneira, Ediciones Abya Yala, Quito. El autor es actualmente (2009) Director Académico del Centro de Investigaciones Superiores en Antropología Social (CIESAS)(México).

del Estado para disolver las particularidades de los pueblos y asegurar las condiciones que hacen posible el ejercicio de la hegemonía[1].

Aunque la razón es secular la formulación de esta reivindicación es relativamente nueva y se corresponde con el momento más alto del desarrollo de las plataformas de lucha de los movimientos étnico-nacionales. También ocurre –y esto no es casual– cuando los modelos de dominación interna e internacional experimentan una aguda crisis y el papel regulador del Estado –y del derecho– son puestos en cuestión.

Me interesa en este texto explorar la relación que existiría entre estos dos fenómenos: reivindicación del derecho indígena y reforma del Estado, como uno de los ejes en los cuales se concentra actualmente la tensión de la relación entre los pueblos indígenas y los estados. Al mismo tiempo quiero proponer una reflexión sobre algunos conceptos y alternativas metodológicas para estudiar esta reivindicación indígena y su destino posible hacia el final del milenio. Considero que el tratamiento de este tema requiere reflexionar acerca del sentido y el alcance de las reivindicaciones indígenas, así como de algunas denominaciones que se han vuelto un lugar común en las plataformas del movimiento indígena y en la retórica de sus dirigentes, pero que aún no han recibido un tratamiento sistemático y conspiran con introducir ambigüedades en sus luchas.

Debo advertir que estas propuestas están tratadas a partir de una generalización: las tendencias que muestran en las últimas dos décadas el desarrollo de los movimientos indígenas y de las políticas estatales. Es posible que esta generalización extrapole fenómenos de una realidad muy diversa, pero es posible también que esta extrapolación contribuya a atisbar el porvenir. Hace falta reconocer los diferentes escenarios en los cuales esta relación se está dando ahora y su diverso destino, tarea que no se acomete en este texto[2].

1 He tratado este tema extensamente en "Movimiento Indio, Costumbre Jurídica y Usos de la Ley", en Stavenhagen e Iturralde (compiladores) *Entre la Ley y la Costumbre: el derecho consuetudinario indígena en América Latina.* México, Instituto Indigenista Interamericano e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1989.

2 Preparé un estudio prospectivo para UNESCO en 1988 que aparecería publicada con título *Naciones indígenas y estados nacionales en América Latina hacia el año 2000* en un libro preparado por Héctor Díaz Polanco para el Consejo Nacional de Cultura (México, 1993). En él analizó estas tendencias y el progreso de las tensiones entre los pueblos y los estados.

II. Estado y pueblos indígenas[3]

Asistimos actualmente a un proceso de transformación global de los modelos de organización nacional y de los modelos de la relación entre los Estados, así como a un momento de emergencia de las configuraciones étnicas y de revitalización de sus demandas; en esta coyuntura el proceso de constitución de las naciones latinoamericanas se encuentra de pronto con la oposición de sectores cultural y socialmente diferenciados que se resisten a mudar sus prácticas propias y sus entidades particulares por aquellas que le son propuestas en nombre de un proyecto nacional. Los pueblos y comunidades indígenas, que han protagonizado a lo largo de cinco siglos incontables episodios de resistencia indudablemente han cambiado, se han transformado, pero nunca han dejado de ser distintos y ahora ponen en evidencia este resultado histórico: una nación incompleta, por no decir inviable.

Este fenómeno se puede mirar claramente al considerar dos procesos que hemos vivido en las últimas décadas : de una parte el pleno desarrollo de los Estados nacionales en lo que se refiere a la ocupación del espacio, la articulación de la población y el desarrollo del mercado interno; y, de otra parte, el fortalecimiento de las configuraciones étnicas, que estructuran formas de organización cada vez más sólidas y empiezan a plantear una serie de reivindicaciones que van más allá de las posibilidades del modelo nacional porque suponen privilegiar la diversidad, transformar el marco organizativo sobre el que se funda la organización del Estado tal como lo conocemos y supone cambiar las actitudes y las prácticas prevalecientes en la relación pueblos indios - Estados nacionales. Estos dos procesos están íntimamente relacionados porque la reconstitución de los pueblos como entidades étnicas e incluso la emergencia de nuevos conglomerados étnicos en América Latina , su reorganización en los niveles locales, nacionales y regionales con demandas específicas son fenómenos claramente asociados a la modernización de las relaciones de producción en el campo, a la modernización de las relaciones

3 Este numeral recoge básicamente sobre la relación Estado-Pueblos Indígena que la he desarrollado en varios textos. Entre otros el citado en la nota 2 *supra* y los artículos: *Los pueblos indígenas y sus derechos en América Latina* aparecidos en Crítica Jurídica N° 11 (IIJ-UNAM. México 1993) y Revista del Instituto de Derechos Humanos N°... (IIDH,San José, 1993), y *Pueblos Indígenas y Estados Latinoamericanos: una relación tensa,* por aparecer en Nueva Sociedad (ILDIS, Caracas).

políticas y en general al desarrollo económico y social a partir de la mitad de este siglo.

Si bien la emergencia de los pueblos indígenas se debe a diversos factores y se presenta de distintas maneras, creo que se pueden señalar cinco tipos de dinámicas que hacen evidente este fenómeno y contribuyen a explicarlo[4].

a. una creciente territorialización de la presencia étnica en la nación, que resulta de la expanción geográfica y demográfica de los mismos pueblos, que tiene que ver con el desarrollo nacional, con la ruptura de los viejos sistemas locales y regionales que los tenían encapsulados y con la dinamización del mercado interno. Esta territorialización implica una refuncionalización de las relaciones de parentesco en favor de las relaciones de carácter territorial y tiene también un impacto sobre la reelaboración del sentido de auto asignación étnica bajo nuevas condiciones materiales y en los destinos migratorios.

b. el surgimiento y fortalecimiento de formas de organización étnica logra tejer una amplia red de solidaridades y de acción concertada, que no elimina las formas comunitarias de base ni establece una pirámide jerarquizada a la manera sindical, pero que es eficiente para procesar los reclamos, organizar la participación y formar un amplio frente panétnico con plataformas y reivindicaciones compartidas.

c. el desarrollo de una plataforma cada vez más sintética de demandas indígenas que lleva los reclamos específicos de las comunidades hacia expresiones más altas en el orden jurídico y en el orden político; expresiones que incluyen la demanda de territorios como espacios de reproducción social y política; del derecho al desarrollo etnico y cultural; de condiciones de desarrollo económico autogestionado y de plena participación en la economía nacional; del establecimiento de un orden jurídico y político plural que garantice el cumplimiento y el mantenimiento de las reivindicaciones anteriores.

4 Natalia Wray formuló estos puntos para el caso de Ecuador en su artículo *La construcción del movimiento étnico-nacional-indio en Ecuador: carácter y dimensión de su demanda,* en América Indígena, vol 49, N? 1 México DF, marzo 1989.

d. Una creciente inserción de las economías de los pueblos indígenas en el mercado interno bajo todas las modalidades posibles, fenómeno que tiende a aumentar en el contexto de la crisis y de la informalización ya que estas economías se basan en la posibilidad de reproducir, fortalecer y conservar maneras culturales particulares que les permiten construir estrategias de sobrevivencia en las cuales el ejercicio de la identidad resulta fundamental. Esta inserción provoca procesos de diferenciación dentro de los mismos pueblos, haciéndolos más complejos y posibilitando el aparecimiento de élites indígenas que son capases de formular e impulsar proyectos propios.

e. Finalmente, todo esto conduce a modificación de las relaciones entre los pueblos y los Estados, la cual se torna cada vez más compleja y directa, porque desaparecen las intermediaciones y los pueblos indígenas organizados se ven enfrentados directamente al aparato del Estado, para negociar sus asuntos. Por esta razón la relación se politiza y llega a desbordar la institucionalidad que tradicionalmente la contenía.

Por estos factores y por lo que han provocado en el seno de los Estados nacionales creo que los pueblos indígenas se han constituído o están en vías de constituirse en actores sociales y en sujetos políticos[5]. La presencia de este nuevo actor plantea un problema fundamental para el destino de la nación, un problema que no fue reconocido antes y que no se resolvió con la política de integración, es el problema de la constitución de la nación como una unidad capaz de alojar la totalidad social, regular sus relaciones, representarla e impulsar un proyecto para su propio crecimiento y su perpetuación. Dicho desde el punto de vista negativo, pone en evidencia que la nación latinoamericana que se ha desarrollado hasta ahora no es una entidad política y jurídica capaz de construir la unidad de la totalidad social, sino que ha construido el Estado mediante la negación de una buena parte de esa totalidad. La pretendida unidad de la nación y el pretendido derecho de conducir la nación como si fuera realmente una unidad están siendo puestos en cuestión por estos pueblos revitalizados,

5 He escrito sobre el tema en: *Los pueblos indios como nuevos sujetos sociales* en Nueva Antropología N? 39, México DF, 1990; y *Los Pueblos indios y el campo indigenista*, Instituto Nacional Indigenista (comp) Seminario Permanente sobre Indigenismo, México DF, 1990.

reorganizados y convertidos en un nuevo actor social con un potencial mucho más alto.

Esta primera reflexión permite proponer que la relación entre los pueblos indígenas como sujetos políticos y los Estados nacionales en América Latina, en este momento, está cargada de tensiones, que estas tensiones van en aumento y que van a seguir creciendo y que, de no mediar cambios importantes en las demandas de los pueblos indígenas, que las hagan viables, y de no cambiar las respuestas y la naturaleza misma del Estado, que se vuelva plural, al final del siglo podríamos asistir a enfrentamientos violentos y graves como lo estamos viendo en otras partes del mundo y a los que nuestro mismo continente no ha sido ajeno en los últimos años.

La reivindicación del derecho indígena aparece y prospera en este contexto como un reto y como una posibilidad para reconfigurar la arena de la relación entre los pueblos y el Estado; creo que así hay que comprenderla.

III. Reivindicación del derecho y reificación de la costumbre

Como lo he mencionado antes, el desarrollo de las plataformas de los movimientos indígenas tienden a llevar las demandas de las comunidades y pueblos a su expresión jurídica más alta: la reivindicación es relativamente reciente y resulta posible reconocer su evolución. Desde el reclamo de escuelas para el campo, hasta el del derecho a una educación bilingüe-bicultural administrada por los mismos pueblos; desde la lucha por las tierras y la reforma agraria, hasta el derecho a un régimen territorial indígena; desde el establecimiento de las primeras formas de organización legal (las comunas, los sindicatos agrarios, etc.) hasta la formulación de un estatuto de nacionalidad; hay una historia que atraviesa el campo del derecho y que viene de las demandas por el cumplimiento de la ley y va hacia la exigencia de un régimen de pluralismo jurídico.

En este tránsito e movimiento social crea y utiliza una serie de signos a los que carga con el sentido de sus reinvidicaciones y con el cual va generando un discurso cada vez más complejo. En el caso de la nociones de nación y nacionalidad indígena, territorio étnico y, para el tema que nos ocupa, derecho consuetudinario.

La noción de derecho consuetudinario y otras que se utilizan con sentido equivalente (como costumbre jurídica, derecho indígena, etc.) se forja como parte de la argumentación en favor del pluralismo jurídico para señalar la existencia de regímenes normativos particulares que, al contrario de la ley general, permanecen arraigados a los modos de vida de los actores y responden a sus intereses y dinámicas.

A partir de esta noción de derecho consuetudinario como un vehículo para dar forma a la reivindicación del derecho de los pueblos a autorregularse se da un esfuerzo por sintetizar, dentro del amplio espectro de la cultura, aquellas costumbres que podrían considerarse jurídicas en la medida que materializan preceptos normativos relacionados con el control social interno de la vida comunal. Por esta vía se reifica las costumbres: esto es, se les atribuye una materialidad y una estabilidad que las hace equivalentes a las normas positivas, con la única limitación de la carencia de una expresión estandarizada (escrita). Este proceso implica la construcción de un objeto de conocimientos relativamente aislado de las prácticas concretas en las que existen como normatividad implícita y conlleva el proponerlas como parte de un código de comportamientos. Así, para reivindicar el derecho se reifica la costumbre y se tiende a convertir a ésta en un otro *derecho.*

Esta reificación de la costumbre como derecho consuetudinario puede ser legítima y eficaz en la lucha ideológica del movimiento indígena. Sin embargo no deja de plantear algunas inquietudes conceptuales y metodológicas. Vale la pena preguntarse en primer término acerca de la pertinencia analítica de procedimiento mediante el cual se pretende crear normas jurídicas alternativas a partir de hechos sociales y culturales que tienen su propia naturaleza. Las relaciones de familia, por ejemplo, han sido objeto de una abstracción-antropológica- como normas sociales y de otra abstracción –jurídica– como normas jurídicas. A partir de unas y otras se han construido modelos (el parentesco) y regulado el derecho de familia. Ahora bien, cuando oponemos al Código Civil las costumbres según las cuales una comunidad o una cultura se representa las relaciones de parentesco, operamos un "enroque" que puede ser útil par poner en evidencia la distancia entre la ley y la vida cotidiana, pero este contraste no garantiza que las segundas puedan ser propuestas como normatividad alternativa. Lo mismo cabe plantearse respecto de las representaciones culturales de las formas de distribución y apropiación de los re-

cursos; de la organización del ejercicio de la autoridad; de los mecanismos de generación el consenso y de eliminación del disenso y otras tantas operaciones de transformación mecánica de la costumbre reificada en norma jurídica alternativa, Indudablemente hay una distancia epistemológica que debe ser conservada y en todo caso superada mediante procedimientos metodológicos más rigurosos.

Otra preocupación sobre este procedimiento se refiere a la introducción sistemática de cierto maniqueísmo en la valoración de la relación: normas-prácticas. El discurso sobre el derecho consuetudinario (y en general sobre el derecho indígena), que se basa en una crítica justa de la inadecuación de la ley, tiende a valorar la costumbre como "buena" y la ley como "mala" en virtud de su origen (una suerte de maniqueísmo genético). Esta operación está presente en muchas otras consideraciones sobre el mundo indígena cuyas bondades se mitifican más allá de su eficacia y de su pertinencia sobre la base de la legitimidad de su origen. El proceso de reificación de las costumbres indígenas no solamente que vuelve a éstas cosas, sino que las vuelve "cosas buenas". Evidentemente este maniqueísmo se corresponde, como un espejo, con las actitudes de signo inverso que han prevalecido durante siglos y que minusvaloraron y satanizaron ex-oficio, las prácticas culturales indígenas.

Estrechamente vinculado con el peligro anterior surge otro relacionado con el ocultamiento de la realidad. La interpretación de las representaciones de la cultura como un código normativo y la tendencia a proponerlo como un sistema de normas alternativas contribuye a la construcción de un imaginario cultural capaz de explicar y justificar en su nombre cualquier hecho social. Una vieja tradición de la antropología instaló las nociones de armonía y funcionalidad en la conceptualización e las comunidades y las culturas tradicionales y considera a las transgresiones como rupturas eventuales de este orden; esta tradición parecería estar inspirando todavía (o nuevamente) el esfuerzo en torno al reconocimiento del derecho consuetudinario. Desde esta perspectiva, el imaginario cultural del que cuenta el trabajo de los antropólogos, viene a ser una especie de código ideal, no escrito, para la regulación de los comportamientos y, por lo tanto, la fuente natural de un derecho alternativo. Esta visión sin embargo no se plantea seriamente la posibilidad de que las competencias y contradicciones sean la verdadera naturaleza de esas comunidades tradicionales y

por tanto de ese imaginario y de que las normas que de él emergen expresen un conjunto de imposiciones para asegurar un orden de cosas que aloja desigualdades, exclusiones, imposición de intereses sectoriales, etcétera.

Muchas otras preocupaciones podrían ser planteadas en torno de este tema relacionadas por ejemplo con la eficacia de las normas, su aplicabilidad, la pertinencia de tornarlas positivas y por tanto eliminar las ventajas de su plasticidad. La presencia de estas inquietudes pone de manifiesto la falta de ejercicios analíticos más profundos y, probablemente, de nuevos avances en el desarrollo de la plataforma del movimiento indígena. Lamentablemente en los últimos años la actividad analítica se ha quedado a la saga del movimiento social y se muestra débil para contribuir a consolidación de sus propuestas; hay más condescendencia que crítica.

Quiero proponer una exploración posible de este campo basado en la constatación de que el así llamado derecho consuetudinario o la costumbre indígena en torno al control normativo no existe ni funciona de manera aislada, sino en una interrelación con la ley. Me parece que esta exploración ofrece, sino mejores, por lo menos una mayor cantidad de opciones para profundizar en el tema y comprender mejor el destino de la reivindicación indígenas de un derecho propio.

IV. Uso de la ley y uso de la costumbre[6]

Como se insinuó al inicio de este texto, la reivindicación de un derecho propio tiene, genéricamente, una utilidad política equivalente a la que –en otros momentos y condiciones– puede tener el reclamo de la aplicación cabal de las leyes vigentes o la adopción de legislaciones que reconozcan y protejan el patrimonio cultural indígena. Se inscriben en el plano de la lucha ideológica pues no existen verdaderamente condiciones para una negociación o concertación del ejercicio democrático del poder.

Pero estos usos político/ideológicos, no son los únicos. Hay otros que transcurren sin mayor espectacularidad, en las luchas cotidianas de las comunidades, que son –a mediano y largo plazo– elementos centrales de las

6 Una primera versión del texto de este numeral es parte del artículo citado en la nota 1.

plataformas generales de lucha e instrumentos eficientes en el esfuerzo por sobrevivir social y culturalmente.

Los indígenas recurren a sus costumbres jurídicas –a su derecho consuetudinario– como una táctica para sustraer del impacto del régimen jurídico nacional algunos asuntos que consideran de su competencia exclusiva, o que quedan mejor protegidos al margen de tal régimen. Arreglos familiares endogámicos, formas particulares de heredar, fragmentación de predios por debajo de los mínimos permitidos por legislaciones agrarias , concertaciones de prestación ocasional de mano de obra y arreglo de disputas originadas en este tipo de relaciones , son –deliberadamente o no– "ocultadas" de la ley y puestas bajo la tutela de las costumbres locales, aún en aquellos casos en que éstas impliquen mayores restricciones, pero siempre que doten de suficiente legitimidad.

Otro uso importante y creciente de las costumbres jurídicas indígenas se puede apreciar en los procesos jurisdiccionales y administrativos, cuando ellas son exhibidas como argumentos *ad-litem* para reforzar sus reclamos, deducir excepciones o influir sobre el criterio del juez. En el campo del derecho procesal penal la costumbre es presentada frecuentemente como atenuante –o agravante si es el caso– de delitos que involucran a indígenas, junto con otros argumentos como la particularidad lingüística, la falta de información, etcétera. Un uso parecido de las costumbres jurídicas se aprecia en los procesos de conciliación ante autoridades informales o de ínfima instancia.

Es más frecuente, sin embargo, el uso combinado de la costumbre y la ley para construir estrategias de negociación y de enfrentamiento de problemas que afectan a las comunidades indígenas. Con muy pocas excepciones, todos los pueblos indios contemporáneos están bajo la influencia de los sistemas estatales de regulación y control, y manejan una versión –limitada y a veces errónea– de las principales disposiciones legales. Más aún buena parte de las prácticas que atribuimos a la costumbre (o a un derecho autóctono) son resultado de la internalización de las leyes y de su particular aplicación e interpretación. Estas estrategias implican un doble juego, de los terrenos de disputa y de las reglas del juego, entre el ámbito comunal (e intercomunal) y el ámbito nacional, entre las costumbres y la ley. Uno y otro son utilizados como campos eminentemente simbólicos, no necesariamente en el estricto sentido de sus efectos formales. La recurrencia a la costumbre se orienta más claramente a la construcción del consenso interno o a la consolidación de

aquellos puntos de acuerdo entre las partes. La Ley entra en juego para ejercer presión sobre los desacuerdos y para forzar salidas viables a los conflictos.

Es importante subrayar que en este último contexto, la costumbre y la ley juegan un papel disuasivo, en el cual no es precisamente la resolución formal, sino el amago, el que actúa sobre la litis. La Ley, en sus aspectos más formales, pasa a ser parte de la magia con que se enfrentan las situaciones, mientras la costumbre tiende a presentarse como el marco normativo formal en que éstas se ventilan (la etiqueta de los procedimientos) (Hamel 1988 y Sierra 1988). La manipulación de una u otras es parte sustancial de la vida legal de las comunidades indígenas y, sobremanera, de la ventilación de las diferencias intercomunales. Así como a los estudiosos nos entusiasma el descubrimiento y análisis del derecho consuetudinario, así los indígenas –y principalmente los campesinos– fetichizan la ley.

Si bien este uso combinado se hace más evidente cuando se trata de la solución de conflictos no está ausente de todas las otras situaciones que se configuran en la arena de la legalidad, como la regulación de la vida cotidiana (familia, herencia, socialización en general), la organización de la gestión comunitaria y el establecimiento de los sistemas de prestigio y de autoridad. Este hecho permite pensar que, por más inadecuada que sea la ley, siempre modifica las prácticas sociales y contribuye a su transformación y que la costumbre jurídica –aquel vago conjunto de normas que reconocemos como derecho consuetudinario– es un resultado contemporáneo y vigente de la vida social y del creciente enfrentamiento entre la dinámica del desarrollo del Estado como forma de dominación y la permanente reconstitución de las configuraciones étnicas para enfrentarlo.

V. Derecho Indígena y Reforma del Estado: perspectivas de investigación[7]

a. El trabajo sobre costumbres indígenas, su relación con la ley y con la administración de justicia, permite recoger un primer conjunto de re-

7 Por considerarlo de utilidad transcribo en éste acápite un texto preparado conjuntamente con Francois Lartigue para un grupo de trabajo sobre Antropología Jurídica y Derechos Indígenas establecido en México con otros colegas abogados y antropólogos.

sultados de carácter metodológico, que pueden ser considerados y proyectados independientemente para otros propósitos.

Prácticas sociales, normas jurídicas y procedimientos que las vinculan, conforman una red bastante compleja en la cual destacan una serie de intersecciones formadas por la concurrencia de dos tipos de procesos: cambios en el comportamiento de los sujetos sociales (o, lo que es su resultado: nuevas situaciones de tales sujetos en el conjunto social), por una parte; y, reforma de la normatividad, por la otra. Entre estas dos dinámicas se establece una relación de mutua interacción, cuyo análisis resulta sumamente productivo, tanto para establecer las características y la dirección de tales procesos, como para prever sus resultados[8].

Esta manera de entender la relación parece útil para construir el universo de estudio en un campo relativamente nuevo, respecto del cual es todavía difícil definir con claridad los límites y las características de la problemática y, por tanto, formular un conjunto de preguntas relevantes. Indudablemente la trama de intersecciones posibles entre la costumbre (o la práctica) y la ley (o la norma) puede ser muy densa y muy amplia –dependiendo de la cantidad de información que se pueda manejar para construirla–; la delimitación de su alcance, así como la determinación y jerarquización de las intersecciones sobre las cuales se ha de trabajar, resultan por tanto un ejercicio previo muy importante, para el cual es necesario adoptar criterios y técnicas muy claras y operativas. Hay un doble riesgo siempre presente: aislar una sola relación respecto del conjunto de las prácticas y normas en que se desenvuelve; y, diluirla en un sistema de influencias y determinaciones no manejables.

Una segunda enseñanza tiene que ver con la manera en la cual se integran las diversas disciplinas que concurren al tratamiento del tipo de temáticas propuestas. Evidentemente aparecen íntimamente ligadas la antropología y la ciencia jurídica; pero su integración no resulta fácil, posiblemente porque tienen orígenes epistemológicos muy distantes y porque sus prácticas han sido hasta ahora diversas; un sinnúmero de discusiones y desencuentros provienen de los usos diferenciados de categorías y conceptos que en cada una de las tra-

8 Esta es una conclusión posible del ejercicio de discusión con otros colegas latinoamericanos que se recoge en el libro *Entre la Ley y la Costumbre: el derecho consuetudinario indígena en América Latina,* R. Stavenhagen y D. Iturralde (comps); México DF, Instituto Indigenista Interamericano e Instituto Interamericano de Derechos Humanos (coeditores), 1990.

diciones tienen su propio sentido. Más aún, según sea el objeto, otras disciplinas y metodologías especializadas deben ser utilizadas en el trabajo, como por ejemplo la sociolingüística, la historia del derecho, la etnohistoria y la antropología política; lo que hace aún más difícil la construcción de una solución consistente. Las ideas de interdisciplinariedad y multidisciplinariedad, como estrategias de integración, no resultan satisfactorias en tanto tienden a subordinar, o por lo menos a privilegiar, una sola alternativa analítica.

Al igual que el proceso de establecimiento del objeto de estudio (como una intersección), parece que el acercamiento técnico debe ser transdisciplinario; esto es mediante una forma que haga posible el diálogo de las disciplinas en torno a un objeto común, tal como cada una de ellas lo comprende mejor. El punto de encuentro quedará fijado entonces en los términos de generación del objeto mismo de conocimiento (la o las intersecciones elegidas) y del conjunto de preguntas que se le formulen.

Finalmente, asociada a las dos cuestiones anteriores, se puede sugerir que la estrategia de investigación en este tipo de temas, debe ser establecida al definir el objeto o universo de trabajo y al escoger las perspectivas disciplinarias: dos elecciones íntimamente ligadas a las finalidades mismas del ejercicio. No hay una solución preestablecida, ni un paquete técnico privilegiado. Debe ser interconstruida en el proceso mismo de la investigación y en el diálogo transdisciplinario.

b. En este punto puede ser conveniente recordar que existen coyunturas científicas anteriores que han sido ocasiones de acercamiento entre las disciplinas convocadas, sus tradiciones y sus ejercicios experimentales[9].

El reconocimiento de estas coyunturas, de los derroteros del diálogo emprendido y de su aparente interrupción es en sí mismo un ejercicio que podría ayudar a precisar el rango de posibilidades adentro del cual reconocer aquellos puntos de encuentro más probablemente interesantes y productivos. Al efectuar ese ejercicio se lograría también alguna claridad en cuanto a las limitaciones y debilidades de las experimentaciones y diálogos que no prosperaron. Asimismo, se espera que caracterizar a aquellas coyunturas en su contexto so-

9 Para el caso de México hay un balance de la literatura sobre el tema: Dorotinsky, D. *Investigación sobre costumbre legal indígena en los altos de Chiapas*, en Stavenhagen e Iturralde (comps) (nota 2 supra). Una bibliografía exhaustiva puede leerse en Nader, Koch y Cox "The ethnography of Law: a bibliographic survery", en *Current Anthropology* 7 (3): 267-294; 1966.

cial y político cultural amplio, en su época y en su ambiente, puede permitir revisar y relativizar la validez de nociones que se forjaron allí, tuvieron utilidad instrumental allí, y se reificaron posteriormente en la institucionalización académica de las disciplinas a pesar de su poca productividad posterior.

En todo caso, las posibilidades presentes de una antropología jurídica interconstruida en el ejercicio transdisciplinario y generadora de investigaciones novedosas acerca de temas emergentes, requieren del ejercicio de estas revisiones, digamos un ejercicio erudito de crítica de los procedimientos y nociones vehiculados por nuestras tradiciones metodológicas y conceptuales. Pero estas posibilidades presentes dejarán de ser algo más que prometedoras convocatorias en cuanto habremos demostrado su eficacia para dar cuenta de los fenómenos y procesos múltiples que se despliegan en los escenarios del mundo actual.

Una vez más (¿acaso esta expresión racionalista de la reiteración nos es suficiente?) la aceleración de los procesos sociales, tan proféticamente anunciada como haya sido, nos convoca urgentemente a la aventura de la indagación racional, a la tensión del descubrimiento en vez de la afirmación del reconocimiento, que Guillermo Bonfil veía como una práctica de las ciencias sociales que inhibe "la facultad para descubrir, para admitir lo imprevisto, lo no pensado, lo diferente"[10].

Parece difícil que se logre descubrir algo sin que se ponga uno en la condición que permite efectuar observaciones y registrarlas con alguna sistematicidad. Ahora bien, estas observaciones y su registro distan normalmente de presentarse como datos científicos puros que respondan a la demanda programada de un edificio científico bien protegido de contaminaciones posibles. En lugar de garantizar su validez como si la asepsia fuese una calidad esencial, convendría mostrar que la tensión generada por las condiciones prácticas de la edificación sistemática de una investigación científica es lo que puede asegurar un pequeño avance innovador. La pertinencia de un pequeño descubrimiento efectuado en condiciones donde la urgencia práctica limita el control de las variables, y genera un efecto de perversión de la pureza del concepto radica en la habilidad de trabajar sobre la tensión misma, y no en eliminarla; así mismo, no adquiere valor si se opta por una presentación de los resultados que haga abstracción de las condiciones prácticas en que se

10 Guillermo Bonfil, Cholula: *la ciudad sagrada en era industrial*. (p. 10); México DF, UNAM, 1973).

han logrado; esto es, por una presentación abstracta que esconda la tensión inherente a la experimentación y oculte su carácter inminente a favor de una afirmación trascendental y falsa.

Esto es inherente también a las condiciones de producción de esos descubrimientos: hacen falta por igual espacios de construcción teórica y vinculaciones con las urgencias de la práctica social; y una solución adecuada a las tendencias especulativas de los primeros y a las constricciones de las segundas.

Los espacios de encuentro transdisciplinario deben poner a prueba la capacidad de interlocución de las disciplinas en torno a objetivos respecto de los cuales ninguna de ellas cuenta con soluciones probadas; en ejercicios que permitan una especulación productiva que haga posible rebasar las limitaciones de cada disciplina y al mismo tiempo consigan crear un efecto de control sobre la tendencia especulativa en favor de la atención de procesos prácticos y la necesidad de producir respuestas a sus requerimientos.

A la misma vez, las vinculaciones con urgencias de la práctica, no pueden convertirse en obstáculos o limitaciones para la construcción y experimentación de soluciones analíticas independientes de esas constricciones y por tanto útiles para su uso en nuevos campos problemáticos.

Una condición favorable para este doble propósito ha sido en la experiencia hasta ahora desarrollada la generación de espacios intermedios, con la participación tanto de especialistas, como de agentes de intervención, en torno a problemas concretos, para producir soluciones útiles[11].

c. Algunas intersecciones podrían ser exploradas desde esta perspectiva transdisciplinaria, teórica y práctica; se refieren a procesos sociales emergentes que están demandando el procesamiento de nuevos discursos jurídicos o nuevos paquetes normativos. Mencionaremos algunas que están siendo asediadas por otros investigadores, aún sin darse cuenta, o sin ser formuladas a la manera que proponemos aquí.

La aceleración de los procesos urbanos y la transformación de las formas de acción colectiva, o de convivencia en la ciudad, muestran un escenario donde la complejidad cuestiona la eficacia social y política de la normatividad.

11 Cabe destacar entre los tipos de intercambios los mantenidos en eventos con: autoridades tradicionales indígenas y dirigentes encargados de asuntos legales de sus organizaciones; promotores y gestores de organizaciones no gubernamentales, investigadores en ciencias jurídicas y sociales.

La dinámica de esta complejidad parece agotar velozmente la normatividad existente, requerir nueva y mayor normatividad, y permitir la consolidación de una configuración cultural ciudadana más informada frente a las transgresiones autoritarias de las normas enunciadas; nueva configuración que, a la vez, es capaz de generar nuevas formas normativas o nuevas actitudes frente a las normas. Los individuos, los grupos y sus figuras de representación despliegan ahí acciones y actuaciones en donde la vinculación de las prácticas y las representaciones con las normas vigentes se ejerce a través de procedimientos en los cuales se socializan ciertos aspectos de las normas, (o sea en los cuales se desnaturalizan a estas) y las someten conjuntamente a transgresiones prácticas y a las prácticas de la transgresión.

Las autoridades, las instancias de control y de servicios, los sectores de interés, proceden con base en la normatividad enunciada, a la vez que la procesan y la llegan a transgredir, cuando reconocen los limites (inconvenientes) de su eficacia coyuntural. A la postre, muchos asuntos en estos escenarios emergentes (como los asentamientos marginales e irregulares) se resuelven por vía de transacciones, construidas precisamente en el ambiente y con los elementos de la normatividad enunciada, tal como los actores (autoridades y usuarios) las entienden, desnaturalizan y usan.

He aquí un conjunto rico de intersecciones que puede propiciar una antropología jurídica apta para abordar estas realidades, que parecen dotadas de gran inestabilidad. Ningún antropólogo dejará de reconocer que hay aquí retos cuyo enfrentamiento condiciona la antropología de los procesos políticos presentes. Problemáticas que quizá pueden resultar también atractivas para los sociólogos urbanos y, porqué no, para los abogados[12].

La ineludible pluralidad en materia de prácticas culturales: lingüísticas, religiosas, médicas, ambientales; plantea la necesidad de ir más allá de los postulados republicanos de homogeneidad e igualdad ante la ley. Este problema no se resuelve únicamente en las garantías que la tradición democrática ofrece por la vía de la pluralidad política y de la libertad ciudadana; parecería que siempre hizo falta desarrollar una normatividad funcional que las reconozca y proteja.

El peso de estas prácticas en la materialidad de las dinámicas socioculturales es diverso; pero ninguna es eludible. Ahora bien, ¿disponemos en nues-

12 Resulta particularmente estimulante a este respecto el libro de Antonio Azuela sobre Derecho y Propiedad Urbana en México; México DF, El Colegio de México, 1990.

tras disciplinas de tantos conocimientos positivos y de suficientes argumentos teóricos que nos permitan convalidar esta valoración jurídica de las prácticas, y por tanto su institucionalización como derechos reclamables? Al dudar de responder afirmativamente a estas preguntas encontramos la razón práctica de los ejercicios transdisciplinarios que proponemos. Hace falta producir respuestas acerca de la conveniencia de regular o no esas prácticas culturales; de la pertinencia de que tal regulación se haga mediante la adopción de normas jurídicas; de los efectos que estas tendrían sobre ellas. Esto no es posible hacerlo desde la antropología solamente; ni en el estudio descriptivo de las prácticas, que tiende a aislarlas y a presentarlas como objetos fijos. Hace falta el concurso de varias perspectivas disciplinarias para redefinir cada práctica cultural en su intersección con los procesos globales, donde su sentido esta siendo discutido y valorado funcionalmente, y donde se juega la conveniencia de su regulación. He aquí un campo que nos parece muy adecuado para el desarrollo de lo que, provisionalmente, hemos dado en denominar antropología jurídica.

Otros temas pueden ser definidos a partir de este procedimiento que hemos ejemplificado brevemente.

Asistimos a cambios rápidos en las relaciones sociales de trabajo y en las formas tradicionales de organización de los intereses de las clases; algunos especialistas anuncian la declinación de la normatividad laboral como un tipo de derecho tutelar de la desigualdad; estos dos hechos generan una dinámica, quizá transitoria, pero urgente, que se resolverá en el desarrollo de nuevas prácticas y, en la adopción de nuevas normas.

Las soluciones agrarias, independientemente de su eficacia histórica, parecen encontrarse agotadas. Nuevos modelos de regulación y uso de los recursos están siendo considerados, que posiblemente apuntan hacia tratamientos diversificados y diferenciadores. No vemos todavía claramente cómo se articularan las respuestas campesinas frente a este proceso, pero evidentemente surgirá allí una compleja red de intersecciones entre prácticas y normas, viejas y nuevas, que convocan a la investigación[13].

13 La reforma del artículo 27 constitucional en México (diciembre 1991) resulta ilustrativa de este campo es desarrollo. El debate previo y posterior a su adopción por el legislativo, aunque no ha sido muy profundo, ha girado en torno a la necesidad de adecuar las normas a las prácticas, y las prácticas a las nuevas condiciones.

El redimensionamiento de las políticas sociales en el Estado neoliberal ha llevado al aparecimiento de nuevas formas de intervención, que entre otros efectos, demandan una readecuación del estatuto organizativo y legal de los actores del desarrollo. Antiguas estructuras sociales ya no garantizan seguridad en el acceso a los recursos públicos, porque no ofrecen las condiciones de rentabilidad exigidas por las dinámicas del mercado; tampoco las formas tradicionales de intermediación son sostenibles; el mismo aparato establecido para redistribuir los mínimos de bienestar, ha sido incapaz para detener el crecimiento acelerado de la pobreza.

Todos están en la agenda de la modernización, que se cumplirá, tarde o temprano, por la vía de la reforma legal; mientras tanto, ya se están induciendo al margen de la normatividad, las condiciones que buscan provocar la emergencia de una trama de relaciones constitutiva del nuevo orden[14].

d. El servicio que hasta ahora ha prestado la exploración de la intersección normasprácticas en el campo de las costumbres indígenas, no constituye desde luego una aportación teórica; ni siquiera resuelve todos los problemas metodológicos que podría plantearse una antropología jurídica. Sin embargo, nos ha permitido establecer una estrategia transdisciplinaria de construcción de problemáticas sobre fenómenos signados por su transitoriedad, y mal comprendidos por nuestras tradiciones académicas.

VI. Consideraciones finales

De esta reflexión general acerca de la reivindicación indígena de un derecho propio, las alternativas para comprenderlo analíticamente, y los usos que tiene y puede tener, cabe extraer algunas conclusiones preliminares.

Como toda reivindicación de un sector social en el seno del Estado, ésta tiene un carácter eminentemente político: implica una disputa (y una forma de disputa) que excede los límites de una cuestión de doctrina o técnica jurídica, que –por tanto– no se resuelve en sí misma (esto es, en la reforma

14 Tal el caso de las dinámicas organizativas inducidas por el Programa Nacional de Solidaridad (México) y en particular por su versión indigenista: el Programa Nacional de Desrrollo de los Pueblos Indígenas, 1991-1995 (INI).

legal), sino en una variación de la correlación de las fuerzas sociales, asunto que, a su vez, atañe no solamente a los sujetos indígenas, sino al conjunto de la sociedad compuesta y opuesta en pueblos y en clases. Esta demanda indígena tal como se viene desarrollando actúa a su vez en el interior de un proceso más general, del que provienen sus condiciones objetivas y que está caracterizado por la opresión interna y la dominación internacional.

Todas las exploraciones analíticas sobre el derecho consuetudinario o la costumbre jurídica (como quiera que se desee llamar a este fenómeno) pueden ser válidas a condición de que se inscriban en el contexto de las luchas actuales de los pueblos indios; que se comprendan éstas (y la cuestión de los diversos derechos) como una forma de la contradicción que las define dialécticamente y que atraviesa todos los procesos sociales; y siempre que vayan más allá del mero reflejo de la conciencia espontánea de estos pueblos, expresada en la retórica de sus dirigentes y en las declaraciones programáticas de las organizaciones, para avanzar al establecimiento de las condiciones objetivas que las explican y en virtud de las cuales pueden o deben desarrollarse con un sentido estratégico.

Es necesario dotar a las banderas de lucha de contenidos precisos dentro de un proyecto nacional que haga posible la instalación de la justicia y la construcción de la unidad, llevando la función del estudioso aún más lejos de la necesaria tarea de amplificar y mejorar la circulación de sus planteamientos. Es necesario, también, reconocer y combatir aun cuando provengan de los pueblos indios y sus organizaciones (o se formulen en su nombre), las reivindicaciones que esconden, bajo un ropaje discursivo muy semejante, proyectos de disolución de la nación –como instancia organizativa del pueblo en su conjunto– para hacer viable la dominación.

Finalmente, vale la pena recordar que las reivindicaciones avanzan y se transforman en sus usos cotidianos. La quiebra del derecho como medio de dominación y su reemplazo por prácticas nuevas, más justas se da en un sinnúmero de arenas de confrontación. Una de ellas opone, bajo la forma de costumbre jurídica indígena, el interés de los pueblos contra el interés organizado en el Estado y expresado en la ley. Otra se configura en los tribunales y por los procedimientos judiciales, donde los intereses se enfrentan en términos de la capacidad de manipulación de las normas y de ejercicio de la presión social. También en la práctica de la política y en el debate ideológico el enfrentamiento es necesario, como meta y como camino.

Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas

Misión Ecuador - 2006

Rodolfo Stavenhagen

Resumen

Este informe se presenta de conformidad con la resolución 2001/57 de la Comisión Derechos Humanos, y se refiere a la visita oficial a Ecuador realizada por el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas los días 24 de abril a 4 de mayo de 2006.

Ecuador es un país multiétnico y multicultural con alrededor de 12 millones de habitantes. La población indígena, compuesta por 14 nacionalidades oficialmente reconocidas, varía según diversas estimaciones entre menos del 10% a más del 30% de la población total. La Constitución Política de 1998 consagra varios derechos colectivos específicos de los pueblos y nacionalidades indígenas. Estos diversos derechos no han sido plasmados aún en la legislación secundaria correspondiente, lo cual ha dificultado su plena implementación en la práctica.

El Gobierno ha creado diversas instituciones estatales para atender la problemática de los pueblos indígenas, que han abierto sus puertas a la participación de los indígenas en la aplicación de las políticas públicas. A lo largo de los años el Estado ecuatoriano ha reconocido algunos territorios indígenas, sobre todo en la Amazonia, lo que ha permitido a las comunidades

negociar acuerdos sobre uso de las tierras y los recursos. Las organizaciones indígenas han tenido un papel importante en negociar con los gobiernos formas de participación social y política que las han transformado en una fuerza política nacional.

A pesar del crecimiento económico de los últimos años, los diversos indicadores de desarrollo económico, social y humano de los pueblos indígenas siguen por debajo del promedio nacional. Ante los problemas acumulados de bajos ingresos y desempleo en las comunidades indígenas, se ha incrementado la emigración de sus miembros. A la pobreza rural se suma de manera creciente la difícil condición de los indígenas en el sector urbano, que afecta especialmente a las mujeres indígenas. También preocupan a las comunidades indígenas los posibles efectos negativos que tendrían los resultados de las negociaciones sobre un tratado de libre comercio.

El acceso de los pueblos indígenas a los servicios sociales básicos como son la educación y la salud es limitado. Los programas de educación intercultural bilingüe y de salud indígena no han dado los frutos esperados, debido principalmente a la escasez de recursos presupuestarios y técnicos.

La falta de una ley de compatibilización en materia de justicia indígena origina conflictos de competencias entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria. Los problemas de acceso de los indígenas a la justicia se agravan por la carencia de un sistema de defensa pública adecuada, la ausencia de traductores y la baja sensibilidad intercultural de los operadores de justicia.

Particular preocupación causan el deterioro progresivo del hábitat indígena y el impacto de las actividades extractivas sobre el medio ambiente y los derechos de los pueblos indígenas, especialmente en la Amazonía, la frontera norte y la costa del Pacífico. Atención especial merecen los pueblos no contactados o en aislamiento voluntario, afectados por la tala ilegal de los bosques y otras actividades ilícitas en sus territorios, lo que en algunos casos podría colocarlos en peligro de extinción. La explotación petrolera en territorios indígenas ha provocado la resistencia de algunas comunidades, como en el caso de Sarayaku en la Amazonía, que ha solicitado la protección del sistema interamericano de derechos humanos. En la frontera norte con Colombia se denuncian los efectos sobre la salud de los pueblos indígenas de las fumigaciones aéreas de cultivos ilícitos y otros hechos derivados del conflicto interno en aquel país.

Introducción y contexto

1. Al amparo de la resolución 2001/57 de la Comisión de Derechos Humanos, de 24 de abril de 2001, que dio origen a su mandato, y atendiendo la invitación del Gobierno, el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas visitó el Ecuador del 25 de abril al 4 de mayo de 2006.

2. El objetivo de la visita fue, entre otros, conocer mejor la situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas en el Ecuador a través de discusiones con los diversos actores sociales sobre cuestiones tales como los efectos de la Constitución de 1998, que reconoce los derechos colectivos de los pueblos indígenas; el acceso de estos a la administración de justicia; sus derechos a la tierra y a los recursos naturales, el impacto de las actividades de la industria petrolera sobre las comunidades, y las preocupaciones respecto a las negociaciones en torno al tratado de libre comercio con los Estados Unidos de América.

3. El Relator Especial expresa su agradecimiento al Gobierno del Ecuador y en particular al Consejo de Desarrollo de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas del Ecuador (CODENPE) y a su titular, la Dra. Lourdes Tibán, por su invitación y cooperación, así como al gran número de organizaciones indígenas por la hospitalidad y la información que le proporcionaron. El Relator Especial expresa también su especial agradecimiento al Dr. Diego Iturralde, del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, por el apoyo brindado durante la misión.

I. Programa de la visita

4. El Relator Especial visitó las provincias de Pichincha, Imbabura, Esmeraldas, Chimborazo y Pastaza además de la Capital, Quito. En la capital, el Relator Especial se reunió con autoridades del Gobierno ecuatoriano, incluidos el Presidente de la Republica y varios miembros del Gabinete, así como con representantes de las instituciones indígenas del Estado como

el CODENPE, la Dirección Nacional de la Educación Intercultural Bilingüe (DINEIB) y la Dirección Nacional de Salud de los Pueblos Indígenas.

5. Relator Especial también mantuvo reuniones con el Presidente del Congreso Nacional; el Presidente de la Corte Suprema de Justicia; el Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo Electoral; la Defensoría del Pueblo y la Dirección Nacional de Defensa de los Derechos de los Indígenas (DINAPIN).

6. Durante su gira, el Relator Especial se entrevistó con autoridades locales y representantes de las nacionalidades y pueblos indígenas así como con dirigentes de comunidades indígenas y miembros de organizaciones civiles y populares. En Imbabura se reunió con dirigentes de los pueblos kayambi, kitu-kara, otavalo, natabuela y karanqui. En San Lorenzo (Esmeraldas) mantuvo discusiones con líderes de las nacionalidades awá, chachi, y épera. En Riobamba(Chimborazo) se reunió con representantes de las nacionalidades y pueblos indígenas kichwa, waranka, puruha, kañari, chibuleo, sarakuro, panzaleo y salasaka. En Pastaza, región de la Amazonia, visitó la comunidad de Sarayaku; en Puyo se entrevistó con los representantes de los shuar, achuar, huaorani, zápara, shiwiar y andoa de las provincias de Zamora Chinchipe, Morona Santiago, Napo y Orellana. En la capital conversó con los representantes de los cofán, kichwa, shuar, siona y secoya de la frontera con Colombia.

7. El Relator Especial se reunió también con representantes de organismos del sistema de las Naciones Unidas, la cooperación internacional, el sector empresarial, organizaciones no gubernamentales (ONG) y de la sociedad civil, y centros académicos.

II. Marco legal e institucional

8. Ecuador es un país multiétnico y multicultural, con una población de alrededor de 12 millones de habitantes. El territorio nacional se divide generalmente en cuatro grandes regiones: la Costa del Pacífico, la Sie-

rra, la región amazónica –que es la más extensa y contiene apenas el 5% de la población–, y la región insular de Galápagos.

9. En términos étnicos, se habla de población mestiza, afroecuatoriana, blanca, e indígena, compuesta esta última de 14 nacionalidades, de las que la kichwa es mayoritaria. No se manejan sin embargo, cifras exactas sobre el monto de la población indígena y afroecuatoriana. Dependiendo de la definición utilizada, el censo sitúa a la población indígena en un 6%, mientras que otras fuentes la calculan entre el 35% y el 45% del total. En 9 de las 22 provincias del país los indígenas constituyen la mayoría o una minoría significativa de la población, mientras que alrededor del 12% de ella ya vive en los cantones altamente urbanizados de Quito y Guayaquil.

10. La Constitución Política del Ecuador (1998) caracteriza al Estado como una entidad pluricultural y multiétnica (art. 1), consagra un significativo conjunto de derechos colectivos específicos de los pueblos y nacionalidades indígenas (arts. 83 y 84), y establece varias figuras políticas y administrativas congruentes con tales derechos. Los derechos de los pueblos indígenas cubren áreas como la diversidad cultural, la identidad, los territorios, la jurisdicción indígena, el uso oficial de los idiomas, la salud, la educación, los derechos económicos, el patrimonio cultural, las mujeres indígenas y los pueblos indígenas de la frontera.

11. Varias leyes y decretos ejecutivos reglamentan el ejercicio y la protección de algunos derechos, como es el caso del Código Penal (1971), la Ley especial de descentralización del Estado y de participación social (1997), la codificación de la Ley de desarrollo agrario (1997), el Plan Nacional de Derechos Humanos (1999), y el Reglamento de consulta y participación para la realización de actividades hidrocarburíferas (2002).

12. Existen progresos en materia de tierras y territorios. La emergencia social y política del movimiento indígena logró que, a partir de 2002, el Estado iniciara un proceso de devolución de los territorios ancestrales a los pueblos amazónicos y costeños por alrededor de 4 millones de hectáreas y el reconocimiento de las tierras comunitarias indígenas serranas como ina-

lienables, imprescriptibles e inajenables. El Instituto Nacional de Desarrollo Agropecuario (INDA) interviene en la delimitación de estos territorios, que no entran al mercado libre de tierras y aseguran la base material para el sustento de los pueblos indígenas. La titulación de las tierras indígenas de propiedad colectiva ha permitido abrir un proceso de negociación sobre el manejo de los recursos naturales que albergan.

13. La territorialidad indígena no está debidamente legislada, lo cual tiene repercusiones sobre la posibilidad de las comunidades y pueblos de ejercer realmente la autonomía y participar plenamente en el manejo de los recursos naturales que se encuentran en sus territorios. Varios especialistas opinan que hace falta un reordenamiento territorial en el país que resuelva adecuadamente esta problemática pendiente respetando los derechos humanos colectivos de los pueblos indígenas.

14. La Constitución recoge algunas de las demandas formuladas durante el largo proceso organizativo de los pueblos indígenas en el Ecuador, que alcanzó resonancia política nacional a partir de la década de los noventa. Estos planteamientos han sido recogidos por la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE), la Confederación de los Pueblos de Nacionalidad Kichua del Ecuador (ECUARUNARI), la Federación Nacional de Organizaciones Campesinas, Indígenas y Negras (FENOCIN), la Federación Ecuatoriana de Indígenas Evangélicos (FEINE), la Federación Ecuatoriana de Indígenas (FEI) y otras organizaciones. Todas ellas, aunque no siempre actúan al unísono, comparten las principales demandas de los pueblos y comunidades indígenas del país.

15. En 1998 se constituyó en el Congreso Nacional la Comisión de Pueblos Indígenas y otras etnias que desde su inicio ha estado dirigida por un diputado indígena, lo que facilitó la ratificación en 1998 del Convenio Nº 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre pueblos indígenas y tribales, de 1989, así como la discusión y posterior aprobación de la Ley de pueblos y nacionalidades indígenas, la que fue vetada tras su adopción en forma total por el entonces presidente Gustavo Noboa Bejarano en noviembre de 2002.

16. Los derechos constitucionales de los pueblos indígenas aún no se expresan en una legislación secundaria adecuada, lo cual ha dificultado el manejo de las políticas públicas, la administración de justicia y la asignación de recursos para estos pueblos, quienes demandan que se legisle al respecto y plantean incluso la necesidad de convocar a una nueva Asamblea Constituyente para este propósito. Un ejemplo frecuentemente citado de la carencia de desarrollo jurídico es la regularización territorial indígena.

17. Entre los avances de los últimos años destaca la creación del CODENPE, instancia representativa y participativa, cuyo secretario ejecutivo tiene rango de ministro. También se crearon la Dirección Nacional de Salud de los Pueblos Indígenas en el Ministerio de Salud (DNSPI), la DINEIB, el Sistema de Información de las Nacionalidades y Pueblos del Ecuador (SIDENPE), el Fondo de Desarrollo de los Pueblos Indígenas (FODEPI), y la DINAPIN en la Defensoría del Pueblo. Al haber sido creadas por decreto presidencial o ministerial, estas instituciones no están sujetas a una legislación emanada del poder legislativo, lo cual debilita su capacidad de fijar políticas y de generar recursos para los pueblos indígenas.

III. Situación de los derechos humanos de los indígenas de Ecuador: asuntos prioritarios

A. Impacto de la explotación petrolera en comunidades indígenas

18. A partir de la década de los 1970 la explotación petrolera se transformó en una de las principales actividades económicas y generadoras de divisas del Ecuador. Es considerada como una actividad de interés nacional, por la cual el Estado ecuatoriano puede hacer frente de manera regular a sus gastos corrientes y sociales. Las zonas petroleras, sobre todo en la Amazonía, fueron divididas en "bloques", que se han otorgado en concesión a una variedad de compañías transnacionales. El impacto de estas actividades sobre el medio ambiente y las condiciones de vida de las poblaciones locales, sobre todo indígenas, ha sido considerable y ello ha generado situaciones de tensión y conflicto entre algunas comunidades indígenas, las empresas petroleras y el estado ecuatoriano.

19. Un caso emblemático es el de la comunidad indígena kichwa de Sarayaku asentada en la provincia de Pastaza en la Amazonía. El territorio ancestral del pueblo de Sarayaku en Pastaza fue reconocido por el Ecuador legalmente en 1992. Cuatro años más tarde, el Estado celebró un contrato de participación con la empresa argentina Compañía General de Combustibles (CGC), para la exploración y explotación petrolera de 200.000 ha en el bloque 23, el 65% del cual comprende el territorio ancestral del pueblo de Sarayaku y otras comunidades indígenas. La comunidad de Sarayaku denuncia que el contrato fue suscrito sin haber sido consultada y sin su consentimiento previo e informado, y alega el incumplimiento del Convenio Nº 169 de la OIT, ratificado por el Ecuador con posterioridad a la concesión petrolera. Sarayaku también pueblo ha protestado y exige el retiro de la empresa, aunque hay miembros de otras comunidades indígenas en el territorio de Sarayaku que desean mantener una relación de trabajo con la empresa que les proporciona ingresos y algunos servicios. A raíz de ello, se ahondaron las divisiones entre grupos al interior de la comunidad.

20. Miembros de la comunidad de Sarayaku se quejan de que la actividad petrolera ha producido la contaminación de sus ríos y ha afectado la salud de los pueblos indígenas de la región. En 2003, la dirigencia de la comunidad denunció haber recibido amenazas, la militarización del territorio y el hostigamiento permanente a sus miembros por parte de grupos de seguridad privada al servicio de la empresa. El caso fue conocido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que solicitó al Gobierno medidas cautelares a favor de los miembros de la comunidad. Al no recibir respuesta satisfactoria del Estado y continuar las amenazas, la Comisión posteriormente llevó el caso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual ordenó medidas provisionales para la protección de los miembros del pueblo. Dichas medidas fueron reiteradas por la Corte en su resolución de junio de 2005, generando una respuesta limitada por parte de las autoridades.

21. También se ha denunciado la colocación de cargas explosivas en el territorio de Sarayaku para la prospección sísmica de la empresa petrolera, la destrucción de sitios sagrados y del bosque y plantíos. El Gobierno informó al Relator Especial de que algunas de las quejas han sido atendidas,

pero que el retiro de las cargas explosivas tendría un costo demasiado alto. En marzo de 2006, ante una nueva audiencia en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, los representantes del Estado ecuatoriano presentaron una solución amistosa a Sarayaku, que en síntesis consistía en el retiro voluntario de la empresa CGC del bloque 23, el reconocimiento y la presentación de disculpas publicas por violaciones de derechos humanos cometidas en contra de Sarayaku, el establecimiento de un fondo económico para el centro-sur amazónico y la introducción de reformas al reglamento de consulta previa en materia de hidrocarburos. La propuesta fue rechazada por la comunidad hasta que la Comisión o la Corte se pronunciaran sobre el fondo del asunto. La Defensoría del Pueblo de Ecuador, junto con la comunidad de Sarayaku, ha pedido que el Estado cumpla con las medidas determinadas por la Comisión y la Corte; el Relator Especial recibió información de que esto aún no ha acontecido.

22. Las relaciones entre el Estado ecuatoriano, las empresas petroleras (nacionales y transnacionales) y las comunidades indígenas constituyen un cuadro complejo que requiere toda la atención de las autoridades y de los defensores de los derechos humanos. Un dirigente de la empresa estatal petrolera aseguró al Relator Especial que en algunas regiones las empresas cumplen cuidadosamente con las normas legales, ajustan sus actividades a los requerimientos ambientales y de derechos humanos y mantienen relaciones satisfactorias con los miembros de las comunidades indígenas de las zonas en que están instaladas. Reconoció, sin embargo, que hay otras regiones en que este no es el caso y en donde prevalece, en sus propias palabras, "el caos del caos".

23. Si bien la empresa estatal PetroEcuador ofrece una participación abierta a los pueblos indígenas en los proyectos de explotación petrolera, las organizaciones indígenas denuncian que esto no siempre ha sido el caso. El Gobierno también informa de que ha jugado un papel importante en establecer un diálogo tripartito entre las compañías, el estado y las comunidades indígenas. En 2002, después de casi 15 meses de negociaciones, se logró una norma de consenso para que las petroleras hicieran estudios de impacto ambiental antes de cada contrato, que según el gobierno ha funcionado bien. También se informa que las empresas petroleras contribuyen desde hace

siete años a un fondo para el desarrollo indígena, pero las organizaciones indígenas se quejan de clientelismo y prácticas paternalistas.

24. El Relator Especial recibió testimonios de numerosas comunidades indígenas que denuncian los efectos negativos que han sufrido a raíz del incumplimiento de las empresas petroleras con las normas de protección de los derechos humanos y del medio ambiente. En las denuncias recibidas se involucra a las empresas Texaco, Occidental, Chevron, Repsol, Shell y Perenco entre otras. La nacionalidad cofán denuncia deterioro y contaminación ambiental en sus territorios, problemas de salud infantil y de nutrición como efecto de las actividades petroleras y reclama que la empresa ejerce presiones contra las comunidades afectadas. En Orellana, 12 comunidades kichwas denuncian presiones y violación a sus derechos colectivos por parte de una empresa petrolera en el bloque 7. Este es uno de tantos casos en los que se pone de manifiesto la incompatibilidad entre los derechos colectivos constitucionales de los pueblos indígenas y las concesiones petroleras otorgadas por el Estado con la anuencia de algunas comunidades. En ausencia de una política social del Estado, la población indígena local debe contentarse con los mínimos servicios sociales proporcionados por las empresas petroleras, y se queja además de que no se aplica adecuadamente su derecho colectivo a la consulta previa libre e informada, garantizado en la Constitución. Para cumplir con el principio constitucional a la consulta, fue expedido en 2002 el Reglamento de Consulta y Participación, cuya derogación ha sido pedida por las organizaciones indígenas debido a sus limitaciones y problemas, y a los numerosos conflictos que ha generado su aplicación en diversas regiones.

25. Entre las denuncias presentadas al Relator Especial destacan los contratos de prestación de servicios de seguridad entre las empresas petroleras y las Fuerzas Armadas, que en ocasiones han sido acusadas de cometer abusos y actos de violencia contra las poblaciones indígenas locales. El Ministro de Defensa aseguró al Relator Especial que estos contratos se habían suspendido durante su gestión. Aun así se siguen denunciando violaciones a los derechos humanos de los indígenas, incluyendo actos de persecución, torturas, tratos degradantes y detenciones ilegales en contra de dirigentes de organizaciones opositoras. Se informa de que los responsables de las violaciones señaladas no han sido sancionados.

B. La situación de los indígenas en la frontera norte

26. La frontera entre el Ecuador y Colombia se extiende por varias provincias de la costa, la sierra y la región amazónica, en las que habitan seis pueblos indígenas: awá y kichwa, de la Sierra; y cofán, siona, secoya y kichwa, de la Amazonia. Los principales problemas para las comunidades se han originado por la implementación del Plan Colombia, el narcotráfico, la expansión de las empresas palmicultoras y petroleras y por la poca presencia de las instituciones del Estado para proteger y garantizar los derechos de estos pueblos indígenas.

27. El pueblo awá ha sido particularmente afectado por estos procesos. Los 3.500 awás que viven en el Ecuador, al que se le han reconocido 36.000 ha de las aproximadamente 120.000 ha que constituye su territorio ancestral, viven en la extrema pobreza en las provincias fronterizas de Carchi, Esmeraldas e Imbabura. Además de carecer de los servicios básicos de electricidad, teléfono, agua potable y alcantarillado entre otros, enfrentan las presiones de las empresas madereras sobre sus bosques, de las empresas mineras auríferas, que disponen de concesiones desde el decenio de 1980, y de las empresas palmicultoras. Estas actividades están ejerciendo presión sobre los recursos de los awás, obligando a muchos de ellos a emigrar a las ciudades.

28. El problema actual más agudo en la región es la práctica de fumigación aérea con glisofato mezclado con otros productos de los plantíos ilícitos del lado colombiano, que se inscribe en el marco del Plan Colombia (véase informe del Relator Especial sobre Colombia, documento E/CN.4/2005/88/Add.2). Los daños reportados por esta práctica se han extendido a la población ecuatoriana, sobre todo a las comunidades indígenas, y han sido motivo de reclamos por parte del Gobierno del Ecuador y de negociaciones bilaterales entre ambos países. Algunos estudios internacionales indican que esta práctica tiene efectos negativos sobre los recursos del medio ambiente y la salud de las personas y de los animales. Se señalan enfermedades de la piel y otras, la contaminación de ríos y mantos acuíferos, y otros daños. Asimismo, dichas fumigaciones son percibidas como la causa de graves afectaciones a las plantaciones de plátano y de diversas variedades de tubér-

culos que constituyen la base de la alimentación local. A esto hay que agregar que la población suele tomar el agua del río que constituye la frontera entre los dos países sin tratamiento alguno.

29. En algunas de las comunidades de Sucumbíos se observa la desaparición de los cultivos de ciclo corto en menos de 15 días tras las fumigaciones. Se informa de que cuatro años después del comienzo de las fumigaciones algunos cultivos de plátanos, guineos, oritos, yuca, maíz, frutales y determinadas hierbas aromáticas habrían desaparecido o disminuido considerablemente sus rendimientos. Se alega que las fumigaciones han tenido además un efecto negativo en la salud y la soberanía alimentaria de las poblaciones fronterizas al contaminar sus fuentes de agua y la vida acuática. En muchos ríos, entre ellos el río Mira en la provincia de Esmeraldas, se denuncia la existencia de un gran porcentaje de restos del producto químico utilizado en las fumigaciones que se llevan a cabo en Colombia. La situación de las comunidades asentadas en las riberas del río es preocupante debido a que el río se utiliza para el uso doméstico de las comunidades.

30. Particularmente preocupante es la vulnerabilidad de ciertas comunidades indígenas de la zona, incluidos los awás, que además de los impactos de las fumigaciones se quejan de ser objeto de otros abusos y violaciones de sus derechos. Como consecuencia de las fumigaciones se denuncia además que sus derechos a la alimentación y a la salud se han visto afectados.

Se informa de que tras las fumigaciones se produjo el desplazamiento de toda la comunidad de Sumac Pamba, que no volvió a su lugar de origen. En consecuencia, parece que la biofauna, que servía para el consumo diario, doméstico y de recreo, ha muerto y diversas actividades se han visto afectadas por la imposibilidad de utilizar el agua contaminada. Las fumigaciones parecen producir la destrucción de los cultivos de subsistencia, el empobrecimiento de la calidad del suelo, y la reducción de la capacidad productiva de las cosechas, lo cual no sólo repercute en las actividades económicas de las comunidades sino también en el acceso de la población a una alimentación adecuada. Además de los desplazamientos involuntarios como resultado de estos hechos, se debe agregar la falta de acceso a servicios públicos y la militarización de la zona fronteriza.

31. Otro estudio realizado en la provincia de Sucumbíos sobre la niñez y la educación en las escuelas de frontera concluye que desde la implementación del Plan Colombia, ha aumentado el conflicto armado y la violencia en la zona, la población escolar se ha reducido en un 50%, los niños que asisten a la escuela lo hacen de manera irregular, las condiciones en que trabajan los profesores son precarias porque la zona es de alto riesgo, en el 45% de las escuelas visitadas prevalecen condiciones de insalubridad, los niños se enferman durante algunos meses por efectos de las fumigaciones, y sólo la mitad de los profesores tienen materiales didácticos.

32. El Gobierno del Ecuador está preocupado por los efectos de estas prácticas sobre la población indígena fronteriza y ha iniciado negociaciones bilaterales con el Gobierno de Colombia. Como resultado de las negociaciones, el Gobierno de Colombia anunció la suspensión de las aspersiones pero la controversia no está aún definitivamente resuelta. Ecuador solicita que se suspendan definitivamente las fumigaciones en una franja de 10 km a lo largo de la frontera. Si bien los diferentes estudios técnicos sobre el impacto ambiental de las fumigaciones con glisofato han dado resultados diversos, el Relator Especial recibió testimonios de miembros de las comunidades afectadas que indican claramente que los efectos de tales prácticas no son desdeñables a largo plazo.

33. Un estudio internacional realizado en marzo 2006 concluye que es "urgente iniciar una investigación profunda sobre la situación que afecta al pueblo indígena awá y que esta vinculada a la consecuencias de las fumigaciones, al abandono del Estado". De este modo, los indígenas awás demandan: "verificación del efecto de las fumigaciones, el suficiente apoyo para la salud indígena, la creación de un Departamento de Salud para la nacionalidad awá, la denuncia de la invasión territorial, el desalojo y las amenazas paramilitares que se dan en el marco del Plan Colombia y que afecta a los indígenas awás colombianos y ahora ecuatorianos y, la realización de campañas permanentes de vacunación".

34. Por tratarse de un problema que afecta a poblaciones indígenas y no indígenas de ambos lados de la frontera, en 2004 tuvo lugar una mi-

sión entre organismos de las Naciones Unidas en la zona, que derivó en la preparación de un informe para el Gobierno del Ecuador. Sobre la base de dicho informe, las Naciones Unidas establecieron en 2005 el Programa entre Organismos de Paz y Desarrollo en la Frontera Norte, con el objetivo de proveer un marco coordinado de actuación a ambos lados de la frontera. Asimismo, en 2006, por solicitud del Gobierno del Ecuador, una misión técnica de las Naciones Unidas abordó la cuestión de las fumigaciones de glisofato. El informe de dicha misión fue transmitido al Gobierno de Colombia. Según las últimas informaciones, éste último habría cesado las fumigaciones dentro de una franja de 10 km de la frontera ecuatoriana.

35. El narcotráfico ha erosionado la cultura de siembra, ecológicamente armoniosa, introduciendo como elemento ilícito de supervivencia "el raspado", es decir la sustitución de los cultivos tradicionales por el de la hoja de coca a pequeña escala. Ha aumentado el número de refugiados provenientes de las zonas de conflicto en Colombia. La presencia de militares, guerrilleros y narcotraficantes en la zona vecina de Colombia, según los testimonios recibidos, ha impactado negativamente en las condiciones de vida de los pueblos indígenas fronterizos. Se denuncian actos de violencia y acoso, en particular contra las mujeres; un incremento alarmante de la explotación sexual de mujeres, niñas y adolescentes; y el tráfico de personas, así como de campesinos indígenas ecuatorianos, incluyendo menores de edad, para labores de plantíos ilícitos del lado colombiano de la frontera.

36. La expansión de las empresas palmicultoras, según se denuncia, ha despojado progresivamente a las comunidades de sus territorios ancestrales. Un estudio señala que en la actualidad más de 60.000 ha están en sus manos; de ellas 30.000 están sembradas y las proyecciones hacen referencia al interés de llegar a los 150.000 ha con préstamos provenientes del Brasil. La conflictividad de la zona afecta de modo específico a las mujeres, niñas y adolescentes de las comunidades asentadas en zonas de influencia directa e indirecta del conflicto de la frontera norte.

C. Los pueblos no contactados y los riesgos para su existencia

37. Desde la década de 1960 los huaoranis (huao tiriro), ubicados en la selva nororiental de la Amazonía ecuatoriana, comenzaron a sentir las presiones crecientes de las empresas petroleras y madereras por una parte y, por la otra, del Instituto Lingüístico de Verano (ILV), una organización evangélica norteamericana. La labor del ILV favoreció las actividades de los intereses económicos que querían aprovechar los recursos naturales de la región. Por aquellos años el Estado fomentaba la colonización de la zona, introduciéndose la actividad petrolera y expandiéndose la frontera agrícola. Estas acciones conllevaron un aumento de la población no indígena que a fines del siglo XX ya alcanzaba el 80% de la población de la zona. La rápida transformación de esta zona ocurrió con diversos enfrentamientos violentos con los pueblos originarios de la Amazonía que debilitaron progresivamente a los grupos familiares huaoranis y el exterminio de los tetetes en la zona Aguarico-Napoas.

38. En pocas décadas estos procesos modificaron de modo agresivo las condiciones de vida y la cultura del pueblo huaorani que logró organizarse en defensa de sus derechos colectivos, territoriales, económicos solamente en los últimos años. Como consecuencia de estas presiones, algunos clanes se separaron del grupo central huaorani y se fueron adentrando en la selva, en donde rehuyeron todo contacto con el mundo exterior. Sin embargo, como resultado de las incursiones petroleras de las últimas décadas, se han producido algunos encuentros violentos que han conducido a muertes entre ambas partes, pero principalmente entre los indígenas. A la incursión petrolera se le une ahora la tala ilegal de especies maderables de alto valor comercial, lo que ha promovido una mayor presión sobre los territorios de los pueblos en asilamiento voluntario, así como el incremento de la tensión interétnica.

39. En la década de los noventa el Estado reconoció a los huaoranis un territorio de 700.000 ha, un área inferior a la de su territorio tradicional, incluyendo áreas desmembradas al Parque Nacional Yasuní. El área reconocida a los huaoranis incluye también la región en donde se ocultan los tagaeri-taromenani, pueblos no contactados de recolectores-cazadores se-

minómadas, hoy llamados también pueblos en aislamiento voluntario, a quienes se les decreta en 1999 un "territorio intangible" zona de conservación vedada a perpetuidad a todo tipo de actividad extractiva. Los límites exactos de esta vasta zona selvática no están aún determinados y no se sabe con exactitud a cuantas personas asciende la población indígena que se pretende proteger con esta acción.

40. El Estado no tiene en la zona la presencia suficiente ni un plan de manejo cuidadosamente elaborado para poder impedir la incursión progresiva de colonos y madereros ilegales ecuatorianos y colombianos o evitar la creciente presencia del llamado "turismo ecológico" internacional. Esta situación ha conducido a toda una serie de incidentes violentos entre los invasores (que en su mayoría son también grupos de parentesco huaorani) y los grupos aislados en las últimas décadas. En 2003 se registró una matanza que dejó al menos 20 muertos y en abril de 2006, durante la visita del Relator Especial, se reportó otro encuentro violento con víctimas, aunque hasta el momento no se ha podido confirmar la veracidad o el alcance de este caso. El territorio que el Estado atribuye a los tagaeri-taromenani colinda con territorios semejantes en los países vecinos de Colombia y Perú. Solamente una acción concertada internacional a largo plazo podrá salvar a estos pueblos de la extinción. En el momento de finalización del presente informe no se había podido obtener información que corroborase una acción regional conjunta en este campo.

41. En 1995 la Organización de Estados Americanos (OEA) sugirió al Gobierno del Ecuador establecer medidas especiales de protección para los tagaeri-taromenani. Según informaciones recibidas por el Relator Especial, hasta el año 2006 el Estado no había cumplido plenamente con estas recomendaciones ni con las disposiciones contenidas en el Decreto ejecutivo de 1999 que crea la zona de intangibilidad, en el cual estaría vedada todo tipo de actividad extractiva. El Gobierno sigue haciendo concesiones petroleras en el territorio intangible y permite la explotación de especies maderables prohibidas por la Convención sobre el comercio internacional de especies amenazadas de fauna y flora silvestres.

D. Los páramos en la región andina

42. Las comunidades indígenas de la Sierra ecuatoriana tienen una larga historia de integración armónica y productiva con el medio ambiente. Sus formas tradicionales de organización social y económica les han permitido mantener una economía campesina de supervivencia y la satisfacción de sus necesidades básicas durante muchas generaciones. Este equilibrio se ha roto en décadas recientes por el creciente deterioro ambiental y la presión demográfica sobre los recursos naturales.

43. El deterioro ambiental que se denuncia en los páramos de la región andina ha afectado a las condiciones de vida de las comunidades kichwas de la sierra, así como a sus recursos acuíferos, suelos y bosques. Los páramos, que constituyen un ecosistema sumamente frágil y son esenciales para la conservación del agua, están amenazados junto con las comunidades que constituyen parte de este hábitat. Se han constituido los llamados "corredores ecológicos" con fines conservacionistas y participación de ONG y organismos privados internacionales.

Las organizaciones indígenas de la región reclaman el derecho a ser partícipes plenos en la conservación y forestación y demandan que el gobierno establezca la normatividad correspondiente. Se señala que uno de los problemas graves es el agotamiento del agua en los páramos que está teniendo consecuencias gravísimas en las comunidades. El deterioro ambiental conduce al empobrecimiento de las comunidades y la creciente emigración en busca de oportunidades alternativas.

E. Migraciones y condiciones socioeconómicas

44. La creciente densidad de población y la disminución de los recursos agrícolas, forestales y acuíferos en la región de la sierra, así como la pobreza y el desempleo, han impulsado la emigración de campesinos indígenas a las ciudades, a las zonas bajas sobre todo en el Oriente ecuatoriano, y al extranjero. Entre los emigrantes ecuatorianos a América del Norte y Europa se encuentran numerosos indígenas. La problemática de la migración es una de las cuestiones más serias en el país y tiene importantes implicacio-

nes en materia de derechos humanos, situación ya señalada en 2001 por la Relatora Especial sobre los derechos humanos de los migrantes. La situación de las mujeres indígenas se presenta como particularmente desoladora.

45. Diversos estudios señalan además que la migración internacional en general, y la indígena en particular, han tendido a feminizarse en los últimos años como respuesta, entre otros, a la incorporación de las mujeres a la actividad productiva y remunerada. Esta tendencia también se observa en el Ecuador. Debido a la discriminación de la que son víctimas, las mujeres indígenas se encuentran en una situación de vulnerabilidad persistente en el circuito migratorio, convirtiéndose en presa fácil de redes de trata y tráfico así como de innumerables abusos en el ámbito laboral.

46. En 2003 el Comité contra la Discriminación Racial concluyó que a pesar de las garantías constitucionales y legales, los pueblos indígenas y las poblaciones afroecuatorianas seguían siendo discriminadas, y también llamó la atención a la doble discriminación que sufren las mujeres. En 2004 el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales expresó su preocupación ante el insuficiente esfuerzo gubernamental para mejorar la regulación en materia de salud y seguridad en el trabajo, en particular en el sector minero y en las plantaciones de plátano. El Relator Especial pudo comprobar in situ que éstos continúan siendo problemas que necesitan la acción inmediata del Gobierno.

47. Otro problema señalado con frecuencia se refiere a las nefastas condiciones laborales de los trabajadores, mayoritariamente indígenas, de las plantaciones de flores para la exportación, que sufren problemas de salud debido a la falta de higiene en el trabajo. Particularmente vulnerable es la situación de miles de niños y jóvenes que son explotados sin supervisión del Estado. En Cotopaxi, por ejemplo, se denuncia la existencia de haciendas donde los trabajadores viven situaciones que recuerdan a las peores épocas de la esclavitud, pagándoles a menudo 2 ó 3 dólares por jornada de 20 horas al día.

48. El pueblo épera de Esmeraldas, la etnia más pequeña del Ecuador, cuyo asentamiento actual en el territorio ecuatoriano data del decenio

de 1950, ha denunciado la falta de tierras. Sus 400 miembros solamente poseen 330 ha de terreno. Su principal fuente de agua, el río Cayapa, está contaminado y se está secando. En consecuencia los habitantes de la comunidad sufren diversas enfermedades. También reportan importantes carencias en materia de servicios sociales básicos. Si bien se les adjudicó la tierra, no ha habido proyectos de desarrollo para mejorar su situación. Muchos miembros de la comunidad emigran para buscar otras oportunidades. Por otra parte, llegan otros éperas de la vecina Colombia, huyendo del conflicto armado, cargando la ya precaria economía familiar local.

49. La nacionalidad tsaíchila en Santo Domingo de los Colorados se queja de la pérdida sistemática de su territorio, la contaminación de ríos y suelo, el déficit habitacional, fallas en la educación intercultural bilingüe, deficiente servicio de salud y bajos indicadores de salud, insuficiente apoyo estatal a programas de desarrollo y del poco presupuesto municipal. Se pide el fomento del desarrollo con identidad que lleve oportunidades a las comunidades y que frene el drenaje migratorio de sus miembros.

50. El cantón de Guamote fue establecido en 1944 y ahora cuenta con 35.600 habitantes, de los cuales el 90% es indígena. Es uno de los cantones con el mayor grado de analfabetismo debido a la falta de asignación de recursos desde la provincia y desde la nación. En el área de salud, hay una alta tasa de mortalidad infantil, y graves problemas de salud, y falta asistencia técnica adecuada para la producción hay falta de asistencia técnica adecuada. Todo ello ha conducido a la creciente emigración de su población.

51. Ante estos problemas, el Estado ha promovido, entre otros, el Proyecto de Desarrollo de los Pueblos Indígenas y Negros del Ecuador (PRODEPINE), cuya primera fase duró 4 años (1998-2002) con una inversión de 50 millones de dólares de los Estados Unidos de América. En este proceso intervinieron el Banco Mundial y el Fondo Internacional de Desarrollo Agrícola (FIDA), las organizaciones indígenas y negras y el gobierno nacional. Este proyecto fue desaprobado en el seno de una asamblea de la CONAIE por su injerencia nociva en el tejido organizativo de las nacionalidades indígenas y fue descontinuado.

F. Indicadores de bienestar social

52. El Ministerio de Vivienda informa de que existe un importante déficit de vivienda en el país, alrededor de 1.100.000 viviendas. También es crítica la situación de provisión de agua potable así como la recolección y destrucción de residuos sólidos. El Gobierno se ha propuesto solucionar estos problemas en un 70% en los próximos 15 años, pero no dispone de los recursos necesarios. Una encuesta sobre la salud indígena en 2004 señala que entre los indígenas el porcentaje que dispone de agua corriente es tres veces menor que entre el resto de la población, y el porcentaje de facilidades sanitarias domésticas con conexión a alcantarillado es también tres veces menor. El 23% de los hogares indígenas no cuentan con alimentación suficiente y el 36% tiene dificultades para pagar los gastos de alimentación (cifra superior a la de los mestizos). La mortalidad infantil (menores de 5 años) de los indígenas es superior en un 50% (51 por 1.000 nacidos vivos) a la del promedio nacional (35 por 1.000 nacidos vivos) La desnutrición crónica entre niños indígenas (46,7%) es más del doble que la de los niños mestizos (21,2%).

53. La Dirección Nacional de Salud de los Pueblos Indígenas señala que la salud indígena no ha recibido la atención que merece dentro de la política general del gobierno. Se reconoce el problema y la necesidad de prestarle atención pero no se dedican los recursos necesarios. Existen 93 iniciativas de salud de los pueblos indígenas promovidas por la Organización Panamericana de Salud (OPS) y la Organización Mundial de la Salud (OMS) para que el modelo de salud del gobierno sea efectivamente intercultural. Sólo el 0,25% del presupuesto total del Estado se dedica a este rubro.

54. La sección de la región andina del Fondo de las Naciones Unidas para el Desarrollo de la Mujer (UNIFEM) ha desarrollado un programa enfocando a las mujeres indígenas, especialmente para combatir la pobreza y la exclusión, la violencia, la equidad de género en procesos democráticos y construcción de ciudadanía, la lucha contra el VIH/SIDA, a través de, entre otros, un proyecto en Sucumbíos y otro con mujeres indígenas migrantes de la sierra. G. Participación política y movimiento social indígena

55. Una misión de observación electoral intercultural realizada en varias provincias durante las elecciones seccionales en 2004 concluye que existe maltrato y discriminación étnica dentro de los recintos electorales, lo cual continúa siendo un factor importante de exclusión política de los pueblos indígenas. El estudio concluye que el Tribunal Supremo Electoral promueve las prácticas discriminatorias en contra de los ciudadanos indígenas, ante la ausencia de una política explícita de promoción de los derechos de los pueblos indígenas dentro del proceso electoral.

56. Desde 1996 el movimiento Pachakutik –brazo político de la organización indígena CONAIE– había logrado algunos puestos electorales a nivel local. En las elecciones de mayo de 2000 alcanzó el mayor logro electoral desde su creación y posteriormente participó por corto tiempo en el gobierno nacional. En el proceso electoral de 2006 participa nuevamente con su propio candidato a la Presidencia de la República.

57. Desde noviembre de 2003 el Gobierno ecuatoriano ha negociado un Tratado de Libre Comercio (TLC) con los Estados Unidos de América. Para el Gobierno, el grueso del sector empresarial y parte de la población, este tratado sería la solución a numerosos problemas económicos del país. Entre las organizaciones indígenas existe sin embargo inquietud sobre el impacto que el tratado pueda tener sobre la vida de las comunidades indígenas. El negociador del tratado por parte del Gobierno informó al Relator Especial de que se ha tratado de introducir en las negociaciones algunas de las cuestiones que preocupan a los indígenas. Por ejemplo, así se ha hecho en materia de biodiversidad y su relación con patentes, ámbito en el que por primera vez existe lenguaje en el borrador del tratado con respeto a los conocimientos de las comunidades, que deben ser consultadas y dar su consentimiento. También afirmó ser consciente del impacto que el tratado pudiera tener en el campo, sobre todo en las tierras y aguas de los pequeños productores indígenas, por lo que estas quedarían fuera del futuro tratado. Se piensa que algunos productos de consumo interno producidos sobre todo por los indígenas de la Costa, como son el arroz, la soja o la carne, sólo serían considerados en el trabajo tras un periodo de diez años, durante el cual el Estado debería aplicar políticas de apoyo a estos pequeños productores.

58. Las organizaciones indígenas expresaron ante el Relator Especial su desconfianza hacia el tratado y su desacuerdo con el Gobierno. Temen que los efectos sobre la economía indígena, sobre todo la de los pequeños productores, sean desastrosos, como lo han sido en otros países. Se exige que los indígenas sean consultados en cuanto a las negociaciones sobre el TLC y que sus necesidades sean tomadas en cuenta.

59. Las protestas indígenas contra el TLC durante los primeros meses de 2006 llamaron la atención poderosamente a la sociedad ecuatoriana. En marzo de este año las organizaciones indígenas plantearon, una vez más, un gran movimiento de protesta, con ocupación de carreteras y ciudades, que incluyeron una marcha hacia Quito y un paro de las autoridades indígenas locales. No sólo manifestaron su inconformidad con las políticas gubernamentales del TLC y otras, sino también contra las poderosas empresas petroleras.

60. En respuesta, el Gobierno declaró el estado de emergencia en varias provincias, y las organizaciones de la sociedad civil documentaron hechos de represión y brutalidad policial en varias partes del país (Imbabura, Pichincha, Chimborazo, Cotopaxi, Tungurahua, Cañar, Pastaza, Zamora). También fueron denunciados numerosos actos de discriminación étnica hacia los indígenas (particularmente hacia las mujeres), que han sido documentados por los medios de comunicación. Hubo también incidentes de violencia con heridos entre los manifestantes y entre las fuerzas del orden, así como detenidos indígenas. Algunos medios de comunicación instigaron al odio racial contra la población indígena, culpándola de la protesta social y de la conflictividad en la sociedad ecuatoriana. Después de algunas semanas fue levantado el estado de emergencia, pero las tensiones sociales en torno al TLC, las empresas petroleras y las políticas del gobierno seguían presentes durante la visita del Relator Especial.

H. La administración de justicia y la justicia indígena

61. La Constitución señala que habrá defensores públicos para las comunidades indígenas y que tendrán derecho a su lengua materna en las acciones iniciadas en su contra. También indica que las autoridades de los

pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario. No existen normas legales que precisen los alcances y formas de ejercicio de las funciones atribuidas a las autoridades indígenas en el artículo 191 de la Constitución, ni se ha expedido una ley que compatibilice tales funciones con el sistema judicial nacional. Desde 2002 se introdujo en el Congreso Nacional un proyecto de ley de compatibilización y de distribución de competencias en la administración de justicia, pero ante el informe desfavorable de la Comisión Especializada Permanente de lo Civil y lo Penal, la tramitación del proyecto fue paralizada.

62. La ausencia de normativa no ha impedido que en la práctica, y cada vez con mayor frecuencia, comunidades indígenas de varias regiones, apelando al derecho constitucionalmente establecido, recurran a sus autoridades y a lo que comprenden como sus usos y costumbres en materia jurídica, para dirimir conflictos de intereses y/o protegerse de agresiones externas. En este contexto se da cuenta de numerosos conflictos de competencia entre la autoridad indígena y la autoridad judicial, aparentes abusos por parte de las dos autoridades, prácticas de "justicia por mano propia" e incluso, de la existencia de grupos de autodefensa que dicen actuar al amparo del derecho consuetudinario indígena.

63. El Presidente de la Corte Suprema señaló al Relator Especial la necesidad de hacer compatible estos dos órdenes de justicia y mencionó varios casos en que los tribunales vuelven a juzgar casos ya juzgados y resueltos en la justicia indígena. La falta de reconocimiento de las decisiones basadas en el derecho consuetudinario es un tema crucial dentro del tema general de la falta de desarrollo legislativo de los avances constitucionales. También se habló de la necesidad de establecer una sala en la Corte que se ocupe de las cuestiones indígenas así como de una red de jueces de paz y jueces de derecho indígena. Es urgente que el Congreso considere la conveniencia de expedir una reglamentación del principio constitucional que reconoce la justicia indígena para su compatibilización con la justicia ordinaria.

64. La Dirección Nacional de Defensa de los Pueblos Indígenas de la Defensoría del Pueblo (DINAPIN) opera como parte de la Defensoría del Pueblo desde 2000. Tiene por misión velar y defender los derechos de las nacionalidades, pueblos y organizaciones indígenas del Ecuador mediante la difusión, la promoción y la defensa de los derechos de los pueblos y nacionalidades indígenas del Ecuador. Para atender esta tarea, la DINAPIN ha creado una red de promotores indígenas de los derechos humanos y colectivos a nivel nacional que, amparados con la ley del Defensor del Pueblo, tienen el rol de defender y difundir los derechos humanos y los derechos colectivos en las provincias del Ecuador. La Defensoría del Pueblo viene desplegando algunas iniciativas, limitadas al margen de su mandato, para proveer defensores de oficio, fomentar soluciones de conflictos intracomunitarios o excarcelar presos indígenas.

65. La dificultad de legislar sobre la justicia indígena y sus ámbitos de competencia deja un vacío significativo frente a contratos privados que son llevados adelante por representantes de las comunidades en idiomas ajenos como el español o el inglés, sobre figuras jurídicas especializadas del mundo de las finanzas y la propiedad intelectual que afectan a las personas y los territorios.

I. La educación intercultural bilingüe

66. La Dirección Nacional de Educación Intercultural Bilingüe (DINEIB), creada en 1987 y encargada por ley de los programas educativos para los pueblos y nacionalidades indígenas, cuenta con una infraestructura a nivel nacional pero sus recursos siguen siendo insuficientes para la tarea que tiene. En 2.802 centros educativos de 16 provincias, con unos 123.400 estudiantes de 14 nacionalidades, se imparte la educación intercultural bilingüe.

67. Sin embargo, no todos los niños indígenas tienen acceso a las escuelas. Un estudio en Cotopaxi señala que 526 niños del área rural se quedaron sin estudiar por la lejanía de los planteles en 2003. En las escuelas oficiales, el Gobierno maneja el Programa de Alimentación Escolar para los

niños indígenas, pero un estudio señala que más de 1,3 millones de alumnos no reciben regularmente el desayuno y el almuerzo previstos en el programa como elemento de reclamo para asegurar su escolarización.

68. Las escuelas "hispanas" (no interculturales ni bilingües) están por lo general mejor dotadas de recursos, por lo que muchos padres de familia prefieren que sus hijos atiendan las escuelas hispanas, quedándose las escuelas interculturales bilingües como escuelas para indígenas pobres. En cuanto a la educación indígena de calidad y culturalmente apropiada, el programa ecuatoriano de educación intercultural bilingüe es generalmente considerado como uno de los más exitosos en América Latina a pesar de las limitaciones señaladas.

69. Durante 2005, la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) realizó varias actividades y proyecto en el tema de la alfabetización y educación intercultural bilingüe, con la organización de dos talleres educacionales para el fortalecimiento de las Lenguas Originarias, en coordinación con la Dirección Nacional Intercultural Bilingüe (DINEIB), con el apoyo al Programa de Alfabetización y Educación para la Vida en el cantón de Cayambe. En el marco del Convenio suscrito por el Sistema de Naciones Unidas con el Consejo Provincial de Chimborazo, el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) propició el acceso de niñas y niños a la educación básica, a través de la implementación del Programa Sílabas. Por esta vía 5.182 niños de 5 años de la provincia recibieron textos escolares.

J. La cooperación internacional

70. El Estado ecuatoriano mantiene con la cooperación multilateral y bilateral internacional diversos programas dirigidos de manera explicita a los pueblos indígenas y afroecuatorianos. Existen proyectos en el campo de la educación intercultural bilingüe y en la formación de indígenas universitarios con la cooperación alemana a través del organismo GTZ. La Unión Europea coopera con un proyecto de crédito dirigido exclusivamente para mujeres en la provincia de Chimborazo y otro de desarrollo en la pro-

vincia de Cotopaxi con la contraparte del Consejo Provincial y el Movimiento Indígena y Campesino de Cotopaxi (MICC). La Agencia Española de Cooperación Internacional (AECI), con la contraparte del CODENPE, mantiene actualmente un proyecto de desarrollo con 31 municipios liderados por indígenas (los llamados "Municipios Alternativos").

IV. Conclusiones

71. En décadas recientes los pueblos indígenas del Ecuador han logrado importantes avances en el reconocimiento de sus derechos humanos y libertades fundamentales. Ecuador es constitucionalmente un país multicultural y multiétnico, que reconoce diversos derechos colectivos a las catorce nacionalidades indígenas del país.

72. Uno de los grandes desafíos que enfrenta el Ecuador es lograr la plena efectividad de los principios constitucionales en materia de derechos indígenas mediante la legislación secundaria y la reglamentación de los diversos derechos constitucionales. En este rubro se acumula un retraso preocupante ya que debido a la inestabilidad política de los últimos años, el poder legislativo no ha adoptado las leyes que se derivan de la Constitución en esta materia y que el país necesita.

73. Lo mismo ocurre con respecto a diversas instancias gubernamentales creadas por decreto presidencial o ministerial para atender los principales asuntos de interés para los pueblos indígenas, como son el CODENPE, la DINEIB, la DNSI y la DINAPIN. Estas instituciones en las que participan activamente representantes de los pueblos indígenas carecen de sustento legislativo y cuentan con pocos recursos presupuestarios que les permitan atender adecuadamente las necesidades de estos pueblos.

74. Particularmente sensible es la situación de los indígenas en el sistema de administración de justicia y la compatibilización entre la justicia ordinaria y la justicia indígena reconocida en la Constitución.

75. Los datos disponibles indican que, por lo general, los indígenas sufren en mayor grado de pobreza y pobreza extrema y acusan menores índices de desarrollo social y humano que otros sectores de la población. En los corredores interandinos y los páramos de la cordillera en donde la presión demográfica sobre los pocos recursos de la tierra es mayor, la productividad agrícola y los niveles de vida de los indígenas son precarios, por lo que se genera una creciente emigración hacia las ciudades y el extranjero, fenómeno que afecta particularmente a las comunidades indígenas. En este marco se encuentran en especial situación de vulnerabilidad las mujeres y la niñez indígena.

76. Ecuador ha logrado algunos logros importantes en materia de educación intercultural bilingüe y con la aplicación del concepto de interculturalidad en la atención a la salud de los pueblos indígenas, pero estos programas aún son débiles por insuficiente institucionalización y falta de recursos. La cooperación internacional y el sistema de las Naciones Unidas manejan algunos programas de apoyo a los indígenas en estas áreas.

77. Desde hace algunas décadas la economía del Ecuador depende de manera importante de la exportación de hidrocarburos. La explotación del petróleo se realiza sobre todo en territorios indígenas, en donde tiene efectos negativos sobre el medio ambiente y las condiciones de vida de las comunidades. Esta situación ha conducido a numerosos conflictos entre el Estado ecuatoriano, las empresas petroleras y las comunidades indígenas que se oponen a las operaciones de dichas empresas. Los indígenas reclaman la aplicación plena de su derecho al consentimiento mediante la consulta previa libre e informada.

78. Condiciones semejantes imperan entre las comunidades del Amazonas que se enfrentan a las actividades (a veces ilícitas) de compañías mineras y madereras, plantaciones de palma y otras. Entre las nacionalidades indígenas de la frontera norte, esta situación se complica por las fumigaciones aéreas de cultivos ilícitos que se realizan en el marco del Plan Colombia en el vecino país, que tienen efectos negativos sobre las poblaciones indígenas ecuatorianas fronterizas. En estas regiones es de particular preocupación la situación vulnerable de algunos pueblos indígenas que viven en aislamiento

voluntario en la selva, y cuya sobrevivencia y territorio intangible se ven amenazados por las presiones ejercidas por actividades madereras ilícitas y la penetración de colonos entre otros.

79. La utilización de elementos de las fuerzas armadas para asegurar los intereses de las empresas petroleras, mineras y madereras que operan en territorios indígenas ha sido el origen de diversos abusos y denuncias y ha conducido a numerosos incidentes con la población indígena que se queja de la militarización de sus comunidades.

80. En marzo de 2006 se produjeron violaciones a los derechos humanos de numerosos indígenas que protestaban contra el Tratado de Libre Comercio que el Ecuador estaba negociando con los Estados Unidos de América, situación que provocó la declaración del estado de emergencia en algunas provincias y el uso desmedido de la fuerza pública contra los manifestantes.

V. Recomendaciones

A. Materia legislativa

81. Se recomienda al Congreso Nacional del Ecuador que proceda a legislar en materia de los derechos colectivos de las nacionalidades, pueblos y comunidades indígenas tal como estos están establecidos en la Constitución Política del país, especialmente en materia de: administración de justicia; circunscripciones territoriales indígenas; reglamentación de las actividades económicas petroleras, mineras, madereras, agrícolas, pesqueras, turísticas y otras que tienen relación con la explotación de los recursos naturales en territorios indígenas; educación intercultural bilingüe; conservación y preservación del patrimonio cultural de los pueblos indígenas; respeto y protección de los pueblos en aislamiento voluntario; derecho a la consulta y al consentimiento previo libre e informado de acuerdo a la normativa internacional; servicios de salud indígena; prevención y sanción de los delitos sexuales, la explotación en condiciones de servilismo, forzada y comercial de niñas, adolescentes y mujeres pertenecientes a pueblos y nacionalidades; ex-

tensión de servicios sociales diversos en comunidades indígenas; biodiversidad, preservación y manejo del medio ambiente; planes y proyectos de desarrollo económico; defensoría de los derechos humanos de los pueblos indígenas; y formas de gobierno indígena local, comunal y seccional.

82. Se recomienda que se refuercen los mecanismos legislativos que contribuyan a la estabilidad de la institucionalidad indígena en los diversos cuerpos establecidos. En concreto, se recomienda que la Dirección de Educación Intercultural Bilingüe, de Salud Intercultural y el Consejo de Nacionalidades del Ecuador (CODENPE) sean institucionalizados mediante ley y que se les asignen los recursos necesarios para que puedan estas instituciones elevar su nivel de calidad en la prestación de sus servicios.

83. Se recomienda que se apruebe la ley de compatibilización y de distribución de competencias entre el derecho indígena y el derecho ordinario y que el Gobierno solicite a la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos apoyo técnico para el desarrollo legislativo de la justicia indígena.

84. Se recomienda que se capacite a todas las autoridades ecuatorianas, en especial a notarios y registradores de la propiedad, sobre el régimen atinente a los territorios indígenas ancestrales e históricos y la creación de derechos reales en ellos.

B. Frontera norte y medio ambiente

85. Se recomienda a los gobiernos del Ecuador y Colombia que nombren una comisión internacional independiente para estudiar los efectos de las fumigaciones aéreas sobre las poblaciones indígenas fronterizas y recomiende las medidas correspondientes vinculantes para estos gobiernos para resarcir los daños.

86. Se recomienda al Gobierno de Colombia que suspenda definitivamente las fumigaciones aéreas de los cultivos ilícitos en la región fronteriza con el Ecuador.

87. Se recomienda al Gobierno del Ecuador que diseñe y aplique un plan de emergencia (en consulta con los pueblos indígenas de la región) para hacer frente a la crítica situación de las comunidades indígenas fronterizas (especialmente los awás) como resultado del impacto que ha tenido el conflicto interno en Colombia, las actividades ilícitas de cultivo y tráfico de estupefacientes, el deterioro del medio ambiente, el influjo de refugiados indígenas del vecino país, la situación de inseguridad y violencia en la zona. Deben ser revisadas las concesiones que se han dado a las diversas empresas petroleras y mineras. El Estado debe generar políticas públicas encaminadas a proteger a los distintos sectores, pueblos y comunidades que viven en la zona de la frontera norte, con plena participación de estos pueblos, incluyendo el ejercicio de la consulta previa libre e informada.

88. Se recomienda al Estado ecuatoriano que implemente medidas de control riguroso sobre las especies maderables en los territorios indígenas, especialmente entre los pueblos en aislamiento voluntario (incluyendo la Convención sobre el comercio internacional de especies amenazadas de fauna y flora silvestres) y concertar acciones con las demás instancias estatales para un resguardo efectivo del comercio y la exportación de todas las especies.

C. Consulta, participación y reconocimiento

89. Se recomienda al Estado ecuatoriano en todas sus instancias que cumpla con las disposiciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Sarayaku, y en especial al Procurador General del Estado que observe con decisión la defensa irrestricta de la Comunidad de Sarayaku, sus derechos, su territorialidad y la vida e integridad física de todos sus integrantes.

90. Deberá reconocerse el territorio ancestral del pueblo shuar y otros pueblos de la Amazonía que aún no han recibido ese reconocimiento.

D. Actividades de seguridad, protesta social y justicia

91. Se recomienda a las fuerzas armadas que se abstengan de celebrar convenios de prestación de servicios con las empresas petroleras que pudieran lesionar los derechos de las comunidades indígenas en cuyos territorios operan.

92. Se recomienda al Estado ecuatoriano que se investiguen a fondo las acusaciones de abusos y violencias contra miembros de las comunidades indígenas cometidas por algunos elementos de las Fuerzas Armadas al amparo de dichos convenios y que sean sancionadas las personas responsables; que se prevenga toda relación malsana entre las empresas mencionadas y las Fuerzas Armadas que tenga por objeto defender los intereses económicos privados de las empresas y pudiera lesionar los derechos legítimos de los pueblos y comunidades indígenas en las regiones afectadas por las actividades de las empresas petroleras.

93. Ante la reacción desmedida de las autoridades a la protesta social de las organizaciones indígenas contra el Tratado de Libre Comercio durante el estado de emergencia, se recomienda que el Gobierno realice una investigación a fondo de los hechos y aplique la ley a quienes cometieron abusos de los derechos humanos contra los manifestantes indígenas y otros.

E. Pueblos en aislamiento voluntario

94. Se recomienda al Consejo de Derechos Humanos que haga un llamamiento a los tres países involucrados en la protección de los pueblos que se encuentran en aislamiento voluntario (Ecuador, Colombia y Perú) y a la comunidad internacional para que junten esfuerzos y recursos con el objeto de proteger y salvaguardar los pueblos indígenas en peligro de extinción que viven en la región amazónica. (El Relator Especial dirigió una recomendación en este sentido al Gobierno colombiano después de su misión a ese país en 2005.)

95. En la zona intangible y el Parque Nacional Yasuní deberá suspenderse cualquier actividad petrolera, sancionarse la extracción ilegal de madera

y/o cualquier otra actividad que lesione la paz de los pueblos en aislamiento voluntario, elaborarse un plan integral de reconversión del sistema económico local en las regiones habitadas por los huaoranis y establecerse controles reales y efectivos que eviten la salida de madera de todo el territorio.

96. Es preciso elaborar a la brevedad la normativa nacional necesaria para la promoción, protección y garantía de los derechos de los pueblos en aislamiento voluntario, en estricto apego al Convenio Nº 169 de la OIT y a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas adoptada por el Consejo de Derechos Humanos.

97. En la región andina, se recomienda que el Estado tome en consideración la realidad intercultural de la zona, así como las necesidades y los derechos de las comunidades indígenas, en toda actividad estatal relativa a la conservación, el manejo y el desarrollo de los corredores interandinos, bosques y páramos de esta región, respetando las tierras y territorios de las nacionalidades y pueblos indígenas.

F. Cooperación internacional y la academia

98. Se recomienda a la cooperación internacional que tome en consideración y preste atención prioritaria a la agenda indígena en las distintas áreas de su especialidad.

99. Se recomienda a las instituciones universitarias y de investigación en Ecuador y en el extranjero que centren su atención y adapten sus programas a los principios constitucionales de multiculturalidad y la promoción de los derechos humanos de los pueblos indígenas.

Informe del relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas

Misión Ecuador - 2009

James Anaya

Resumen

El presente informe es el segundo que presenta al Consejo de Derechos Humanos el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, de conformidad con la resolución 6/12 del Consejo. En el informe el Relator Especial hace una reflexión sobre su mandato en comparación con el del Foro Permanente de las Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas y el del Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas, del Consejo de Derechos Humanos, y señala las esferas de posible cooperación. Examina luego el marco práctico de su labor, incluido un resumen de sus actividades en relación con cuatro esferas de trabajo principales, a saber, la promoción de las buenas prácticas, los estudios temáticos, los informes de países y los casos de presuntas violaciones de los derechos humanos. El Relator Especial dedica la segunda parte de su informe a analizar el deber de los Estados de celebrar consultas con los pueblos indígenas sobre cuestiones que los afectan, con lo que espera ofrecer una perspectiva sobre la forma en que los gobiernos, los pueblos indígenas, el sistema de las Naciones Unidas y otras partes interesadas pueden abordar esta cuestión esencial en el futuro, y presenta varias recomendaciones al respecto.

Introducción

1. El Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas presenta el informe al Consejo de Derechos Humanos de conformidad con la resolución 6/12 del Consejo. El 28 de marzo de 2008 el Consejo de Derechos Humanos nombró al Sr. James Anaya, de los Estados Unidos de América, Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. James Anaya asumió su mandato el 1º de mayo de 2008. El presente documento es el segundo informe anual del Relator Especial al Consejo de Derechos Humanos. En su primer informe anual (A/HRC/9/9), de 11 de agosto de 2008, el Relator Especial aportó algunas reflexiones sobre el marco normativo para el tratamiento de las preocupaciones de los pueblos indígenas y sobre la manera de hacer efectivas las normas de derechos humanos proclamadas en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas y en otros instrumentos internacionales pertinentes.

2. En la primera parte de su segundo informe anual el Relator Especial examina la aplicación de su mandato. A este respecto aporta una reflexión sobre su mandato en comparación con los de otros mecanismos e instituciones de las Naciones Unidas que se ocupan de las cuestiones indígenas, especialmente el Foro Permanente de las Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas y el Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas del Consejo de Derechos Humanos, y señala las esferas de posible cooperación. Examina luego el marco práctico de su labor, en comparación con la de esos mecanismos, incluido un resumen de las actividades realizadas en los cuatro últimos años en relación con cuatro esferas de trabajo principales, a saber, la promoción de las buenas prácticas, los estudios temáticos, los informes de países y las denuncias de violaciones de los derechos humanos. El Relator Especial dedica la segunda parte de su informe a analizar el deber de los Estados de celebrar consultas con los pueblos indígenas sobre cuestiones que los afectan, uno de los problemas esenciales que enfrenta en su labor relativa a los pueblos indígenas en diversos países, con lo que espera ofrecer una perspectiva sobre la forma en que los gobiernos, los pueblos indígenas, el sistema de las Naciones Unidas y otras partes interesadas pueden abordar esta cuestión esencial en el futuro.

3. El presente informe contiene además una serie de adiciones de informes y otros documentos públicos distribuidos por el Relator Especial durante el último año. La adición 1 contiene un resumen de las comunicaciones enviadas a los gobiernos y de las respuestas recibidas de ellos en relación con denuncias de violaciones de los derechos humanos, así como las observaciones del Relator Especial sobre esos casos. Las adiciones 2, 3 y 4 son informes sobre la situación de los pueblos indígenas en el Brasil, Nepal y Bostwana, tras las misiones realizadas del 14 al 25 de agosto, del 24 de noviembre al 2 de diciembre de 2008, y del 19 al 27 de marzo de 2009, respectivamente. La adición 5 es el informe del Relator Especial sobre las comunidades indígenas afectadas por la construcción de un proyecto hidroeléctrico en el río Changuinola en Panamá y las observaciones del Gobierno de Panamá en respuesta al informe. La adición 6 contiene el informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos en Chile tras la visita que hizo a ese país del 6 al 9 de abril de 2009 con el fin de evaluar el estado de la aplicación de las recomendaciones de su predecesor, Rodolfo Stavenhagen, e incluye en anexo un informe en que se describen las normas internacionales pertinentes para un proceso de consulta respecto de las reformas constitucionales relativas a los pueblos indígenas en ese país. La adición 7 es el documento final de una reunión celebrada en Madrid en febrero de 2009 para mejorar la coordinación entre los tres mecanismos de las Naciones Unidas que tienen un mandato específico en relación con cuestiones indígenas: el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, el Foro Permanente de las Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas y el Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas del Consejo de Derechos Humanos. Finalmente, la adición 8 es el informe del examen que hizo el Relator Especial de las cuestiones de derechos humanos en el contexto de los enfrentamientos entre pueblos indígenas y la policía en Bagua (Perú).

4. El Relator Especial agradece el apoyo que le ha dado el personal de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. También desea manifestar su agradecimiento al personal del Programa de derecho y política de los pueblos indígenas de la Universidad de Arizona y a los investigadores vinculados al Programa por su constante

ayuda en todos los aspectos de su labor. Además, el Relator Especial desea manifestar su reconocimiento y gratitud al Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas, el Grupo de Trabajo Intercultural Almáciga y la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo del Gobierno de España por el apoyo que prestaron al seminario internacional de expertos titulado "Implementación de los derechos de los pueblos indígenas: el papel de los mecanismos de las Naciones Unidas con un mandato específico sobre los derechos de los pueblos indígenas", celebrado en febrero de 2009, y por otras formas de apoyo. Finalmente, el Relator Especial desea manifestar su agradecimiento a los numerosos pueblos indígenas, gobiernos, órganos y organismos de las Naciones Unidas, organizaciones no gubernamentales (ONG) y otras entidades y personas que cooperaron con él durante el pasado año en el cumplimiento de su mandato.

5. El Relator Especial se complace en presentar al Consejo de Derechos Humanos el presente informe al ingresar en el segundo año de su mandato, esperando con optimismo un futuro mejor para los pueblos indígenas, alentado por la evolución positiva en muchos lugares, aunque preocupado por la realidad de las actuales luchas de los pueblos indígenas en todo el mundo y las violaciones de que son objeto. El Relator Especial reafirma su decidido compromiso con su papel de Relator Especial, reconoce con humildad la responsabilidad inherente a su cargo y manifiesta su agradecimiento a todos los que lo han apoyado y lo siguen apoyando.

I. Cumplimiento del Mandato

A. Coordinación con otros mecanismos y organismos

6. Antes de pormenorizar sus propios ámbitos y métodos de trabajo, el Relator Especial desea aportar al Consejo de Derechos Humanos algunas reflexiones sobre su mandato en relación con los de otros mecanismos e instituciones de las Naciones Unidas que se ocupan de cuestiones indígenas, especialmente el Foro Permanente de las Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas y el Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos in-

dígenas del Consejo de Derechos Humanos. La coordinación con estas y otras instituciones es un aspecto fundamental del mandato del Relator Especial, ya que el Consejo de Derechos Humanos, en el párrafo 1 d) de su resolución 6/12, le pide que: "trabaje en estrecha cooperación, procurando evitar las duplicaciones innecesarias, con otros procedimientos especiales y los órganos subsidiarios del Consejo de Derechos Humanos, los órganos pertinentes de las Naciones Unidas, los órganos de tratados y las organizaciones regionales de derechos humanos".

1. El Foro Permanente de las Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas y el Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas.

7. Se pide específicamente al Relator Especial que: "trabaje en estrecha cooperación con el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas y participe en su período de sesiones anual" (resolución 6/12 del Consejo de Derechos Humanos, párr. 1 e)). Esta cooperación se extiende igualmente al Mecanismo de expertos que ha recibido el mandato del Consejo de Derechos Humanos de invitar al Relator Especial a su período de sesiones anual con miras a "aumentar la cooperación y evitar duplicar la labor" de los mecanismos respectivos (resolución 6/36 del Consejo de Derechos Humanos, párr. 5).

8. En el desempeño de su labor el Relator Especial ha constatado un elevado nivel de confusión entre los grupos indígenas, las ONG y otras partes interesadas en relación con los papeles y funciones respectivos de los tres mecanismos, así como con su lugar en la estructura institucional de las Naciones Unidas. Proporcionar formación continua acerca de los mandatos y funciones de cada uno de esos mecanismos es esencial. El Foro Permanente de las Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas fue establecido en 2000 como órgano asesor del Consejo Económico y Social con el mandato de prestar especial atención a las cuestiones indígenas en las esferas del desarrollo económico y social, la cultura, el medio ambiente, la educación, la salud y los derechos humanos[1]. El Foro Permanente de las Naciones Unidas para las Cuestiones In-

1 Resolución 2000/22 del Consejo Económico y Social.

dígenas está integrado por 16 expertos y se reúne una vez al año durante dos semanas en Nueva York. El Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas, que celebró su primer período de sesiones anual en octubre de 2008, está integrado por cinco expertos encargados de proporcionar al Consejo de Derechos Humanos conocimientos temáticos especializados sobre los derechos de los pueblos indígenas, centrados principalmente en estudios y asesoramiento basado en la investigación (resolución 6/36 del Consejo de Derechos Humanos párr. 1 a)). Este año el Consejo de Derechos Humanos ha pedido al Mecanismo de expertos que prepare un estudio sobre la experiencia adquirida y las dificultades con que se tropieza para la plena aplicación del derecho de los pueblos indígenas a la educación (resolución 9/7 del Consejo de Derechos Humanos), que ya se ha concluido.

9. Los tres mecanismos de las Naciones Unidas que tienen un mandato respecto de las cuestiones indígenas no fueron necesariamente creados con una finalidad complementaria, sino que se establecieron de manera independiente en respuesta a contextos históricos y políticos diferentes y a las demandas del movimiento de los pueblos indígenas. En consecuencia, los mandatos de esos tres mecanismos se superponen en cierta medida y, en la práctica, muchas de las actividades realizadas por los titulares de los mandatos respectivos podrían estructurarse más eficazmente en relación con las de los demás mecanismos.

10. Los días 4 a 6 de febrero de 2009 el Relator Especial participó en un seminario celebrado en Madrid al que asistieron los miembros del Mecanismo de expertos y cuatro miembros del Foro Permanente, así como un grupo de expertos procedentes de varias regiones, entre ellos el anterior Relator Especial, Rodolfo Stavenhagen. El principal objetivo de la reunión era promover un diálogo oficioso entre los miembros de los tres mecanismos a fin de coordinar mejor su labor y sus actividades con otros organismos y órganos de las Naciones Unidas.

Durante la reunión los expertos examinaron métodos para racionalizar la labor de los tres mecanismos examinando la esfera o las esferas de trabajo prioritarias de sus respectivos mandatos y determinando formas en que pudieran optimizarse los aspectos de cada mandato.

11. Por ejemplo, a diferencia del Mecanismo de expertos y del Foro Permanente, el Relator Especial tiene un mandato claro para investigar situaciones específicas de derechos humanos de los pueblos indígenas y hacer recomendaciones al respecto. No obstante, como se señaló durante la reunión de expertos, siguiendo una pauta similar a la utilizada en el ahora inactivo Grupo de Trabajo sobre Pueblos Indígenas, numerosos grupos indígenas asisten a los períodos de sesiones anuales del Foro Permanente y del Mecanismo de expertos con la intención de presentar denuncias sobre situaciones específicas de violaciones de los derechos humanos, pese a que dichos organismos no tienen un mandato específico a ese respecto ni cuentan en la actualidad con un mecanismo de procedimiento para adoptar medidas en relación con esas denuncias.

12. Teniendo en cuenta las expectativas reconocidas de los pueblos indígenas de que se escuchen esas preocupaciones específicas, el Relator Especial y los miembros del Foro Permanente y del Mecanismo de expertos recomendaron en el informe sobre la reunión de Madrid que el Relator Especial elaborara metodologías para recibir denuncias de violaciones de derechos humanos y, según se requiriera, entablar un diálogo directo entre los gobiernos y los pueblos indígenas durante la participación del Relator en los períodos de sesiones anuales del Foro Permanente y del Mecanismo de expertos. A este respecto, el año pasado el Relator Especial asistió a los períodos de sesiones anuales de esos mecanismos y comenzó a elaborar métodos para recibir comunicaciones en coordinación con esos mecanismos a fin de lograr la mayor participación posible de los grupos indígenas, sus organizaciones y las ONG en esos períodos de sesiones. El Relator Especial sigue perfeccionando y materializando esos procedimientos.

13. Además, conviene señalar que, dado que el mandato del Mecanismo de expertos está principalmente centrado en estudios y basado en la investigación, el Relator Especial considera que su papel fundamental a este respecto es proporcionar observaciones sobre las cuestiones esenciales que se han planteado durante su labor al evaluar países determinados y examinar situaciones concretas de denuncias de violaciones de los derechos humanos. La mayoría de esas observaciones tendrán una orientación práctica y determinarán las mejores

prácticas, cuando existan. El Relator Especial también hará aportaciones al Foro Permanente y al Mecanismo de expertos sobre la base de esa labor.

14. Si bien el Foro Permanente, el Mecanismo de expertos y el Relator Especial tienen funciones diferentes, los une un propósito común, el adelanto de los derechos humanos de los pueblos indígenas de todo el mundo. Es evidente que un punto de referencia importante para este propósito común es la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. En el artículo 42 de la Declaración la Asamblea General insta a que se promueva "el respeto y la plena aplicación de las disposiciones de la presente Declaración". Al comenzar su segundo mandato el Relator Especial está resuelto a seguir colaborando con esos dos mecanismos.

2. Coordinación con organismos de las Naciones Unidas y con órganos regionales y de otra índole

15. El Relator Especial también ha venido colaborando activamente con la Secretaría y algunos organismos de las Naciones Unidas con respecto a cuestiones indígenas. Participó en dos seminarios regionales en América Latina relativos a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, uno en Lima (Perú), celebrado los días 6 y 8 de octubre de 2008, y otro en Montelimar (Nicaragua), los días 10 a 13 de junio de 2009, organizados por la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos que, a nivel regional y mediante sus servicios educativos, de reunión de información y de asesoramiento, promueve la aplicación de los derechos y las obligaciones correspondientes de los Estados, expresados en la Declaración. En los seminarios el Relator Especial explicó el contenido y los medios de aplicación de la Declaración, en particular en lo que respecta a la región de América Latina. La Declaración fue también el tema de una exposición del Relator Especial ante representantes de varios organismos de las Naciones Unidas en un seminario organizado por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo celebrado en Nueva York el día 20 de mayo de 2009, en la que hizo hincapié en la función de los organismos y programas de las Naciones Unidas en la aplicación de la Declaración. El día siguiente, el Relator Especial se reunió en Nueva York con miembros del Departamento

de Asuntos Políticos de las Naciones Unidas para intercambiar opiniones sobre las cuestiones indígenas en el contexto de las principales tendencias políticas y económicas.

16. En el plano regional, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos han desempeñado un papel pionero en el desarrollo de un acervo diferenciado de jurisprudencia en relación con los derechos de los pueblos indígenas del continente americano, con un importante efecto normativo en otras regiones. El 25 de octubre de 2008 el Relator Especial participó en un seminario de expertos sobre los derechos territoriales de los indígenas y el principio del consentimiento libre, previo e informado, celebrado en Washington, D.C. con el patrocinio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; el Relator Especial ha intercambiado información con esa Comisión, con respecto a varios casos. El Relator Especial también ha confirmado su voluntad de colaborar con el Grupo de Trabajo sobre Comunidades/Poblaciones Indígenas de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y espera con interés estudiar medios concretos de potenciar la colaboración con la Comisión en el futuro.

17. El Relator Especial también ha colaborado con el Banco Mundial, y el 3 de junio de 2008 fue el orador principal en un seminario sobre "Promoción de los derechos y el desarrollo de los indígenas en América Latina y el Caribe", celebrado en Washington, D.C., en el que destacó el papel que puede desempeñar el Banco Mundial en relación con varios problemas e iniciativas relativos a los pueblos indígenas. El Relator Especial sigue en contacto con representantes del Banco Mundial para examinar formas de seguir colaborando.

B. Esferas de trabajo

18. El Relator Especial ha participado en diversas actividades comprendidas en su mandato de vigilar las condiciones de los derechos humanos de los pueblos indígenas en todo el mundo y promover medidas para mejorarlas. Ha procurado incorporar la perspectiva de género y prestar atención especial a las vulnerabilidades particulares de los niños indígenas. En

general, el Relator Especial ha tratado de desarrollar métodos de trabajo orientados al diálogo constructivo con los gobiernos, los pueblos indígenas, las ONG, los organismos pertinentes de las Naciones Unidas y otros actores, a fin de tratar de resolver cuestiones y situaciones difíciles y consolidar los progresos ya conseguidos. Cabe afirmar que las diversas actividades que ha realizado en ese espíritu están comprendidas en el ámbito de cuatro esferas de actividad relacionadas entre sí, a saber: la promoción de las buenas prácticas, los estudios temáticos, los informes de países y las denuncias de violaciones de los derechos humanos.

1. Promoción de las buenas prácticas

19. La primera esfera de trabajo del Relator Especial se desprende de la directiva del Consejo de Derechos Humanos de "individualizar... y promover prácticas óptimas" (resolución 6/12 del Consejo de Derechos Humanos, párr. 1 a). El Relator Especial ha centrado su atención en la labor de promoción de reformas jurídicas, administrativas y programáticas en el plano nacional para aplicar las normas de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas y otros instrumentos internacionales importantes. Una reforma de este tipo es una labor considerable y, dadas las complejidades de todo tipo que entraña, requiere de los gobiernos un compromiso firme, tanto financiero como político.

20. En el desempeño de su labor el Relator Especial ha recibido solicitudes para que, en el marco de iniciativas de reforma constitucional y legislativa, preste asistencia proporcionando orientación sobre la manera de armonizar esas iniciativas con las normas internacionales pertinentes. Como se informó al Consejo de Derechos Humanos el año pasado, poco después de que el Relator Especial asumió su mandato en mayo de 2008, diversas organizaciones indígenas y el Presidente de la Asamblea Constituyente del Ecuador le pidieron asistencia técnica en relación con el proceso de reforma constitucional. La nueva Constitución del Ecuador, aprobada por referendo en septiembre de 2008, contiene importantes disposiciones en que se afirman los derechos colectivos de los indígenas. El Relator Especial sigue vigilando la aplicación de esas reformas y la legislación subsiguiente en el Ecuador.

21. El Relator Especial también ha promovido las buenas prácticas alentando las medidas positivas adoptadas por los Estados. En diciembre de 2008 el Relator Especial fue invitado a asistir a una ceremonia en Awas Tingni (Nicaragua), durante la cual el Gobierno entregó a esa comunidad indígena el tan esperado título de propiedad de sus tierras ancestrales, como lo había exigido el fallo de 2001 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En un comunicado de prensa posterior a la entrega del título el Relator Especial encomió al Gobierno de Nicaragua por adoptar medidas positivas para aplicar el fallo. El Relator Especial seguirá vigilando los progresos de los esfuerzos encaminados a garantizar que las terceras partes respeten en la práctica los derechos de los awas tingni a las tierras de su propiedad y a tratar de resolver las reclamaciones de otras comunidades indígenas relativas a la tierra y a cuestiones conexas.

22. Asimismo, en abril de 2009 el Relator Especial fue invitado a Chile para que evaluara la situación de los pueblos indígenas como seguimiento de la visita hecha al país en 2003 por su predecesor. Si bien persisten muchos de los problemas de los pueblos indígenas en Chile, el Gobierno adoptó el año pasado importantes medidas para promover la protección de esos derechos, entre ellas la ratificación, en septiembre de 2008, del Convenio Nº 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre los pueblos indígenas y tribales en países independientes (1989), y el compromiso de promulgar reformas constitucionales para reconocer y promover los derechos de los indígenas. Teniendo presente el proceso de reforma constitucional, el Relator Especial elaboró un informe que presentó al Gobierno, y que posteriormente se publicó, en el que se describen y analizan los diversos elementos aplicables del derecho de consulta y se presentan ejemplos de mecanismos de consulta utilizados en otros países. El Gobierno ha iniciado consultas con los grupos indígenas de Chile en relación con el proceso de reforma constitucional, y el Relator Especial sigue vigilando el progreso de las consultas.

23. El Relator Especial participó en un seminario sobre derechos indígenas celebrado en Yakarta los días 16 y 17 de marzo de 2009 con el patrocinio de la Comisión Nacional de Derechos Humanos de Indonesia (KOMNAS HAM) y la Alianza de los Pueblos Indígenas del Archipiélago

(AMAN - Aliansi Masyarakat Adat Nusantara). En el seminario KOMNAS HAM y AMAN anunciaron un acuerdo para la realización de un programa conjunto de tratamiento de las cuestiones indígenas, lo que constituye un buen ejemplo de coordinación entre una comisión independiente de derechos humanos de un Estado y una organización indígena importante.

24. Los días 27 a 31 de octubre de 2008 el Relator Especial, junto con representantes same de todo el territorio same en los países nórdicos y Rusia, representantes gubernamentales y otras personas, asistió a la 19ª Conferencia Same, celebrada en Rovaniemi (Finlandia). En la conferencia el Relator Especial pudo reunirse con el Consejo Same y con los parlamentos same de los países nórdicos para examinar cómo fortalecer las disposiciones institucionales de protección de los derechos de los same. Los parlamentos same se han convertido en un medio cada vez más eficaz para que el pueblo same aumente el control de los asuntos que afectan su vida y sus comunidades.

25. Un componente importante de los esfuerzos por crear buenas prácticas en el plano nacional es la política de compromiso con la promoción de los derechos de los pueblos indígenas de conformidad con la Declaración. Este año Australia, uno de los cuatro Estados que había votado en contra de la Declaración, la apoyó en forma pública y, en una declaración que recibió amplia difusión, se comprometió a aplicar plenamente sus normas. Esta evolución positiva de política de Australia relativa a los pueblos indígenas fue señalada por el Relator Especial en un comunicado de prensa distribuido conjuntamente con los Presidentes del Mecanismo de expertos y del Foro Permanente en abril de 2009. Asimismo, Colombia, que se había abstenido en la votación sobre la Declaración, envió una carta al Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos el 20 de abril de 2009 en la que expresaba su apoyo a la Declaración y a los principios contenidos en ella y hacía suyos los conceptos de igualdad, respeto por la diversidad y no discriminación que constituyen el fundamento de la Declaración[2].

2 Carta del Viceministro de Relaciones Multilaterales al Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

26. El Relator Especial seguirá promoviendo en su labor futura los hechos positivos, y reitera su voluntad de ofrecer asistencia técnica y asesoramiento constructivos a los gobiernos, las empresas, los pueblos indígenas y otras partes interesadas, según se requiera, en sus esfuerzos por adoptar iniciativas y reformas jurídicas, administrativas y programáticas en cuestiones indígenas. La labor del Relator Especial en este sentido estará orientada hacia la práctica y encaminada a identificar y promover modelos que puedan aplicarse en contextos diversos. En sus próximos informes anuales al Consejo de Derechos Humanos y en otros informes públicos, el Relator Especial se propone presentar en detalle los modelos que hayan dado resultado en diversos contextos.

2. Estudios temáticos

27. La segunda esfera de trabajo del Relator Especial, que tiene por objeto contribuir a las buenas prácticas en situaciones nacionales determinadas, entraña la realización de estudios sobre cuestiones o temas de interés para los pueblos indígenas en los diversos países y regiones del mundo o la participación en dichos estudios. El anterior Relator Especial hizo varios estudios temáticos para determinar las cuestiones principales y sentar las bases de medidas prácticas y reformas positivas consiguientes, en particular con respecto a las repercusiones de los proyectos de desarrollo en las comunidades indígenas; la aplicación de las leyes nacionales y las normas internacionales para proteger los derechos de los indígenas; los pueblos indígenas y el sistema educativo; la relación entre el derecho público y el derecho consuetudinario indígena; y las normas internacionales relativas a los pueblos indígenas. No obstante, como se señaló anteriormente, teniendo en cuenta el establecimiento del Mecanismo de expertos con el mandato de aportar recomendaciones y conocimientos temáticos especializados al Consejo de Derechos Humanos sobre cuestiones que afectan a los pueblos indígenas, el Relator Especial considera ahora que la tarea de hacer estudios temáticos es secundaria en relación con sus demás esferas de trabajo. Su labor será en su mayor parte complementaria de la del Mecanismo de expertos, al que prestará su apoyo. A este respecto, sobre la base de su experiencia como Relator Especial, a comienzos del presente año aportó información al Mecanismo de expertos para el estudio que realiza actualmente sobre el derecho de los pueblos indígenas a la educación.

28. Además de esas aportaciones, en aras de una mayor comprensión de las dificultades específicas que enfrentan las mujeres indígenas, el Relator Especial, junto con la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Yakin Ertu_rk, participó en la consulta regional sobre "La violencia contra las indígenas en Asia y el Pacífico". La consulta regional, organizada por el Foro de Asia y el Pacífico sobre la mujer, el derecho y el desarrollo y Mahila Sarvangeen Utkarsha Mandal, precedió a la Consulta Nacional sobre la Mujer Indígena en la India, que tuvo lugar en Nueva Delhi los días 14 a 18 de octubre de 2008. Los participantes en las consultas, muchos de ellos mujeres indígenas de la región, identificaron problemas esenciales recurrentes que contribuían a la violencia, como los actos discriminatorios cometidos contra las mujeres indígenas en las esferas temáticas siguientes: mundialización económica; militarización y conflicto armado; y cultura, tradición y religión y sus consecuencias intersectoriales en la vida de las mujeres indígenas. El diálogo con los dos Relatores Especiales estuvo encaminado a determinar estrategias y mecanismos eficaces para enfrentar las múltiples formas de violencia contra la mujer indígena en los planos nacional, regional e internacional, y a extraer enseñanzas de las buenas prácticas.

29. Además, el Relator Especial colabora con ONG y expertos indígenas en dos iniciativas relacionadas con dos esferas temáticas de interés recurrente para los pueblos indígenas. La primera de ellas es un seminario organizado por las ONG Khredda y Centro UNESCO de Catalunya (UNESCOCAT) que se hará en octubre del presente año y tratará de mecanismos de solución de conflictos relacionados con las industrias de extracción de recursos que operan o se proponen operar en territorios indígenas. Este seminario y el informe resultante responden a la recomendación formulada el año anterior por el Foro Permanente de que el Relator Especial realizara un estudio sobre las empresas transnacionales, y su propósito es complementar la labor propia del Foro Permanente en la materia. La segunda iniciativa es un estudio polifacético sobre pluralismo jurídico y derecho consuetudinario indígena, que se hará en colaboración con el Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos y la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Es probable que este estudio comience a principios del próximo año con un taller en la Universidad de Arizona (Estados Unidos).

3. Informes de países

30. La tercera esfera de trabajo del Relator Especial implica la investigación y la presentación de informes sobre la situación general de los derechos humanos de los indígenas en países determinados. Los informes sobre las situaciones en los países incluyen conclusiones y recomendaciones encaminadas a fortalecer las buenas prácticas, determinar las esferas que son motivo de preocupación y mejorar las condiciones de los pueblos indígenas en materia de derechos humanos. El proceso de presentación de informes suele incluir una visita a los países objeto de examen, en particular la capital y lugares seleccionados por la preocupación que suscitan, durante la cual el Relator Especial dialoga con representantes del gobierno, las comunidades indígenas de diferentes regiones y actores de diversos sectores de la sociedad civil que trabajan en cuestiones pertinentes para los pueblos indígenas. De conformidad con el Código de conducta para los titulares de mandatos de los procedimientos especiales, esas visitas solo tendrán lugar con el consentimiento y la colaboración del gobierno de que se trate.

31. El año pasado el Relator Especial visitó el Brasil, Nepal, Botswana y Australia con el fin de informar sobre esos países, y realizó visitas de seguimiento a Chile y Colombia para evaluar su progreso en la aplicación de las recomendaciones formuladas en los informes de su predecesor. Además, el Relator Especial ha recibido indicios positivos de los Gobiernos de la República del Congo y la Federación de Rusia en relación con visitas futuras, y espera las respuestas a sus solicitudes de visitar la India e Indonesia que, según espera, serán consideradas favorablemente en un futuro cercano.

4. Denuncias de violaciones de los derechos humanos

32. Por último, la cuarta y quizá principal esfera de trabajo del Relator Especial implica responder en forma permanente a denuncias específicas de violaciones de los derechos humanos. Un aspecto fundamental del mandato del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, reafirmado en la resolución 6/12 del Consejo de Derechos Humanos, es la de reunir, solicitar, recibir e

intercambiar "información y comunicaciones de todas las fuentes pertinentes, incluidos los gobiernos, los indígenas y sus comunidades y organizaciones, sobre las violaciones denunciadas de sus derechos humanos y libertades fundamentales" (párr. 1 b). El Relator Especial ha hecho hincapié en su mandato de entablar "un diálogo de cooperación sistemático con todos los actores pertinentes" (párr. 1 f) formulando estrategias de largo plazo para la labor que realiza.

33. La capacidad del Relator Especial para tratar situaciones específicas de denuncias de violaciones depende en gran medida de la información que le suministran los pueblos indígenas y sus organizaciones, las ONG y otras fuentes. El año pasado el Relator Especial recibió información relativa a denuncias de violaciones de los derechos humanos de todos los continentes y, en respuesta a esas denuncias, ha enviado numerosas comunicaciones a gobiernos relativas a esas situaciones. Esos casos tenían que ver, en particular, con violaciones del derecho al consentimiento libre, previo e informado, especialmente en relación con la extracción de recursos naturales y el desplazamiento o el desalojo de comunidades indígenas; la denegación de los derechos de los pueblos indígenas a las tierras y los recursos; la situación de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario; los incidentes de amenazas o actos de violencia contra pueblos y personas indígenas, entre ellos los defensores de los derechos indígenas; y la preocupación por las reformas constitucionales o legislativas relativas a temáticas indígenas. En el informe sobre las comunicaciones, en la adición 1 del presente informe, puede encontrarse un resumen completo de las comunicaciones enviadas, las respuestas recibidas de los gobiernos y las observaciones del Relator Especial.

34. Habida cuenta de los limitados recursos disponibles, el Relator Especial no está en condiciones de responder a todos los casos que se someten a su consideración. No obstante, en general hace todo lo posible para adoptar medidas sobre la base de la información detallada y creíble disponible sobre una situación grave comprendida dentro de su mandato respecto de la cual cabe razonablemente esperar que su intervención tenga repercusiones positivas, al lograr que se preste la atención necesaria a la situación o que las autoridades gubernamentales y otros actores adopten medidas correctivas.

El Relator Especial puede adoptar medidas cuando la situación representa o está relacionada con un patrón más amplio de violación de los derechos humanos de los pueblos indígenas. El Relator Especial ha procurado responder debidamente a denuncias de violaciones de los derechos humanos provenientes de muy diversos países y regiones.

35. La primera medida que suele adoptar con respecto a la información es escribir una carta al gobierno de que se trate, que incluye una solicitud de respuesta del gobierno. En algunos casos el Relator Especial ha hecho declaraciones públicas en las que destaca las violaciones de los derechos humanos denunciadas o expresa su preocupación al respecto. Si las circunstancias lo justifican y el gobierno interesado lo acepta, el Relator Especial puede hacer una visita al país para examinar una situación determinada, como fue el caso de sus visitas a Panamá y el Perú. Además, como ha hecho en relación con las situaciones examinadas en esos dos países y espera hacer en casos futuros, puede publicar observaciones detalladas con análisis y recomendaciones presentados con la esperanza de que sirvan al gobierno y los pueblos indígenas interesados en sus esfuerzos por solucionar los problemas planteados. El Relator Especial se propone evitar el enfoque de "puerta giratoria" que consiste en limitarse a enviar una comunicación al gobierno interesado y recibir una respuesta de su parte, y, en lugar de ello, procurar entablar un diálogo activo con los Estados, los pueblos indígenas y otros actores con el fin de vigilar de cerca y evaluar las situaciones, determinar las causas básicas de los problemas inmediatos, promover medidas concretas que se basen en los progresos ya conseguidos y formular recomendaciones que sean prácticas, bien fundadas en los conocimientos disponibles y acordes con las normas pertinentes de derechos humanos.

II. Una cuestión fundamental: el deber de celebrar consultas

36. El Relator Especial ha procurado identificar patrones comunes de los problemas que afectan a los pueblos indígenas de todo el mundo y elaborar medidas para enfrentar directamente esos problemas. Ha observado con frecuencia y en situaciones muy diversas que los Estados no cumplen debidamente su deber de consultar a los pueblos indígenas acerca de las decisiones que los afectan, y que los gobiernos y otras partes interesadas necesitan orientación acerca de las medidas necesarias para cumplir ese deber. El Relator Especial ha observado que, sin la adhesión de los pueblos indígenas, conseguida mediante consultas en las primeras etapas de la elaboración de las iniciativas gubernamentales, la eficacia de los programas gubernamentales, incluso los que se proponen beneficiar específicamente a los pueblos indígenas, puede verse menoscabada desde el comienzo. Al parecer la falta de una consulta apropiada lleva siempre a situaciones conflictivas en que los indígenas manifiestan su cólera y su desconfianza y que, en algunos casos, han degenerado en actos de violencia.

37. No existe una fórmula específica para consultar a los pueblos indígenas aplicable a todos los países en todas las circunstancias. A este respecto, el artículo 34 del Convenio Nº 169 de la OIT afirma que: "la naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país". Si bien las implicaciones del deber de celebrar consultas son numerosas y variadas, el Relator Especial se ha referido durante el último año a cuestiones relacionadas con las consultas principalmente en dos contextos: el de las reformas constitucionales y legislativas relativas a temáticas indígenas y el de las iniciativas de desarrollo y extracción de recursos naturales y, en algunos casos, de esfuerzos de reubicación conexos que afectan a pueblos indígenas. El Relator Especial dedicará el resto del informe a reflexionar sobre algunos aspectos del deber de celebrar consultas y de su aplicación pertinentes a problemas que ha enfrentado, con lo que espera aportar aclaraciones y orientaciones útiles.

A. Los fundamentos normativos y el carácter general del deber de celebrar consultas

38. Cabe hacer hincapié en que el deber de los Estados de celebrar consultas con los pueblos indígenas sobre decisiones que los afecten se expresa de manera destacada en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas y está firmemente arraigado en las normas internacionales de derechos humanos. Este deber se menciona a lo largo de la Declaración con respecto a preocupaciones específicas (arts. 10, 11, 15, 17, 19, 28, 29, 30, 32, 36 y 38), y se afirma como principio general en el artículo 19, en el que se dispone que: "los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado".

39. Al igual que la Declaración, el Convenio Nº 169 de la OIT exige a los Estados celebrar consultas de buena fe con los pueblos indígenas con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr su consentimiento sobre los aspectos de los planes o proyectos de gestión que los afecten, e insta a los Estados a que celebren consultas con las comunidades indígenas en relación con contextos diversos (arts. 6, párrs. 1 y 2; 15, párr. 2; 17, párr. 2; 22, párr. 3; 27, párr. 3; y 28). De hecho, un comité tripartito del Consejo de Administración de la OIT afirmó que: "el espíritu de consulta y participación constituye la piedra angular del Convenio Nº 169 en la que se fundamentan todas las disposiciones del mismo"[3]. Con respecto al deber de celebrar consultas, la jurisprudencia de la OIT permite deducir algunas de sus características, a las que se hará referencia más adelante.

40. El deber de los Estados de celebrar consultas efectivas con los pueblos indígenas se funda igualmente en los tratados esenciales de derechos

3 Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por el Ecuador del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (Nº 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Confederación Ecuatoriana de Organizaciones Sindicales Libres (CEOSL), párr. 31.

humanos de las Naciones Unidas, en particular la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial[4] y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Recientemente el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, que vigila el cumplimiento de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, instó a numerosos gobiernos a que celebraran consultas con los pueblos indígenas sobre cuestiones que afectaban los derechos e intereses de esos pueblos, concretamente en sus observaciones finales sobre el Canadá[5], Indonesia[6], Nueva Zelandia[7], la República Democrática del Congo[8], los Estados Unidos de América[9], el Ecuador[10], Suecia[11] y Namibia[12]; y también en su examen de situaciones concretas sujetas a sus medidas de alerta temprana y procedimientos de urgencia, entre ellas las relativas a Belice[13], el Brasil[14], Chile[15], Panamá[16] y el Perú[17]. Asimismo, el Comité de Derechos Humanos se ha referido al deber de celebrar consultas en varios de sus informes a los gobiernos sobre su cumplimiento del Pacto Internacional

4 Se exhorta a los Estados a que: "garanticen que los miembros de los pueblos indígenas gocen de derechos iguales con respecto a su participación efectiva en la vida pública y que no se adopte decisión alguna directamente relacionada con sus derechos e intereses sin su consentimiento informado". Recomendación general Nº 23 (1997) relativa a los derechos de los pueblos indígenas, (CERD/C/51/Misc.13/Rev.4), art. 4, párr. d).

5 CERD/C/CAN/CO/18, párrs. 15 y 25.

6 CERD/C/IDN/CO/3, párr. 17.

7 CERD/C/NZL/CO/17, párr. 20.

8 CERD/C/COD/CO/15, párr. 18.

9 CERD/C/USA/CO/6, párr. 29.

10 CERD/C/ECU/CO/19, párr. 16.

11 CERD/C/SWE/CO/18, párr. 19.

12 CERD/C/NAM/CO/12, párr. 18.

13 Carta de fecha 7 de marzo de 2008, que puede consultarse en: *http://www2.ohchr.org/english/bodies/cerd/docs/early_warning/Belize070308.pdf*

14 Carta de fecha 7 de marzo de 2008, que puede consultarse en: *http://www2.ohchr.org/english/bodies/cerd/docs/early_warning/Brazil070308.pdf*

15 Carta de fecha 24 de agosto de 2007, que puede consultarse en: *http://www2.ohchr.org/english/bodies/cerd/docs/chile_letter.pdf*

16 Carta de fecha 15 de agosto de 2008, que puede consultarse en: *http://www2.ohchr.org/english/bodies/cerd/docs/Panama_letter150808.pdf*

17 Carta de fecha 7 de marzo de 2008, que puede consultarse en: *http://www2.ohchr.org/english/bodies/cerd/docs/early_warning/Peru070308.pdf*

de Derechos Civiles y Políticos y, más recientemente, en sus observaciones finales sobre Chile[18], Costa Rica[19], Panamá[20], Bostwana[21] y Nicaragua[22]. Además, el deber de celebrar consultas dimana de las obligaciones contraídas por los Estados en virtud de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, según afirmó la Corte Interamericana de Derechos Humanos[23].

41. Este deber es un corolario de un gran número de derechos humanos aceptados universalmente, entre ellos el derecho a la integridad cultural, el derecho a la igualdad y el derecho a la propiedad, como se indica en las declaraciones y decisiones citadas del Comité de Derechos Humanos, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, respectivamente. De manera más fundamental, ese deber deriva del derecho primordial de los pueblos indígenas a la libre determinación y de los principios conexos de democracia y soberanía popular. En el artículo 3 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas se afirma que: "los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural". Esta afirmación responde a las aspiraciones de los pueblos indígenas de todo el mundo de determinar su propio destino en condiciones de igualdad y de participar efectivamente en el proceso de adopción de decisiones que los afecten. El derecho a la libre determinación es un derecho fundamental, sin el cual no pueden ejercerse plenamente los derechos humanos de los pueblos indígenas, tanto los colectivos como los individuales. Los principios conexos de soberanía popular y democracia se oponen ambos al gobierno por imposición y respaldan el imperativo del gobierno por consentimiento. En consonancia con esos principios, el deber de los Estados de celebrar consultas con los pueblos indígenas en los procesos de decisiones que los afecten tiene por objeto poner fin al modelo histórico de exclusión del proceso de adopción de decisiones con el objeto

18 CCPR/C/CHL/CO/5, párr. 19.
19 CCPR/C/CRI/CO/5, párr. 5.
20 CCPR/C/PAN/CO/3, párr. 21.
21 CCPR/C/BWA/CO/1, párr. 24.
22 CCPR/C/NIC/CO/3, párr. 21.
23 *Saramaka c. Suriname,* sentencia de 28 de noviembre de 2007, párrs. 133 y 134.

de que en el futuro las decisiones importantes no se impongan a los pueblos indígenas y que estos puedan prosperar como comunidades distintas en las tierras en que, por su cultura, están arraigados.

42. En general las decisiones del Estado deben adoptarse mediante un proceso democrático en que los intereses del público estén debidamente representados. Los procedimientos para notificar al público en general y recibir sus observaciones refuerzan a menudo en forma apropiada los procesos democráticos representativos de adopción de decisiones del Estado.

No obstante, cuando las decisiones del Estado afectan los intereses particulares de los pueblos indígenas, se requieren procedimientos especiales y diferenciados de consultas, procedimientos especiales que se justifican por la naturaleza de esos intereses particulares, que derivan del carácter distinto de los modelos e historias culturales de los pueblos indígenas, y porque los procesos democráticos y representativos corrientes no suelen bastar para atender a las preocupaciones particulares de los pueblos indígenas, que por lo general están marginados en la esfera política. El deber de los Estados de celebrar consultas con los pueblos indígenas, así como los diversos componentes normativos de dicho deber, se basan en el reconocimiento generalizado, como se manifiesta en la Declaración, de las características distintivas de los pueblos indígenas y de la necesidad de medidas especiales que permitan corregir sus condiciones desfavorecidas.

B. Situaciones en que se aplica el deber de celebrar consultas

43. Sería irrealista decir que el deber de los Estados de celebrar consultas directamente con los pueblos indígenas mediante procedimientos especiales y diferenciados se aplica literalmente, en el sentido más amplio, siempre que una decisión del Estado pueda afectarlos, ya que prácticamente toda decisión legislativa y administrativa que adopte un Estado puede afectar de una u otra manera a los pueblos indígenas del Estado, al igual que al resto de la población. En lugar de ello, una interpretación de los diversos artículos pertinentes de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas basada en el propósito de dichos artículos, teniendo en cuenta otros instrumentos internacionales y la jurisprudencia conexa, conduce

a la siguiente conclusión sobre el ámbito de aplicación del deber de celebrar consultas: es aplicable siempre que una decisión del Estado pueda afectar a los pueblos indígenas en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad. Una incidencia diferenciada de esa índole se presenta cuando la decisión se relaciona con los intereses o las condiciones específicos de determinados pueblos indígenas, incluso si la decisión tiene efectos más amplios, como es el caso de ciertas leyes. Por ejemplo, la legislación sobre el uso de la tierra o de los recursos puede tener efecto general pero, al mismo tiempo, puede afectar los intereses de los pueblos indígenas de modos especiales debido a sus modelos tradicionales de tenencia de la tierra o a modelos culturales conexos, lo que, en consecuencia, da lugar al deber de celebrar consultas.

44. El deber de celebrar consultas no está limitado a las circunstancias en que una medida propuesta pueda afectar o afecte en el futuro un derecho ya reconocido o derivado de un contrato. El Relator Especial observa con preocupación que algunos Estados, de hecho o de manera deliberada, han adoptado la posición de que las consultas directas con los pueblos indígenas en relación con la actividad de extracción de recursos naturales o con otros proyectos de repercusiones importantes sobre el medio ambiente, como las presas, solo se requieren cuando las tierras en que se realizan las actividades en cuestión han sido reconocidas como tierras indígenas por el derecho interno. Esta posición es infundada ya que, de la misma manera que ocurre con el derecho a la libre determinación y con los principios democráticos, y debido a las condiciones generalmente vulnerables de los pueblos indígenas, el deber de celebrar consultas con ellos se plantea siempre que estén en juego sus intereses particulares, incluso si dichos intereses no corresponden a un derecho a la tierra reconocido o a otros derechos contractuales. A este respecto, un comité tripartito del Consejo de Administración de la OIT afirmó explícitamente que: "la consulta prevista en el párrafo 2 del artículo 15, procede respecto de los recursos de propiedad del Estado que se encuentren en las tierras que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna manera, tengan o no título de propiedad sobre los mismos"[24].

24 Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Guatemala del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (Nº 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Federación de Trabajadores del Campo y la Ciudad (FTCC), párr. 48.

Es posible imaginar fácilmente innumerables maneras en que los pueblos indígenas y sus intereses puedan verse afectados por proyectos de desarrollo o por iniciativas legislativas en casos en que carezcan del correspondiente derecho.

45. Las características específicas del proceso de consultas requerido por el deber de celebrar consultas variará necesariamente en función de la naturaleza de la medida propuesta y del alcance de su impacto sobre los pueblos indígenas. Las medidas de reforma constitucional o legislativa que interesan o afectan a todos los pueblos indígenas de un país requerirán mecanismos consultivos y representativos apropiados que estén de alguna manera abiertos a todos ellos y a su alcance. En cambio, las medidas que afecten a pueblos o comunidades indígenas particulares, como las iniciativas para la actividad de extracción de recursos naturales en sus territorios, requerirán procesos de consulta que garanticen la participación activa de los grupos particularmente afectados y presten atención especial a sus intereses.

C. La exigencia de que las consultas se celebren de buena fe, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento

46. El carácter del procedimiento de consultas y su objeto también están determinados por la naturaleza del derecho o el interés que esté en juego para los pueblos indígenas de que se trate y por el efecto previsto de la medida propuesta. La Declaración dispone que, en general, las consultas con los pueblos indígenas deberán celebrarse "de buena fe... a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado" (art. 19). No debe considerarse que esta disposición de la Declaración confiere a los pueblos indígenas un "poder de veto" con respecto a las decisiones que los puedan afectar sino, más bien, que señala que el consentimiento es la finalidad de las consultas con los pueblos indígenas. A este respecto, el Convenio Nº 169 de la OIT dispone que las consultas deberán celebrarse "con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimeinto de las medidas propuestas" (art. 6, párr.2). Los términos un poco diferentes de la Dlcaración sugireren que se hace más hincapié en que las consultas sean de las decisiones sobre las medidas propuestas, y no consultas con el carácter de mecanismos para proporcionar a los pueblos indígenas información sobre decisiones que ya se han adoptado

o están en proceso de adoptarse, sin permitirles influir verdaderamente en el proceso de adoptación de decisiones.

47. Necesariamente, la solidez o importancia de la finalidad de lograr el consentimiento varía según las circunstancias y los intereses indígenas que estén en juego. Un efecto directo y considerable en la vida o los territorios de los pueblos indígenas establece una presunción sólida de que la medida propuesta no deberá adoptarse sin el consentimiento de los pueblos indígenas. En determinados contextos, la presunción puede convertirse en una prohibición de la medida o el proyecto si no existe el consentimiento de los indígenas. La Declaración reconoce dos situaciones en que el Estado tiene la obligación de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas interesados, fuera de la obligación general de que las consultas tengan por finalidad procurar el consentimiento. Esas situaciones incluyen el caso en que el proyecto dé lugar al traslado del grupo fuera de sus tierras tradicionales y los casos relacionados con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras indígenas (arts. 10 y 29, párr. 2, respectivamente). De la misma manera, en un caso que afectaba al pueblo saramaka de Suriname, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que "cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de estos, según sus costumbres y tradiciones"[25].

48. En todos los casos en que una medida propuesta afecte los intereses particulares de los pueblos indígenas, la obtención de su consentimiento deberá ser, en cierta medida, una finalidad de las consultas. Como se ha afirmado, esta exigencia no confiere a los pueblos indígenas un "poder de veto" sino que, más bien, establece la necesidad de elaborar procedimientos de consulta con el fin de hacer todo lo posible por lograr el consenso de todas las partes interesadas. El Relator Especial lamenta que en muchas situaciones el debate sobre el deber de celebrar consultas y el principio conexo del consentimiento libre, previo e informado se haya planteado en torno a si los pueblos indígenas

25 *Saramaka c. Suriname,* párr. 134.

tienen o no un poder de veto que pueden esgrimir para detener los proyectos de desarrollo. El Relator Especial considera que plantear de esa manera el debate no se ajusta al espíritu ni al carácter de los principios de consulta y consentimiento según se han desarrollado en las normas internacionales de derechos humanos y se han incorporado en la Declaración.

49. Esos principios han sido concebidos para crear un diálogo en que los Estados y los pueblos indígenas puedan trabajar de buena fe con miras al logro del consenso y procuren seriamente llegar a un acuerdo satisfactorio. Como se subrayó anteriormente, el deber de los Estados de celebrar consultas con los pueblos indígenas y los principios conexos ha surgido para poner fin a modelos históricos de decisiones que se han impuesto a los pueblos indígenas y a condiciones de vida que han amenazado su supervivencia. Al mismo tiempo, los principios de consulta y consentimiento no confieren a los pueblos indígenas un derecho a imponer unilateralmente su voluntad a los Estados que actúan legítimamente y de buena fe en bien del interés del público. Los principios de consulta y consentimiento están más bien encaminados a evitar que se imponga la voluntad de una parte sobre la otra y a que, en lugar de ello, se procure llegar a un entendimiento mutuo y adoptar decisiones por consenso.

D. Elementos de fomento de la confianza que dan lugar al consenso

50. Un esfuerzo de buena fe en pro de la adopción de decisiones por consenso implica para los Estados la necesidad de "desplegar esfuerzos para intentar generar consensos en cuanto a los procedimientos, de facilitar su acceso dándoles amplia difusión y de crear un clima de confianza con los pueblos indígenas que propicie un diálogo productivo"[26]. La instauración de un clima de confianza es particularmente importante en relación con los pueblos indígenas "por la desconfianza hacia las instituciones del Estado y el sentimiento de marginación que encuentran sus raíces en realidades históricas

26 Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Guatemala del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (Nº 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Federación de Trabajadores del Campo y la Ciudad (FTCC), GB.294/17/1; GB.299/6/1 (2005), párr. 53.

sumamente antiguas y complejas, y que no terminan de superarse aún"[27]. Como señaló un comité tripartito del Consejo de Administración de la OIT en un caso relativo al proceso de reforma constitucional en México, "el clima de enfrentamientos, violencia y desconfianza recíproca impidió que las consultas se llevaran a cabo de manera más productiva"[28]. Además, por lo general los pueblos indígenas se encuentran en desventaja en cuanto a influencia política, recursos financieros, acceso a la información y educación pertinente con respecto a las instituciones estatales o las partes del sector privado, como las empresas, que son sus contrapartes en las consultas.

51. Para lograr un clima de confianza y respeto mutuo en las consultas, el procedimiento consultivo en sí debe ser resultado del consenso. El Relator Especial ha observado que, en muchos casos, los procedimientos de consulta no son efectivos ni gozan de la confianza de los pueblos indígenas porque estos no son incluidos debidamente en las deliberaciones que dan lugar a la definición y aplicación de los procedimientos de consulta. Además, los Estados deben tratar debidamente de superar el desequilibrio de poder, garantizando a los pueblos indígenas la asistencia financiera, técnica y de otro tipo que necesiten y haciéndolo sin utilizar dicha asistencia como palanca o para influir en las posiciones de los indígenas en las consultas.

52. El fomento de la confianza y la posibilidad de alcanzar un auténtico consenso también dependen de que en el proceso de consultas se respeten plenamente las propias instituciones representativas y de adopción de decisiones de los pueblos indígenas, como se exige explícitamente en la Declaración (art. 19) y en el Convenio Nº 169 de la OIT (art. 6, párr. 1 a). El Relator Especial observa que tal vez los pueblos indígenas también necesiten mejorar o revisar sus propias instituciones, mediante sus propios procedimientos de adopción de decisiones, con el fin de establecer estructuras representativas que faciliten el proceso de consulta. El Relator Especial ha observado que cuando los grupos indígenas no aclaran sus estructuras orga-

27 Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por México del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (Nº 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Frente Auténtico del Trabajo (FAT), párr. 107.

28 *Ibíd.*

nizativas de representación pueden enredar y retrasar el proceso de consultas. A este respecto, puede ser útil tener presente que la Declaración insta a que las instituciones indígenas funcionen "de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos" (art. 34) y pide que se preste particular atención a "los derechos y necesidades especiales de los ancianos, las mujeres, los jóvenes, los niños y las personas con discapacidad indígenas" (art. 22), incluida la eliminación de todas las formas de discriminación y violencia contra los niños y las mujeres indígenas.

53. En los casos relativos a explotación de recursos naturales o proyectos de desarrollo que afecten tierras indígenas, para que los pueblos indígenas interesados puedan adoptar decisiones libres e informadas sobre el proyecto en consideración es necesario que reciban información objetiva y completa sobre todos los aspectos del proyecto que los afecta, incluidas las repercusiones del proyecto sobre su vida y su entorno. A este respecto, es esencial que el Estado haga estudios sobre el impacto ambiental y social a fin de que se puedan conocer todas las consecuencias que cabe prever. Los grupos indígenas interesados deben conocer esos estudios de impacto en las primeras etapas de las consultas, tener tiempo suficiente para entender las conclusiones de los estudios y poder presentar sus observaciones y recibir información acerca de cualquier preocupación que planteen. Además, un proceso de consultas basado en el consenso en contextos de esa naturaleza no debe solamente tratar las medidas para mitigar o compensar los efectos perjudiciales del proyecto sino también explorar y encontrar medios de distribución equitativa de los beneficios en un espíritu de verdadera colaboración.

E. El deber de celebrar consultas y la responsabilidad de la empresa privada

54. Frecuentemente las cuestiones que deben consultarse surgen cuando los gobiernos otorgan concesiones a empresas privadas para extraer recursos naturales, construir presas o realizar otros proyectos de desarrollo en tierras indígenas o en sus inmediaciones. A este respecto, el propio Estado tiene la responsabilidad de realizar o garantizar que se realicen debidamente consultas, incluso cuando, en la práctica, es una empresa privada la que promueve o

realiza las actividades que pueden afectar los derechos y las tierras de los pueblos indígenas. De conformidad con principios bien fundados de derecho internacional, el deber del Estado de proteger los derechos humanos de los pueblos indígenas, incluido su deber de celebrar consultas con los pueblos indígenas interesados antes de realizar las actividades que los afecten, no es un deber que pueda eludirse delegándolo a una empresa privada u otra entidad. Además, al igual que en otros contextos, las consultas sobre actividades de extracción o de otro tipo relacionadas con el desarrollo y que afecten a pueblos indígenas deben hacerse tan pronto como sea posible y en todas las etapas del proceso de adopción de decisiones y, en todo caso, antes de que se otorguen las concesiones a las empresas privadas. 55. El Relator Especial ha observado varios casos en que el Estado transfiere las obligaciones sobre las consultas a la empresa privada que interviene en un proyecto. Tal delegación a una empresa privada de las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos, además de que no absuelve al Estado de la responsabilidad que le incumbe en última instancia, puede no ser conveniente e incluso ser problemática, dado que los intereses de la empresa privada son en general fundamentalmente lucrativos y, por lo tanto, no pueden estar en plena consonancia con el interés público ni con el interés superior de los pueblos indígenas afectados. No obstante, ello no descarta la posibilidad de que se llegue a una convergencia sustancial de esos intereses que permita el consenso mediante negociaciones en que se superen los desequilibrios de poder.

56. Por su parte, las empresas privadas que promuevan actividades de extracción o de otro tipo relacionadas con el desarrollo o que participen en ellas deben procurar que sea política de su empresa ajustar siempre su conducta a las normas internacionales pertinentes en relación con los pueblos indígenas, en particular las relativas a las consultas. Si bien en términos estrictamente jurídicos, salvo en ciertas circunstancias, el derecho internacional no impone directamente a las empresas la responsabilidad de respetar los derechos humanos, de hecho cada vez más se evalúa a las empresas privadas según su acatamiento de las normas internacionales de derechos humanos. Es cada vez más generalizada la expectativa de que las empresas observen esas normas en sus respectivas esferas de influencia, expectativa que ha sido manifestada por la sociedad civil internacional, las instituciones internacionales

de derechos humanos, los Estados y las propias empresas[29]. Además, en situaciones en que las actividades de las empresas tendrán en el futuro un impacto importante sobre comunidades indígenas, suele ser poco conveniente que las empresas pasen por alto las normas internacionales pertinentes por razones prácticas. Como ha observado el Relator Especial en su trabajo, no actuar con arreglo a esas normas suele hacer a las empresas vulnerables a dificultades como la pérdida de tiempo y de recursos económicos y les impide lograr o mantener una imagen de responsabilidad social.

57. El Relator Especial ha observado que muchas empresas carecen de una comprensión apropiada de las normas internacionales de derechos humanos relativas a los pueblos indígenas aplicables en los países donde operan, y que muchas empresas no tienen un código de conducta que incorpore debidamente los principios de derechos humanos. Para que las empresas privadas observen realmente las normas de derechos humanos pertinentes en sus respectivas esferas de influencia es necesario que identifiquen, incorporen plenamente y apliquen efectivamente las normas relativas a los derechos de los pueblos indígenas en cada uno de los aspectos de su labor relacionados con los proyectos que emprendan. Además, como parte de la diligencia debida a la que están obligadas, todas las empresas privadas que operen en las inmediaciones de pueblos indígenas deben asegurarse de que, con su comportamiento, no contribuyan a ninguna actuación u omisión del Estado que pudiera infringir los derechos humanos de las comunidades afectadas ni acepten dicha actuación u omisión, como el hecho de que el Estado no consulte adecuadamente a las comunidades indígenas antes de proceder a la realización de un proyecto. Por su parte, el Estado deberá siempre vigilar de cerca el comportamiento de las empresas para garantizar que se respeten plenamente los derechos de los pueblos indígenas y que se recurra plena y debidamente a las consultas exigidas.

29 Véase el Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, John Ruggie, "Proteger, respetar y remediar: un marco para las actividades empresariales y los derechos humanos", (A/HRC/8/5) (2008).

III. Conclusiones y recomendacciones

Cumplimiento del mandato

1. Cooperación con otros mecanismos y órganos

58. La coordinación con el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas y el Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas es un aspecto importante del cumplimiento del mandato del Relator Especial. Estos tres mecanismos, que se crearon en tiempos diferentes y en respuesta a momentos diferentes del movimiento internacional para proteger los derechos de los pueblos indígenas, tienen mandatos complementarios pero que se superponen en ciertos aspectos. Los esfuerzos actuales de coordinación entre esos tres organismos deben fortalecerse y consolidarse para que se conviertan en una característica permanente de su labor tanto conjunta como independiente.

59. Asimismo, el Relator Especial acoge con satisfacción las oportunidades de cooperación con los organismos y programas de todo el sistema de las Naciones Unidas, así como con las instituciones regionales y especializadas. Esta cooperación deberá continuar para promover la sensibilización sobre las cuestiones indígenas y las actividades programáticas que conduzcan a la incorporación de esas cuestiones y a la aplicación efectiva de las normas relativas a los derechos de los indígenas confirmadas en los instrumentos internacionales pertinentes.

2. Esferas de trabajo

60. La labor del Relator Especial en virtud de su mandato se inscribe en cuatro esferas que se relacionan entre sí y se refuerzan mutuamente: la promoción de las buenas prácticas, los estudios temáticos, los informes de países y las denuncias de violaciones de los derechos humanos, siendo esta última la categoría que ha requerido mayor atención de manera sistemática. El Relator Especial agradece la cooperación que ha recibido de varios Estados, pueblos indígenas y otros en todos los aspectos de su labor. Exhorta a los Es-

tados que no han respondido a sus comunicaciones sobre denuncias de violaciones de los derechos humanos a que lo hagan, y también insta a los Estados a que respondan positivamente a sus solicitudes de visitas a los países.

3. El deber de celebrar consultas

61. Un problema fundamental al que se ha enfrentado repetidamente el Relator Especial es la falta de consultas apropiadas con los pueblos indígenas sobre cuestiones que afectan su vida y sus territorios. Diversas situaciones de conflicto y expresiones profundas de descontento, desconfianza e incluso cólera de pueblos indígenas en diferentes escenarios en todo el mundo están relacionadas con una falta de consultas apropiadas. El Relator Especial considera que los Estados y otras partes interesadas necesitan orientación sobre los parámetros normativos pertinentes y las medidas necesarias para cumplir con el deber de celebrar consultas con los pueblos indígenas de conformidad con las normas internacionales. En los párrafos siguientes el Relator Especial resume sus conclusiones sobre determinados aspectos del deber de celebrar consultas y aporta sus recomendaciones.

4. Marco normativo y leyes, políticas y prácticas nacionales

62. De conformidad con la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas y con el Convenio Nº 169 de la OIT, los Estados tienen el deber de consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos especiales y diferenciados sobre los asuntos que les conciernen, con la finalidad de obtener su consentimiento libre, previo e informado. Basado en el entendimiento de la marginación relativa y las condiciones desfavorables de los pueblos indígenas en relación con los procesos democráticos normales, este deber dimana del derecho primordial de los pueblos indígenas a la libre determinación y de los principios de soberanía popular y gobierno por consentimiento y es un corolario de los principios conexos de derechos humanos.

63. El deber de celebrar consultas se aplica siempre que una decisión legislativa o administrativa pueda afectar a los pueblos indígenas en modos

no percibidos por la población general del Estado, y en tales casos el deber se aplica en relación con los pueblos indígenas que se ven particularmente afectados y respecto de esos intereses particulares. El deber de celebrar consultas no solo se aplica cuando la medida propuesta se refiere a derechos sustantivos ya reconocidos en el derecho interno, como los derechos relativos a las tierras.

64. Los Estados deben elaborar mecanismos para determinar y analizar si las medidas legislativas o administrativas propuestas, incluidas las relativas a la extracción de recursos o a otras actividades de desarrollo, afectan los intereses particulares de los pueblos indígenas y en qué medida lo hacen a fin de determinar la necesidad de iniciar procesos especiales de consultas mucho antes de que se adopten las medidas en cuestión.

65. Las características específicas de los procedimientos de consulta requeridos variarán según la naturaleza de la medida propuesta, el alcance de su impacto en los pueblos indígenas y la naturaleza de los intereses o derechos de los pueblos indígenas que estén en juego. Sin embargo, en todos los casos en que se aplique el deber de celebrar consultas su finalidad deberá ser obtener el consentimiento o el acuerdo de los pueblos indígenas afectados. De ahí que las consultas deban realizarse en las primeras etapas de la elaboración o planificación de la medida propuesta a fin de que los pueblos indígenas puedan verdaderamente participar e influir en el proceso de adopción de decisiones.

66. El principio de que el consentimiento de los pueblos indígenas deberá ser la finalidad de las consultas no implica que la obtención del consentimiento sea un requisito absoluto en todas las situaciones. En todos los casos, es fundamental que el Estado haga un esfuerzo de buena fe para llegar a un acuerdo. Los pueblos indígenas también deben procurar de buena fe alcanzar el consenso sobre las medidas propuestas y evitar las posiciones inflexibles cuando las medidas propuestas se basen en intereses públicos legítimos.

67. No obstante el carácter necesariamente variable de los procedimientos de consulta en los diversos contextos, los Estados deben definir en la ley los procedimientos de consulta requeridos para determinadas categorías de actividades, como las de extracción de recursos naturales, que se realizan

en territorios indígenas o que los afectan. Dichos procedimientos, previstos en leyes o reglamentos o en mecanismos especiales de consulta, deben por su parte ser elaborados en consulta con los pueblos indígenas.

68. La celebración de consultas con los pueblos indígenas sobre los elementos mismos del procedimiento de consulta que habrá de emplearse no solo ayuda a garantizar que el proceso sea eficaz sino que, además, es una medida de fomento de confianza importante y necesaria. Se necesitan además otras medidas de fomento de la confianza.

69. A este respecto, los Estados deben hacer todo lo posible para que los pueblos indígenas puedan organizarse y determinar libremente sus representantes para las deliberaciones de consulta, y deben propiciar un clima de respeto y apoyo a la autoridad de esos representantes. Por su parte, los pueblos indígenas deben trabajar, cuando se requiera, para aclarar y consolidar sus estructuras y organizaciones representativas para que puedan funcionar eficazmente en relación con los procedimientos de consultas.

70. Los Estados deben hacer además análisis y evaluaciones apropiadas de las repercusiones de las medidas legislativas o administrativas propuestas y ponerlos adisposición de los pueblos indígenas afectados, junto con toda la información pertinente, mucho antes de las negociaciones. Los Estados deben también procurar que los pueblos indígenas tengan la capacidad técnica adecuada y los recursos financieros suficientes para participar efectivamente en las consultas, sin utilizar dicha asistencia para influir en las posiciones de los indígenas en las consultas.

71. Los organismos y programas pertinentes del sistema de las Naciones Unidas, así como las ONG interesadas, deben elaborar formas de proporcionar a los pueblos indígenas acceso a la capacidad técnica y los recursos financieros que necesitan para participar efectivamente en las consultas y las negociaciones conexas.

72. Incluso cuando, en la práctica, son las empresas privadas las que pro mueven o llevan a cabo las actividades que afectan a los pueblos indí-

genas, como la extracción de los recursos naturales, siguen incumbiendo a los Estados la responsabilidad de celebrar las consultas adecuadas o de garantizar su realización. Por su parte, las empresas privadas, no por obligación jurídica sino como cuestión política, deben ajustar siempre su conducta a las normas internacionales pertinentes relativas a los derechos de los pueblos indígenas, incluidas las relacionadas con las consultas.

73. Las empresas privadas que operen o se propongan operar en tierras indígenas o en sus inmediaciones deben adoptar códigos de conducta por los que se obliguen a respetar los derechos de los pueblos indígenas de conformidad con los instrumentos internacionales pertinentes, en particular la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. Los Estados deben elaborar mecanismos específicos para vigilar de cerca el comportamiento de las empresas a fin de garantizar que se respeten plenamente los derechos de los pueblos indígenas y que se recurra plena y debidamente a las consultas exigidas.

74. Los Estados deben adoptar medidas para mejorar la capacidad de mediación de los organismos gubernamentales, en colaboración con las empresas si procede, para tratar los posibles conflictos de intereses en relación con las tierras y recursos indígenas y trabajar con todas las partes interesadas para aplicar dichos mecanismos y garantizar a ese respecto a los pueblos indígenas la igualdad de oportunidades y la protección contra la discriminación.

III

Pueblo Afroecuatoriano

Derechos colectivos y pueblo Afroecuatoriano

Jhon Antón Sánchez

Sumario

I. Los Derechos Colectivos: Generalidades. **1.1.** Fundamento. **1.2.** Derechos Colectivos y Derechos Humanos. **1.3.** Los derechos colectivos y el Estado Social del Derecho. **1.4.** Los derechos colectivos al amparo de los instrumentos jurídicos internacionales. **1.5.** Los derechos colectivos como expresión del derecho al desarrollo. **1.6.** Los derechos colectivos y la Declaración de Durban. **1.7.** Los derechos colectivos como expresión del Etnodesarrollo de los pueblos. **1.8.** Los derechos colectivos desde el ámbito nacional. **II.** La realidad de los afroecuatorianos en el País. **2.1.** La identidad afroecuatoriana: negaciones e invisibilización. **2.2.** De-construyendo y re-construyendo lo afro. **2.3.** Los aportes a la edificación de la Nación. **2.4.** Exclusión, racismo y discriminación de los afrodescendientes. **2.5.** El panorama de la pobreza de los afroecuatorianos. **2.6.** Los derechos colectivos: una medida de acción afirmativa para superar la pobreza la desigualdad y el racismo. **III.** Los Derechos Colectivos y los Afroecuatorianos. **IV.** El Contexto del reconocimiento del carácter de pueblo y los derechos colectivos a los afroecuatorianos. **4.1.** La Constitución de 1998. **4.2.** La ley de derechos colectivos. **4.3.** Constitución Política de 2008. **V.** Conclusión.

Introducción

Los derechos colectivos de los pueblos y nacionalidades, amparados en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y en la Constitución de 2008, se entienden como un conjunto de principios, normas y disposiciones que reconocen derechos y obligaciones para las sociedades ancestrales, pueblos, grupos étnicos o minorías culturales. Se trata de una concepción moderna de los derechos humanos, la cual le instaura sentido jurídico más amplio y garante de un verdadero Estado Plurinacional e Intercultural, que contempla, entre otros aspectos, el pluralismo legal al concebir, no solo a los individuos sino a las colectividades como sujetos de derechos. Este cambio sustancial en el ordenamiento jurídico permite que los afrodescendientes sean sujetos de derechos.

Los derechos colectivos constituyen un aporte nuevo al ordenamiento jurídico del país multiétnico y del Estado Social de Derecho Ecuatoriano, sin embargo el reto de la sociedad ecuatoriana está en que el Estado garantice realmente el pleno ejercicio de estos derechos, donde uno de los instrumentos eficaces y garantes sería la expedición de un paquete legislativo que de manera expresa los reglamente.

El presente artículo tiene como objetivo presentar los principales argumentos sobre la naturaleza de los derechos colectivos en el pueblo afroecuatoriano.

I. Los Derechos Colectivos: Generalidades

1.1. Fundamento

Los derechos colectivos de los pueblos y nacionalidades hacen parte de los Derechos Humanos, donde no solo los individuos o ciudadanos tienen derechos, sino también las colectividades o grupos sociales son sujetos de derechos.

Se estructuran bajo una concepción moderna de los derechos humanos, la cual le instaura sentido jurídico más amplio y garantiza la instauración de un verdadero Estado multiétnico y pluricultural, que contempla, entre otros aspectos, el pluralismo legal al concebir, no solo a los individuos sino a las

colectividades como sujetos de derechos. Este cambio sustancial en el ordenamiento jurídico permite que los afrodescendientes sean sujetos de derechos como pueblo o colectividad.

Los derechos colectivos constituyen un aporte nuevo al ordenamiento jurídico del país multiétnico y del Estado Social de Derecho Ecuatoriano, sin embargo el reto de la sociedad ecuatoriana está en que el Estado garantice realmente el pleno ejercicio de estos derechos, donde uno de los instrumentos eficaces y garantes sería la expedición de un paquete legislativo que de manera expresa los reglamente.

1.2. Derechos Colectivos y Derechos Humanos.

La Carta de los Derechos Humanos en sus partes reza: "toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sin distinción de ningún tipo en particular de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional, nacimiento o cualquier otra condición". (Carta de los Derechos Humanos, 10 de diciembre 1948).

Pese a este postulado universal, se ha demostrado en la práctica que los derechos humanos de los pueblos, los grupos étnicos o las minorías culturales han sido los más vulnerados. Como se ha manifestado a través de varios episodios históricos: sobre estas sociedades han recaído acciones negativas que han impedido el goce definitivo de tales derechos. En efecto, sobre las minorías culturales han incurrido fenómenos de esclavitud, discriminación, segregación, racismo, colonialismo, apartheid, y otras formas conexas de exclusión que en muchas circunstancias ha conllevado al etnocidio y al exterminio total. De modo que al momento de garantizar los derechos humanos a las minorías culturales, el asunto se vuelve complejo, esto por cuanto dichas sociedades, en su carácter de identidades colectivas, tratan de defender sus visiones del mundo que los hacen diferentes y por ello demandan del Estado el cumplimiento, no sólo de los derechos humanos fundamentales, sino otro tipo de derechos concebidos como el único instrumento garante de la supervivencia como pueblo.

Los Derechos Colectivos hacen parte de la complejidad de los derechos humanos, los cuales son universales, indivisibles e interdependientes, es decir que todos los derechos tienen el mismo valor y unos y otros están relaciona-

dos entre sí. Existen varias clasificaciones de derechos, de los cuales se destacan *los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales,* pero además como un grupo especial aparecen los *derechos colectivos,* los cuales especifican ya no derechos individuales sino de colectividades. Entre el conjunto de derechos colectivos se destacan *los derechos de los pueblos; el derecho a la paz; el derecho al desarrollo; derecho al medio ambiente sano y el derecho de los consumidores.* Los derechos colectivos de los pueblos nacen al amparo del favorecimiento de una pluralidad de individuos que se autoidentifican étnicamente y se declaran como pueblo. Una de sus característica tiene que ver con que ante una eventual violación, todos los miembros de la comunidad son sujetos de derechos y sus beneficios no son indivisibles entre la colectividad.

Tipos de Derechos Humanos

1. Los de primera generación: Los derechos civiles y políticos
2. Los de segunda generación: Los derechos económicos, sociales y culturales
3. Los de tercera generación: Los derechos colectivos
   - El derecho a la paz
   - El derecho al desarrollo
   - El derecho al ambiente sano
   - El derecho de los consumidores
   - El derecho de los pueblos

1.3. Los derechos colectivos y el Estado Social del Derecho.

La vigencia de los derechos colectivos se enmarca dentro de la concepción del Estado Social de Derecho. El Ecuador es un Estado Social de Derecho según la Constitución Ecuatoriana. Tal declaración obliga al Estado, no sólo a reconocer y garantizar los derechos de los ciudadanos, sino a asumir un conjunto de responsabilidades y compromisos para hacer que todos los ecuatorianos, a partir de sus especificidades culturales, sociales y políticas, puedan

gozar de sus derechos y cumplir con sus deberes de solidaridad social. De modo que el Estado debe romper los obstáculos económicos y sociales que impiden a los ciudadanos el pleno disfrute de los derechos de libertad, igualdad y justicia social, en su dimensión individual y colectiva. El Ecuador está frente a nueva visión, nuevos instrumentos, nuevas leyes, nuevos métodos, nuevas creaciones, que garanticen una ciudadanía social, presupuesto que garantiza a su vez una realización plena de la ciudadanía política.

El Estado Social de Derecho además es un Estado democrático entendido desde un ámbito político de designación de los gobernantes y como democracia social en la medida que desarrolla el principio de igualdad. Tiene como fin el desarrollo integral en un sentido político, económico, social y cultural.

Por su naturaleza busca satisfacer las necesidades básicas de los individuos, priorizando las necesidades de los más débiles mediante una distribución equitativa de los recursos. Para el pueblo afroecuatoriano, en el ámbito del Estado Social de Derecho, el Ecuador debe garantizar sus derechos como pueblo (derechos colectivos), toda vez que ellos son fundamentales y, por tanto, de inmediata realización.

1.4. Los derechos colectivos al amparo de los instrumentos jurídicos internacionales

La protección de los grupos étnicos y el reconocimiento de sus derechos colectivos dentro del Estado Social de Derecho y en el contexto de la Nación Multiétnica y Pluricultural es realmente un tema novedoso a la vez que desconocido y poco analizado en el Ecuador. Actualmente suceden argumentaciones negativas para su garantía, en especial aquellas que dan una interpretación cerrada a los Derechos Humanos en el sentido de que el reconocimiento de derechos colectivos a los grupos étnicos rompe con el principio de universalidad de los derechos fundamentales; otros consideran que con este reconocimiento se está fracturando el derecho a la igualdad el cual no concibe diferenciaciones sociales y culturales rasgos determinantes para la asignación de derechos diferenciados a nivel constitucional.

Sin embargo al amparo del derecho internacional y de la misma Constitución, los derechos colectivos de las minorías nacionales y de los grupos

étnicos, como los afrodescendientes, gozan de una legitimidad natural y política, toda vez que se reconoce que dichas pueblos minoritarios históricamente ha estado subordinados, amenazados y explotados por el grueso de la sociedad nacional que frente a ellos ha mantenido relaciones de poder asimétricas, expresadas en discriminación, exclusión y desigualdad, con sus consecuentes condicionantes de pobreza y marginalidad, hasta el punto que muchas minorías y grupos étnicos están en completa vulnerabilidad y riesgo de extinción. Los afroecuatorianos se encuentran dentro de estos grupos culturales minoritarios históricamente explotados y marginados desde la esclavitud, sometidos al colonialismo, la enajenación, la discriminación institucional y el racismo.

Ante la preocupación internacional por tales efectos vergonzosos frente a las minorías culturales y los grupos étnicos vulnerables, en 1963 la Asamblea General de la ONU decidió aprobar oficialmente la 'Declaración sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial', instrumento que fue adoptado por la Asamblea General de la ONU el 21 de diciembre de 1965 y entró en vigor el 4 de enero de 1969. Esta declaración busca imponer, garantizar y fomentar los derechos de aquellas comunidades o pueblos injustamente sometidos a los fenómenos de discriminación y racismo, llamando la atención sobre lo aberrante de esta conducta y su necesidad de erradicarla, al menos desde la intencionalidad de normas, leyes y demás instrumentos internacionales que se pudieran desprender, como en efecto se han desprendido.

Otros instrumentos internacionales garantes de los derechos y de la protección de los pueblos, grupos étnicos y minorías culturales adoptados tanto por las Naciones Unidas como por otras instancias multilaterales son: i) Declaración sobre la Raza y los Prejuicios Raciales, adoptada y proclamada por la Conferencia General de la UNESCO (Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (27 de noviembre 1978); ii) Proclamación de la Primera y la Segunda décadas de Combate al Racismo y la Discriminación Racial (aun cuando sus objetivos principales no fueran alcanzados); iii) Tercera Década de Combate al Racismo y a la Discriminación Racial y su Programa de Acción a partir de 1993; iv) La Declaración y el Plan de Acción de la III Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia, las formas conexas de Intolerancia (Durban, Sudáfrica, 2001), v) Declaración de Viena sobre el Derecho al Desarrollo (ONU 1986).

1.5. Los derechos colectivos como expresión del derecho al desarrollo

Del mismo modo, los derechos colectivos se amparan en el marco de lo que las Naciones Unidades denominan el Derecho al Desarrollo. En 1986 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la declaración sobre el derecho al desarrollo, en la que se reconoce "que el desarrollo es un proceso global económico, social, cultural y político que tiende el mejoramiento constante del bienestar de toda la población y de todos los individuos sobre la base de su participación activa, libre y significativa en el desarrollo y en la distribución justa de los beneficios que de él se derivan". Igualmente esta declaración confirmó que el derecho al desarrollo es un derecho humano inalienable y que "la igualdad de oportunidades para el desarrollo es una prerrogativa tanto de las naciones como los individuos que la componen"[1].

La consagración del derecho al desarrollo como derecho colectivo, por primera vez la hace el convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) *Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes,* adoptado en junio de 1989 y entrado en vigencia en septiembre de 1991. Este convenio adoptado y ratificado por el Ecuador, incorporado tanto en la Constitución Nacional de 1998 como la del 2008, tiene como filosofía adoptar normas internacionales para los pueblos y minorías étnicas como medidas tendientes a evitar la asimilación cultural y a garantizar su supervivencia.

El convenio parte de reconocer el derecho de los pueblos a asumir sus propias instituciones, formas de vida y su desarrollo económico y el fortalecimiento y conservación de su identidad y cultura. El articulo 7 del convenio instituye de manera precisa el derecho de los pueblos a establecer sus propias prioridades en materia de desarrollo, a ser consultados y a participar en la formulación de todas las iniciativas de desarrollo que en los diferentes ámbitos pudieran afectarlos, igualmente señala que el mejoramiento de su bienestar, debe ser prioridad en los planes de desarrollo que se planifiquen o adelanten en las áreas en las que habiten. Esta formulación es la base de los argumentos de los pueblos afrodescendientes de diversos países de América, incluyendo los Afroecuatorianos, para exigir el derecho al desarrollo diferenciado como materialización de sus derechos colectivos.

1 Declaración sobre el derecho al desarrollo.

Los derechos colectivos de los pueblos son propios de los grupos de individuos que se autoidentifican étnicamente y se declaran como pueblo. Estos derechos no son individuales, ellos son de todas los miembros de las comunidades y sus beneficios no son indivisibles entre la colectividad.

Las clases de derechos colectivos de los pueblos son:

- El derecho al Territorio.
- El derecho a la autonomía de gobierno y política.
- El derecho a la identidad cultural.
- El derecho a la participación.
- El derecho al etnodesarrollo.
- El derecho a tener sus propias instituciones culturales y sociales.
- El derecho al disfrute del medio ambiente y de los recursos naturales.

1.6. Los derechos colectivos y la Declaración de Durban

Una referencia explícita al derecho de desarrollo diferenciado para los afrodescendientes está consignada en la Declaración y Plan de Acción de la Conferencia Regional de América preparatoria de la Tercera Conferencia Mundial Contra el Racismo, realizada en diciembre del 2000 en Santiago de Chile y en la Declaración de Durban de 2001. En tales declaraciones se hace un llamado explícito a los Estados para recocer la existencia de los afrodescendientes y al reconocimiento de sus derechos, entre ellos el derecho al desarrollo[2].

Así mismo en la Declaración de Durban se reconoció ampliamente la necesidad de que los estados implementen acciones garantes de los derechos de las minoría étnicas o culturales como una medida eficaz para resarcir y reparar los daños de la esclavización, el racismo y la discriminación. Se impone entonces la necesidad de que los Estados nacionales establezcan medidas de reparación y de acciones afirmativas, como medios para restaurar los derechos humanos y las libertades afectados por el proceso de discriminación.

2 Conferencia Regional de las América. Conferencia Mundial contra el Racismo. Santiago de Chile, diciembre del 2000.

1.7. Los derechos colectivos como expresión del Etnodesarrollo de los pueblos

En la literatura antropológica y sociológica, el derecho al desarrollo diferenciado, se conoce con el nombre de *etnodesarrollo,* cuyo contenido se define en el entendido que las bases materiales del desarrollo están constituidas por los valores culturales, la organización social, los recursos naturales y humanos y la base material y espiritual desarrolladas por los pueblos a lo largo de su historia, en la que estos pueblos han configurado también sus más significativos aportes a la historia presente de la humanidad, entre los que se cuentan, los conocimientos y manejos del medio natural, la domesticación de plantas y animales y el manejo de diversas especies y la conservación de bancos de germoplasma, las relaciones entre sociedad y naturaleza, relaciones de solidaridad y cooperación.

En el centro del concepto de etnodesarrollo está la capacidad, el derecho, y en la mayoría de los casos, el reclamo para su efectiva implementación, de un desarrollo autodeterminado y autogestionado. Noción que es un referente importante para superar la mirada que se tiene de las minorías étnicas en el común de la sociedad. Pero también en las instancias institucionales, que tradicionalmente consideran a estos pueblos, sus modos de vida y sus aspiraciones como ubicadas en el campo de atraso. Esta lectura en muchos casos ha legitimado iniciativas que terminan presionando los territorios, el medio natural y las condiciones de vida de estos pueblos y poniendo en riesgo su sobrevivencia física, su cultura e identidad.

1.8. Los derechos colectivos desde el ámbito nacional

Desde el ámbito nacional, la existencia de derechos colectivos reconocidos para los afrodescendientes, se fundamenta en la misma Constitución Política de 1998 cuando los declara como "Pueblos negros o Afroecuatorianos" (artículos 83) y les consagra un conjunto de mas de 15 derechos en los que les sea aplicable (artículos 84 y 85). Estos derechos son nuevamente reconocidos en la carta política del 2008 en sus artículos 56, 57 y 58. En otras normas secundarias como la Ley de Derechos Humanos, se hace un reconocimiento expreso a los derechos colectivos, al multiculturalismo y a la interculturali-

dad. Se trata de un justo reconocimiento a un pueblo que comparte una historia común que tiene que ver, entre otras cosas, con la esclavización a la que estuvieron sometidos hasta hace 150 años, la construcción y recreación cultural a partir del cruce de muchas culturas de origen africano y de éstas con la indígena y la española.

La introducción de los derechos colectivos para los pueblos negros se justifica en el entendimiento de que son necesarios para enfrentar el estado de exclusión y discriminación que históricamente ha caracterizado a los afroecuatorianos. Pero no es suficiente con el reconocimiento internacional de los derechos humanos universales, ni la igualdad formal ante la ley; se requiere de otra modalidad de derechos que se apliquen a favor de la pluralidad de individuos culturalmente agrupados. Entre el conjunto de derechos colectivos se contemplan: i) el derecho a la identidad, ii) los derechos económicos y de propiedad, iii) a la posesión colectiva del territorio y los recursos naturales, iv) la participación, la consulta y la concertación, v) los derechos culturales y protección del patrimonio y el conocimiento tradicional, vi) el derecho al Etnodesarrollo.

Empero, las transformaciones sociales, políticas y jurídicas que han obligado el cambio de modelo de Estado tanto en Ecuador como en otras naciones de la Región, no han sido fáciles, e incluso han sido limitadas. Pues en el terreno de lo práctico la instauración de un estado multiétnico garante de los derechos humanos y colectivos afrodescendientes ha encontrado la barrera de posiciones dominantes, tradicionales que se resisten al rompimiento del orden jurídico y político imperante.

Por tanto, muchas veces la adopción de políticas públicas incluyentes han quedado solo en el plano de la formulación, dejando enormes vacíos entre la expedición de la norma y en la concreción de la misma.

II. La realidad de los afroecuatorianos en el País

Algunos países de América Latina, en especial Ecuador, reconocen en su normatividad el carácter étnico de las comunidades afrodescendientes o negras, las cuales han desarrollado unas prácticas culturales muy particulares que las distinguen como un grupo étnico diferenciado, con sus rasgos propios

de identidad cultural, etnohistoria, organización social, estructura de parentesco, modos y prácticas tradicionales de producción, ejercicio de una territorialidad, apropiación de instituciones políticas, entre otros elementos como cosmovisión, espiritualidad, pensamiento y conocimiento ancestral que redefinen la complejidad de su mundo[3].

2.1. La identidad afroecuatoriana: negaciones e invisibilización

Un aspecto característico y relevante del carácter étnico de los afrodescendientes en América Latina es su identidad colectiva que les otorga un rasgo característico sui géneris y diferenciador. La identidad colectiva se conceptualiza como la unidad de ciertas características sociales y humanas compartidas por un grupo social cohesionado, ésta además no es una categoría acabada, pues su naturaleza obedece a largos procesos de construcción que sólo logran concretarse en proyectos históricos de mediano y de largo plazo. Así, la identidad tiene importancia en la medida en que está conectada a una trayectoria histórica de un grupo cultural que responde a determinadas concepciones de vida y de universo.

En este sentido la construcción de la identidad colectiva de los pueblos afrodescendientes ha sido más dolorosa y traumática, porque el proceso no ha merecido la adecuada atención del Estado y de la sociedad; por el contrario se ha invisibilizado y estigmatizado a la colectividad como parte del grueso de la identidad nacional, considerándola asimilada a la sociedad mayoritaria

En el caso particular del Ecuador, la identidad afroamericana ha sido percibida por las élites nacionales como una marcada inferioridad, aun más que los indígenas, invisibilizada y excluida, sometida a la ideología del blanqueamiento y a pretendidas estrategias de homogeneidad mestiza nacional, que retóricamente integra al pueblo afrodescendiente y a la vez lo excluye mediante sesgos particulares de discriminación, exclusión y racismo. Además, cuando se trata de grandes reflexiones sobre la cultura nacional, los afros han estado prácticamente ausentes cuando no marginalizados y vistos como un verdadero problema, difícil de incorporar la civilización (*Norman Whitten 1988*). En efecto, para 1916 el intelectual Alfredo Tamayo Espinoza ya había

3 Antón Sánchez John (Editor) Las Comunidades negras en Colombia. Visión, Gestión y Proyección. Dirección de Comunidades Negras Min Interior. Bogotá. 1996.

escrito que *los negros son la raza menos apta para incorporarse a la civilización.* Y por si fuera poco, un profesor de anatomía y etnología de la Universidad Central en 1955 se refirió que: *el negro busca asemejarse al blanco (…) como vive sólo el presente y no le preocupa su mejoramiento económico y cultural, vegeta en una pobreza que es física y espiritual a la vez (De la Torre 2002).*

2.2 . De-construyendo y re-construyendo lo afro

A más de estas negaciones hechas por los intelectuales colonizadores, reflejo de una franca enfermedad de la mente, como diría el etnosiquiatra Franz Fanón (1964), sobre el afroecuatoriano recae toda una serie de prejuicios raciales, estereotipos e intentos *civilizadores* de blanqueamientos. Una frase popular afirma que *negro no piensa después de las doce.* Mientras aun muchos niños ecuatorianos juegan rondas donde se asocia al negro con el canibalismo y el vampirismo.

De todas formas, algunos autores afroamericanistas coinciden en que el proceso de formación de la identidad de los pueblos afrodescendientes de América Latina ha pasado por momentos de *deconstrucción y reconstrucción,* por rupturas y continuidades que transitan por la obligada ruta histórica caracterizada por el trasegar en América. Paralelismo que debe ser entendido como una respuesta estratégica a la esclavización, a la necesidad de adaptación inminente que le exigía las nuevas condiciones ambientales y políticas de América[4].

En efecto, en América al africano, además de que fue explotado como fuerza generadora de plusvalía que luego desarrolló el capitalismo en Occidente, es necesario entenderlo como un ser cultural que acumuló ricas experiencias de África, demostrando que una persona expoliada de su cultura y medio natural, es capaz de recrear y enriquecer sus ideas para re-generar los valores tradicionales de origen. Es decir, que pese al régimen de opresión y expoliación que sufrieran los africanos en América, ningún otro ser o pueblo en la historia de la humanidad ha respondido con mayor capacidad de resistencia y creatividad cultural.

4 Zapata Olivella Manuel. Las Claves Mágicas de América. Plaza y Janes. Bogotá 1989 pág. 102.

2.3. Los aportes a la edificación de la Nación

Las negaciones que subyacen tanto subconscientes como en concientemente en el colectivo navegan en un mar de contradicciones propias de una sociedad racista y pos esclavista como la ecuatoriana. Dichas opiniones contrastan con el *sentimiento* y el *orgullo patrio* que los blanco-mestizos profesan cuando se trata de vibrar ante la pasión que despierta la selección nacional de fútbol mundialista compuesta en un 70% por jugadores afros de Esmeraldas o el Valle del Chota (regiones tradicionales de asentamiento ancestral afro). Pero el afrodescendiente en el Ecuador no solo es fútbol, marimba y bomba (aires musicales afros), *encocados de la Costa* o menestras de frijoles del Chota; tampoco es cuentos y leyendas, ni cuidadores de bosques tropicales de biodiversidad endémica, ni playas eco-turísticas de Esmeraldas o Atacames.

Desde la historia estuvieron presentes en la misma fundación de Quito en 1934; crearon el primer territorio libre en tierra firme americana en la Costas de Esmeraldas en 1553 con el Reino de los Sambos bajo el Cimarrón Alonso de Illescas, recientemente declarado Héroe Nacional; forjaron la economía nacional desde los reales de minas de Loja, Zaruma y Zamora; generaron plusvalía y capital agroindustrial como esclavizados y conciertos en las haciendas de algodón y caña de azúcar en el Valle del Chota; participaron como carne de cañón en las gestas independistas, tal como sucedió el 5 de agosto de 1820 con la Insurrección de Río Verde en Esmeraldas; y por si fuera poco, en 1865 durante la guerra civil, en la costa conformaron las montoneras liberales al lado del general Eloy Alfaro; además de que sus brazos obreros construyeron los puertos de Guayaquil y Esmeraldas y fueron claves en el auge del banano y en la construcción del ferrocarril.

Uno de los más grandes aportes del pueblo afro a la edificación de la Nación ha sido desde la Literatura y la Política. En el primer escenario figuras como Adalberto Ortíz, (1914 - 2002), Nelson Estupiñán Bass, (1915 - 2001) y Antonio Preciado Bedoya (1944), todos afroesmeraldeños, han dejado en alto las letras ecuatorianas. En 1942 Ortiz ganó el Concurso Nacional de Novelas, en 1993 Estupiñan fue galardonado con la principal distinción de literatura nacional, el Premio Espejo, y en 1998 fue candidatizado al premio Nobel de Literatura. Preciado, por su parte como el máximo poeta de la negritud ecuatoriana fue recientemente Embajador del país ante la UNESCO.

En la política, no podría haber mejor representante que el primer abogado afro, Jaime Hurtado, el afroecuatoriano más influyente en la vida política del país, fundador del Movimiento Popular Democrático (MPD) de tendencia marxista leninista. En 1979 electo diputado nacional, candidato a la presidencia de la república en 1984 obteniendo el cuarto puesto con el 7% de votos, nuevamente candidato presidencial en 1988, luego en 1998 es de nuevo diputado, pero en ese mismo año es asesinado en Quito, sin que hasta hoy se esclarezcan los hechos.

2.4. Exclusión, racismo y discriminación de los afrodescendientes

La revisión que sobre las condiciones socioeconómicas de los afroecuatorianos parte del entendido que estos pueblos históricamente sufre problemas estructurales que impiden el logro de su desarrollo humano desde la perspectiva de la equidad, sin discriminación y sin exclusión. En efecto, los fenómenos de discriminación y el racismo se han convertido en uno de los principales obstáculos para el desarrollo integral de los países de América Latina. Según CEPAL (2002), su impacto ha traído secuelas de pobreza, exclusión y desigualdad a la vida de millones de personas, principalmente a los afrodescendientes[5].

Según el organismo de Naciones Unidas, "el origen étnico-racial influye de manera importante en la posición que ocupan las personas dentro de la estructura social, siendo la discriminación y la exclusión los mecanismos a través de los cuales un grupo dominante mantiene y justifica la subordinación social y económica de otros, reproduciendo y perpetuando la inequidad"[6].

Recientemente, el año 2003, el Banco Mundial en su informe sobre "Desigualdad en América Latina y el Caribe" llamó la atención sobre la relación estrecha entre pobreza, desigualdad y grupos culturales históricamente discriminados y víctimas del racismo. El Banco Mundial concluye que las desigualdades raciales y étnicas tienen profundas raíces históricas que se remontan a los períodos coloniales, cuando la demanda de mano de obra de

5 Bello Álvaro y Marta Rancel. La Equidad y la exclusión de los indígenas y afrodescendientes en América Latina y el Caribe. En *Revista CEPAL 76.* Abril de 2002. Santiago. Pág 40

6 *Ibid., op. cit.*

los colonizadores europeos se satisfacía mediante la opresión de la población o la importación en gran escala de esclavos africanos[7].

En la actualidad los afrodescendientes representan entre el 15% y el 30% de la población de la Región, sin embargo en muchos países son tratados como minorías, aunque tal vez no lo sean y por tanto no son tenidos en cuenta como sujetos sociales relevantes en la dinámica socioeconómica de los países, situación que permite profundizar su condición de excluidos históricos y por tanto relegados de las políticas sociales.

Los pueblos afrodescendientes y los indígenas presentan los peores indicadores económicos y sociales, y son en gran medida los más pobres de América Latina (Psacharopoulos y Patrinos 1994, 1999)[8]. Según CEPAL "la mayor parte vive en condiciones de extrema pobreza"[9]. Y entre los factores originarios de su situación de pobreza se destaca la negación al derecho a la educación que considere sus especificidades culturales, la perdida progresiva de sus tierras, el quiebre de sus economías comunitarias, además de procesos de migración forzada que les obliga a asentarse en grandes cinturones marginales de ciudades donde acceden a trabajos precarios, mal pagos y mala calidad y de gran agotamiento físico.

Además de lo anterior, para CEPAL el problema de pobreza de los afrodescendientes posee mayor dimensión si se tiene en cuenta que las sociedades latinoamericanas se han estructurado bajo un sistema de prejuicios raciales, de estereotipos y estigmatización a partir del color de la piel, la cultura o la religión. En muchos países se sigue considerando al afrodescendiente como un ser del mal, inferior, de segunda categoría y muchas veces condenado a vivir en la pobreza, la delincuencia y la marginalidad. Esta situación ha traído como consecuencia que estas comunidades presenten mayor déficit histórico respecto de sus posibilidades de acceso a los beneficios económicos y de reconocimiento de sus identidades y derecho colectivo.

7 *Desigualdad en América Latina y el Caribe. ¿Ruptura con la Historia?* Banco Mundial. Edición de conferencia. Octubre de 2003: 25-26.

8 Pascharopoulos, George y Padrinos, Henry. "Los pueblos indígenas y la pobreza en América Latina. Un Análisis empírico. En CEDALE: *Los Estudios sociodemográficos de los pueblos indígenas.* Santiago de Chile, 1994.

9 Bello, Álvaro y Hopenhayn, Martín. Discriminación etnico racial y xenofobia en América Latina y el Caribe. CEPAL, Serie Políticas Sociales 47. Santiago, mayo de 2001, pág15.

2.5. El panorama de la pobreza de los afroecuatorianos.

Ecuador es el cuarto país de América del Sur con presencia afrodescendiente, luego de Brasil, Colombia y Venezuela. El censo del 2001 los contabilizó en 6004.009 personas entre negros y mulatos, equivalentes al 5%, aunque para las organizaciones la cifra debe ser entre los 900 mil y el 1.200.000. Pese a que ellos poseen dos asentamientos ancestrales ubicados en el Valle del Chota (sierra norte) y Esmeraldas, prácticamente están en las 22 provincias del Ecuador, aunque más del 70% se concentren en Guayas, Pichincha y Esmeraldas.

Prácticamente los afroecuatorianos son urbanos (68.7%). Más de 150 mil viven en Guayaquil, asentados a lo largo del Gran Estero Salado, la zona más marginal del país. En Quito son cerca de 43 mil, mientras que otro tanto viven en Ibarra, Cuenca, Lago Agrio, Santo Domingo y Machala, sin contar cantones muy característicos como San Lorenzo, Eloy Alfaro, Muisne y Quinindé, ubicados en la costa norte.

La situación social de los afroecuatorianos no es la mejor. Pese a que el Ecuador es un país pobre, donde más del 61% de la población está en situación de pobreza por Necesidades Básicas Insatisfechas (NBI), la pobreza es mucho mas marcada en los afros que poseen el 70.6% de pobreza, en comparación con los blancos que solo registran el 40,5% según el Censo del 2001.

En Ecuador siete de cada 10 afros son pobres, pero lo son mucho más si estos viven en las zonas rurales pues en cantones como Eloy Alfaro o San Lorenzo, existen parroquias donde la pobreza llega a 99.6% por NBI.

Otros indicadores que demuestran el grado de exclusión social y económica que los afroecuatorianos padecen incluso después de 1851, año en que oficialmente se da la abolición de la esclavitud, son los referidos a la educación, el empleo y los ingresos. En efecto, en Ecuador la tasa promedio de escolaridad de un afrodescendientes es de 6.15 años, mientras que los blancos registran una tasa de 9.2 años, siendo el promedio 7.2 años. De la misma manera, los jóvenes afros apenas alcanzan una tasa de ingreso a la Universidad de 7 puntos frente a 14 del promedio nacional y de 19 para los blancos

Cómo es natural, a menor educación, menos empleos y por tanto ingresos bajos que impiden la satisfacción de las necesidades imposibilitando salir de la pobreza. Según la encuesta de Desarrollo Social del 2003 ejecutada por en Instituto Nacional de Estadísticas del Ecuador (INEC), los afroecuato-

rianos son los que registran la tasa más alta de desempleo con el 12%, mientras los blancos poseen la tasa más baja con el 9 %. La situación es más dramática al comparar los niveles promedios de ingresos per cápita por hogar: un blanco gana $151,4 dólares, mientras el afro solo alcanza $80,6 siendo el promedio nacional $107 dólares.

La encuesta de empleo del 2006 ubica a los afroecuatorianos como el grupo socio racial o étnico con más alto nivel de desempleo del país con el 12%, por encima de promedio nacional (7.9%). El hecho que los afroecuatorianos obtengan la tasa de desempleo más alta en Ecuador por grupos socio raciales o étnicos, sea el segundo grupo más bajo en obtención de ingresos per capita y por hogares, además que registren las tasas más bajas del país de asistencia tanto escolar como secundaria y universitaria justifica el factor de desigualdad y de exclusión social y económica característico de esta población, cuyas raíces devienen desde la época de la esclavitud sin que hasta el momento existan señales de reparación o compensación para lograr equidad en su desarrollo.

2.6. Los derechos colectivos: una medida de acción afirmativa para superar la pobreza la desigualdad y el racismo.

Como se ha descrito, los afroecuatorianos se encuentran en una gran encrucijada de desigualdad y discriminación frente a otras etnias del país que tienen mejores ingresos, menor tasa de desempleo y mayor tasa de asistencia escolar universitaria. Erradicar este fenómeno que los ubica en los niveles más alto de pobreza, implica el reconocimiento de sus derechos colectivos además de neutralizar los factores de racismo, prejuicio racial y discriminación que implícitamente practica la sociedad ecuatoriana, pero esto no es suficiente, dado que no es fácil suprimir una cultura de exclusión que por siglos la sociedad ha incubado, demostrando sus conflictos identitarios y de aceptación en la pluriculturalidad y la multietnicidad que los caracteriza.

Se requiere, por tanto, medidas más agresivas expresadas en políticas públicas que el Estado debe adoptar para enfrentar con precisión el fenómeno. Se trata de medidas de acción afirmativa a favor de la población afroecuatoriana, tendientes a impulsar programas de inclusión social tal como lo determinó la Declaración y el Plan de Acción del Durban en el 2001, donde

se insta a los estados a impulsar acciones en el campo de la educación, empleo y crédito, entre otras, para los descendientes de africanos víctimas del racismo y postrados en la pobreza

Como una acción importante, las Naciones Unidas en su Declaración y Plan de Acción de Durban reconocen que es preciso tomar medidas a nivel nacional e internacional de forma concreta para resarcir, evitar y combatir el fenómeno. Una de esas medidas tienen que ver con la aplicación por parte de los estados nacionales del párrafo b) del artículo 4 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, donde se impone la obligación de mostrarse vigilantes y de tomar medidas contra acciones o ideas basadas en la superioridad o el odio racial.

Igualmente, en el párrafo 107 de la Declaración de Durban se destaca "la necesidad de diseñar, promover y aplicar en el plano nacional, regional e internacional estrategias, programas y políticas, así como legislación adecuada, que puede incluir medidas especiales y positivas, para promover un desarrollo social equitativo y la realización de los derechos civiles y políticos, económicos, sociales y culturales de todas las víctimas del racismo, la discriminación racial. Una de esas estrategias adecuadas sería la expedición de la ley de derechos colectivos, que en este documento se sustenta.

Particularmente, el Plan de Acción de Durban aboga para que los estados otorguen mejor y mayor acceso a las instituciones políticas, judiciales y administrativas, así como la necesidad de incrementar el acceso efectivo a la justicia, y de garantizar que los beneficios del desarrollo, la ciencia y la tecnología contribuyan a mejorar la calidad de vida de todos lo ciudadanos sin discriminación

Otro paquete de medidas claves para el combate a la discriminación racial y el racismo tiene que ver con aquellas destinadas a lograr una representación apropiada en las instituciones de enseñanza, la vivienda, los partidos políticos, los parlamentos y el empleo, en particular en los órganos judiciales, la policía, el ejército y otros servicios civiles, lo que en algunos casos puede exigir reformas electorales, reformas agrarias y campañas en pro de la participación equitativa.

III. Los Derechos Colectivos y los Afroecuatorianos

Algunos países de América Latina, en especial Ecuador, reconocen en su normatividad el carácter étnico de las comunidades afrodescendientes, las cuales han desarrollado unas prácticas culturales muy particulares que las distinguen como un grupo étnico diferenciado, con sus rasgos propios de identidad cultural, etnohistoria, organización social, estructura de parentesco, modos y prácticas tradicionales de producción, ejercicio de una territorialidad, apropiación de instituciones políticas, entre otros elementos como cosmovisión, espiritualidad, pensamiento y conocimiento ancestral que redefinen la complejidad de su mundo.

Un aspecto característico y relevante del carácter étnico de los afrodescendientes en América Latina es su identidad colectiva que les otorga un rasgo característico sui géneris y diferenciador. La identidad colectiva se podría comprender como la unidad de ciertas características sociales y humanas compartidas por un grupo social cohesionado. Esta además no es una categoría acabada, pues su naturaleza obedece a largos procesos de construcción que sólo logran concretarse en proyectos históricos de mediano y de largo plazo. Así, la identidad tiene importancia en la medida en que está conectada a una trayectoria histórica de un grupo cultural que responde a determinadas concepciones de vida y de universo.

En este sentido la construcción de la identidad colectiva de los pueblos afrodescendientes ha sido más dolorosa y traumática, porque el proceso no ha merecido la adecuada atención del Estado y de la sociedad; por el contrario se ha invisibilizado y estigmatizado a la colectividad como parte del grueso de la identidad nacional, considerándola asimilada a la sociedad mayoritaria

Este carácter de identidad colectiva de los afroecuatorianos les ha permitido el auto reconocimiento como "pueblo", cuyo rasgo distintivo es la etnicidad. De este modo los afroecuatorianos han configurado una identidad colectiva de tipo político y de carácter estratégico, lo que les lleva a reivindicar la protección de su identidad, historia, territorios, cosmovisiones y formas específicas de desarrollo y de participación. Estos elementos propios del pueblo afroecuatoriano son demandados como un conjunto de derechos culturales o colectivos.

IV. El Contexto del reconocimiento del carácter de pueblo y los derechos colectivos a los afroecuatorianos

4.1. La Constitución de 1998

En medio de la crisis social, política y económica que ha sacudido al Ecuador desde la última década de los 90s, en pleno auge de la globalización y el neoliberalismo, la sociedad civil afroecuatoriana, junto con los movimientos indígenas del Ecuador, lograron movilizaciones interesantes que demandaba políticas públicas incluyentes que permitan la instauración de Estado multicultural. La constituyente de 1998 y la Nueva Constitución, fueron el mayor logro.

En ese momento las organizaciones afroecuatorianas centraron sus demandas en reivindicaciones de derechos económicos, sociales, políticos, territoriales y culturales. En esencia se logró que la Constitución de 1998 les reconociera el carácter de Pueblo (art. 1) en el espíritu de lo contemplado en el Convenio 169 de la OIT (1989), y con ello la afirmación de 15 derechos colectivos (art. 83 y 84 de la CP), además de la posibilidad de crear en sus asentamientos tradicionales Circunscripciones Territoriales Afroecuatorianas (CTAs) de acuerdo con los artículos 224, 228, 241 de la Constitución

Bajo estas reivindicaciones logradas en la Constitución de 1998, donde se declara al Estado ecuatoriano como Multiétnico y Pluricultural, la estructura filosófica del ordenamiento jurídico cambia. Se pasa de un estado mono cultural al pluricultural, se instaura un ordenamiento jurídico que se abre al pluralismo legal y se fija un marco de derechos colectivos tanto de los indígenas como de los afroecuatorianos. Todo esto como una condición insalvable para superar la brecha de exclusión, invisibilidad y marginamiento de las culturas subordinadas por el establecimiento dominado por sectores sociales hegemónicos.

En efecto, los afroecuatorianos se encuentran en una gran encrucijada de desigualdad y discriminación frente a otras etnias del país que tienen mejores ingresos, menor tasa de desempleo y mayor tasa de asistencia escolar universitaria. Erradicar este fenómeno que los ubica en los niveles más altos de pobreza, implica el reconocimiento de sus derechos colectivos además de neutralizar los factores de racismo, prejuicio racial y discriminación que implícitamente practica la sociedad ecuatoriana

4.2. La ley de derechos colectivos

El 9 de mayo de 2006 el Congreso de la República del Ecuador aprueba la Ley de Derechos Colectivos del Pueblo Afroecuatoriano. La misma que luego fuera publicada en el Registro Oficial Nro 275 el 22 de mayo de 2006.

Antecedentes

El reconocimiento del carácter de Pueblo a las comunidades afroecuatorianas determinó y legitimó el conjunto de sus derechos económicos, políticos, sociales, culturales, civiles, territoriales y colectivos. Para que dichos derechos sean efectivos, se requiere de su reglamentación, y con ese objetivo las organizaciones y líderes sociales propusieron ante el Congreso de la República la iniciativa legislativa o propuesta de ley De los Derechos Colectivos del Pueblo Afroecuatoriano.

Con el fin de reglamentar los artículos 83, 84 y 85 de la Constitución, la sociedad civil afroecuatoriana presentó varias iniciativas ante el Congreso Nacional. El primer proyecto de ley fue radicado en mayo de 1999 por el entonces diputado Víctor Junior León. El segundo intento fue presentado por la entonces Confederación Nacional Afroecuatoriana (CNA), quien en julio del 2002 le entregó un borrador de reglamentación al diputado indígena Gilberto Talahua. Ambas propuestas fueron sepultadas. La tercera propuesta fue impulsada en el 2005 y 2006 por varias organizaciones y apoyada por el diputado por Esmeraldas, Rafael Erazo.

En esencia las propuestas de reglamentación de los derechos colectivos del pueblo afroecuatoriano buscaban reglamentar y garantizar de forma práctica los 15 derechos colectivos que se referencian en el artículo 84 de la Constitución. Estos derechos son aplicables de forma substancial y completa a los afroecuatorianos, los cuales se definen como pueblos y etnia sujetos de derechos colectivos dentro del contexto del Estado Social de derecho y el amparo de los instrumentos jurídicos internacionales como lo es el Convenio 169 de la OIT.

Además, la reglamentación de los derechos colectivos corresponden al mandato de la Declaración y Plan de Acción de Durban, la cual insta a los estados nacionales para que apliquen medidas de acción afirmativa a los afro descendientes, quienes por su situación de haber sido sometidos a la esclavi-

zación, al racismo y a la discriminación, fueron históricamente marginados, excluidos y relegados de las oportunidades reales de desarrollo en igualdad de condiciones. Esta dura situación los ha condenado a la pobreza y a la pobreza extrema, tal como lo evidencian las estadísticas sociales del Ecuador.

Con la aprobación de la propuesta de ley de derechos colectivos del pueblo afroecuatoriano sería la segunda vez en que el Estado y la sociedad ecuatoriana legislaría a favor de los hijos sobrevivientes de la trata esclavista, un episodio considerado el mayor genocidio de la humanidad y que por tanto se tiene la deuda moral y política para resarcir sus efectos vergonzantes.

La primera vez que el Estado legisló a favor de los afro descendientes en Ecuador fue en 1852 con la ley de abolición de la esclavitud. Esta ley en lugar de garantizar los derechos ciudadanos de la libertad y la dignidad y el desarrollo con igualdad, más bien se preocupó por la indemnización a los esclavistas. En cambio al afroecuatoriano esclavizado solo le otorgó una "carta de libertad" sin garantía alguna, sin tierra, sin herramientas, sin educación y sin oportunidad real de desarrollo. Situación que obligó a que muchos afroecuatorianos regresaran al sistema de la esclavitud, pero ahora en su forma modernista de concertaje o huasipungo. Período que se prolongó hasta 1964 cuando se aplicó una reforma agraria que tampoco fue garante de los derechos al territorio, a la producción y al desarrollo de acuerdo a las aspiraciones culturales y sociales de los afroecuatorianos.

Contenido

El 9 de mayo de 2006 el Congreso de la República del Ecuador aprueba la Ley de Derechos Colectivos del Pueblo Afroecuatoriano. La misma que luego fuera publicada en el Registro Oficial Nro 275 el 22 de mayo de 2006.

La Ley de los Derechos Colectivos de los Pueblos Negros o Afroecuatorianos, tiene como objetivo asegurar el ejercicio de las garantías constitucionales de este sector, incorporándolos en el contexto de desarrollo económico, social, cultural y político, con reconocimiento pleno para lograr la igualdad de oportunidades. Determina que los pueblos negros, además de los derechos colectivos, serán titulares de los derechos reconocidos para todos los ecuatorianos en la Constitución, en los instrumentos internacionales vigentes y en otras normas legales

La ley reglamenta lo dispuesto en los artículos 84 y 85 de la Constitución Política, donde se reconoce y garantiza el ejercicio de los derechos de los pueblos negros o afroecuatorianos para fortalecer su identidad, cultura, tradiciones. De igual manera se garantiza el goce pleno y el ejercicio de los 15 derechos colectivos que contempla la Constitución Política. Así mismo se impulsa la vigencia y el reconocimiento de los afroecuatorianos al desarrollo económico, social, cultural, político, en la búsqueda de lograr la igualdad ante la sociedad.

Un aspecto importante de la ley tiene que ver con el reconocimiento de los derechos a las prácticas tradicionales de producción, de salud y a la propiedad colectiva de aquellos afroecuatorianos que históricamente han ocupado territorios ancestrales. Así mismo pretende impulsar medidas claras de afirmación positivas que contemplen estrategias eficaces para la inclusión social, el desarrollo económico y social, el fortalecimiento de la identidad cultural, el acceso al empleo productivo de los afroecuatorianos que en su mayoría se asientan en las ciudades del país, ocupando lugares deprimidos socialmente y marginales con graves problemas de acceso a servicios públicos y a la vivienda digna.

Según la Ley es obligación del Estado reconocer los derechos económicos, sociales, culturales y políticos de las comunidades afroecuatorianas urbanas, así como elaborar y desarrollar programas destinados a este sector, para la dotación de un sistema de salud, educación, vivienda, electricidad, agua potable, medidas de control del medio ambiente, promoviendo la igualdad de oportunidades en el empleo. Dichas comunas podrán organizarse jurídicamente.

Respecto del manejo de la biodiversidad, la Ley de Derechos Colectivos determina que la participación en la utilización, administración y conservación por parte de los afroecuatorianos será en beneficio colectivo; el Estado garantizará la conservación y promoción de prácticas tradicionales sobre el manejo y uso de su entorno natural en estas comunidades. Las tierras comunitarias que sean tituladas a los pueblos negros tendrán la obligación de observar las normas sobre la conservación, protección y utilización de los recursos renovables, para lo cual el Estado apoyará con la elaboración de planes de manejo ambiental, de ordenamiento territorial y etnodesarrollo.

Los pueblos y comunidades afroecuatorianas serán consultados sobre planes y programas de prospección y explotación de los recursos naturales

no renovables que se hallen en su territorio, cuando pudieren ser afectados ambiental o culturalmente en su ejecución. De ser posible participarán en los beneficios que estos proyectos reporten.

El gobierno nacional, a través de de las instituciones competentes de desarrollo nacional o regional, coordinarán con los organismos respectivos las políticas públicas afroecuatorianas, la inversión social, los procesos de capacitación, identificación, formulación, ejecución y evaluación de proyectos, planes y programas sociales, económicos y etnoculturales, así como también el fortalecimiento de sus procesos organizativos.

Así mismo la ley crea el Consejo Nacional de Desarrollo Afroecuatoriano (CONDAE), como organismo de carácter público, con autonomía administrativa y financiera a cuyo cargo estará dictar políticas y estrategias tendientes a fortalecer su desarrollo, a fin de ampliar y mejorar los derechos de este sector social. Promoverá la organización e integración de las comunidades; desarrollará planes, programas y proyectos de capacitación; gestionará la asignación de recursos; y aprobará o reformará el reglamento interno para su funcionamiento.

4.3. Constitución Política de 2008

La nueva constitución política del Ecuador, aprobada en el año 2008, incorporó de manera muy amplia artículos constitucionales relacionados con la Declaración y el Plan de Acción de Durban. Concretamente amplia los derechos culturales a los pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianos y montubios. Combate expresamente el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y cualquier forma de intolerancia. Prohíbe el racismo en los medios de comunicación, establece políticas de acción afirmativas para promover la igualdad en los ciudadanos y establece la necesidad de reconocer, reparar y resarcir a las colectividades afectadas por racismo.

En el cuadro 1 se presenta una matriz que recoge todo el articulado de la Nueva Constitución en relación con el plan de acción de Durban:

Cuadro 1:
Artículos de la Nueva Constitución Política del Ecuador en relación a la Declaración y Plan de Acción de Durban

TITULO	CAPITULO	ARTICULADO Y TEXTO CONSTITUCIONAL
TÍTULO I ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL ESTADO	**Capítulo 1: Principios fundamentales**	**Art. 1.-** El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. **Art. 3.-** Son deberes primordiales del Estado: 1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes.
	Capítulo segundo Ciudadanas y ciudadanos	**Art. 6.-** Todas las ecuatorianas y los ecuatorianos son ciudadanos y gozarán de los derechos establecidos en la Constitución. **Art. 7.-** Son ecuatorianas y ecuatorianos por nacimiento: 3. Las personas pertenecientes a comunidades, pueblos o nacionalidades reconocidos por el Ecuador con presencia en las zonas de frontera.
TÍTULO II DERECHOS	**Capítulo primero Principios de aplicación de los derechos**	**Art. 10.-** Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales. **Art. 11.-** EI ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 1. Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizarán su cumplimiento. 2. Todas las personas son iguales y gozaran de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma,

TITULO	CAPITULO	ARTICULADO Y TEXTO CONSTITUCIONAL
		religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación. **El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.** 3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.
	Capítulo segundo Derechos del buen vivir	**Art. 13.-** Las personas y colectividades tienen derecho al acceso seguro y permanente a alimentos sanos, suficientes y nutritivos; preferentemente producidos a nivel local y en correspondencia con sus diversas identidades y tradiciones culturales. **Art. 16.-** Todas las personas, en forma individual o colectiva, tienen derecho a: 1. Una comunicación libre, intercultural, incluyente, diversa y participativa, en todos los ámbitos de la interacción social, por cualquier medio y forma, en su propia lengua y con sus propios Símbolos. 2. El acceso universal a las tecnologías de información y comunicación. 3. La creación de medios de comunicación social, y al acceso en igualdad de condiciones al uso de las frecuencias del espectro radioeléctrico para la gestión de estaciones de radio y televisión públicas, privadas y comunitarias, y a bandas libres para la explotación de redes inalámbricas.

TITULO	CAPITULO	ARTICULADO Y TEXTO CONSTITUCIONAL
		Art. 19.- La ley regulará la prevalencia de contenidos con fines informativos, educativos y culturales en la programación de los medios de comunicación, y fomentará la creación de espacios para la difusión de la producción nacional independiente. Se prohíbe la emisión de publicidad que induzca a la violencia, la discriminación, el racismo, la toxicomanía, el sexismo, la intolerancia religiosa o política y toda aquella que atente contra los derechos. **Art. 21.-** Las personas tienen derecho a construir y mantener su propia identidad cultural, a decidir sobre su pertenencia a una o varias comunidades culturales y a expresar dichas elecciones; a la libertad estética; a conocer la memoria histórica de sus culturas y a acceder a su patrimonio cultural; a difundir sus propias expresiones culturales y tener acceso a expresiones culturales diversas. **Art. 23.-** Las personas tienen derecho a acceder y participar del espacio público como ámbito de deliberación, intercambio cultural, cohesión social y promoción de la igualdad en la diversidad. El derecho a difundir en el espacio público las propias expresiones culturales se ejercerá sin más limitaciones que las que establezca la ley, con sujeción a los principios constitucionales. **Art. 28.-** La educación responderá al interés público y no estará al servicio de intereses individuales y corporativos. Se garantizará el acceso universal, permanencia, movilidad y egreso sin discriminación alguna y la obligatoriedad en el nivel inicial, básico y bachillerato o su equivalente. Es derecho de toda persona y comunidad interactuar entre culturas y participar en una sociedad que aprende. El Estado promoverá el diálogo intercultural en sus múltiples dimensiones. El aprendizaje se desarrollará de forma escolarizada y no escolarizada. La educación pública será universal y laica en

TITULO	CAPITULO	ARTICULADO Y TEXTO CONSTITUCIONAL
		todos sus niveles, y gratuita hasta el tercer nivel de educación superior inclusive. **Art. 29.**- EI Estado garantizará la libertad de enseñanza, la libertad de cátedra en la educación superior, y el derecho de las personas de aprender en su propia lengua y ámbito cultural.
	Capítulo cuarto Derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades	**Art. 56.**- Las comunidades, pueblos, y nacionalidades indígenas, el pueblo afroecuatoriano, el pueblo montubio y las comunas forman parte del Estado ecuatoriano, único e indivisible. **Art. 57.**- Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos: 1. Mantener, desarrollar y fortalecer libremente su identidad, sentido de pertenencia, tradiciones ancestrales y formas de organización social. 2. No ser objeto de racismo y de ninguna forma de discriminación fundada en su origen, identidad étnica o cultural. 3. El reconocimiento, reparación y resarcimiento a las colectividades afectadas por racismo, xenofobia y otras formas conexas de intolerancia y discriminación. 4. Conservar la propiedad imprescriptible de sus tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables e indivisibles. Estas tierras estarán exentas del pago de tasas e impuestos. 5. Mantener la posesión de las tierras y territorios ancestrales y obtener su adjudicación gratuita. 6. Participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables que se hallen en sus tierras. 7. La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de

TITULO	CAPITULO	ARTICULADO Y TEXTO CONSTITUCIONAL
		de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen. La consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna. Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley. 8. Conservar y promover sus prácticas de manejo de la biodiversidad y de su entorno natural. El Estado establecerá y ejecutará programas, con la participación de la comunidad, para asegurar la conservación y utilización sustentable de la biodiversidad. 9. Conservar y desarrollar sus propias formas de convivencia y organización social, y de generación y ejercicio de la autoridad, en sus territorios legalmente reconocidos y tierras comunitarias de posesión ancestral. 10. Crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes. 11. No ser desplazados de sus tierras ancestrales. 12. Mantener, proteger y desarrollar los conocimientos colectivos; sus ciencias, tecnologías y saberes ancestrales; los recursos genéticos que contienen la diversidad biológica y la agrobiodiversidad; sus medicinas y prácticas de medicina tradicional, con inclusión del derecho a recuperar, promover y proteger los lugares rituales y sagrados, así como plantas, animales, minerales y ecosistemas dentro de sus territorios; y el conocimiento de los recursos y propiedades de la fauna y la flora. Se prohíbe toda forma de apropiación sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas.

TITULO	CAPITULO	ARTICULADO Y TEXTO CONSTITUCIONAL
		13. Mantener, recuperar, proteger, desarrollar y preservar su patrimonio cultural e histórico como parte indivisible del patrimonio del Ecuador. El Estado proveerá los recursos para el efecto. 14. Desarrollar, fortalecer y potenciar el sistema de educación intercultural bilingüe, con criterios de calidad, desde la estimulación temprana hasta el nivel superior, conforme a la diversidad cultural, para el cuidado y preservación de las identidades en consonancia con sus metodologías de enseñanza y aprendizaje. Se garantizará una carrera docente digna. La administración de este sistema será colectiva y participativa, con alternancia temporal y espacial, basada en veeduría comunitaria y rendición de cuentas. 15. Construir y mantener organizaciones que los representen, en el marco del respeto al pluralismo y a la diversidad cultural, política y organizativa. El Estado reconocerá y promoverá todas sus formas de expresión y organización. 16. Participar mediante sus representantes en los organismos oficiales que determine la ley, en la definición de las políticas públicas que les conciernan, así como en el diseño y decisión de sus prioridades en los planes y proyectos del Estado. 17. Ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos. 18. Mantener y desarrollar los contactos, las relaciones y la cooperación con otros pueblos, en particular los que estén divididos por fronteras internacionales. 19. Impulsar el uso de las vestimentas, los símbolos y los emblemas que los identifiquen. 20. La limitación de las actividades militares en sus territorios, de acuerdo con la ley. 21. Que la dignidad y diversidad de sus culturas,

TITULO	CAPITULO	ARTICULADO Y TEXTO CONSTITUCIONAL
		la educación pública y en los medios de comunicación; la creación de sus propios medios de comunicación social en sus idiomas y el acceso a los demás sin discriminación alguna. Los territorios de los pueblos en aislamiento voluntario son de posesión ancestral irreductible e intangible, y en ellos estará vedada todo tipo de actividad extractiva. El Estado adoptará medidas para garantizar sus vidas, hacer respetar su autodeterminación y voluntad de permanecer en aislamiento, y precautelar la observancia de sus derechos. La violación de estos derechos constituirá delito de etnocidio, que será tipificado por la ley. El Estado garantizará la aplicación de estos derechos colectivos sin discriminación alguna, en condiciones de igualdad y equidad entre mujeres y hombres. **Art. 58**.- Para fortalecer su identidad, cultura, tradiciones y derechos, se reconocen al pueblo afroecuatoriano los derechos colectivos establecidos en la Constitución, la ley y los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos. **Art. 59**.- Se reconocen los derechos colectivos de los pueblos montubios para garantizar su proceso de desarrollo humano integral, sustentable y sostenible, las políticas y estrategias para su progreso y sus formas de administración asociativa, a partir del conocimiento de su realidad y el respeto a su cultura, identidad y visión propia, de acuerdo con la ley. **Art. 60**.- Los pueblos ancestrales, indígenas, afroecuatorianos y montubios podrán constituir circunscripciones territoriales para la preservación de su cultura. La ley regulará su conformación. Se reconoce a las comunas que tienen propiedad colectiva de la tierra, como una forma ancestral de organización territorial.

TITULO	CAPITULO	ARTICULADO Y TEXTO CONSTITUCIONAL
	Capítulo quinto Derechos de participación	**Art. 65.-** El Estado promoverá la representación paritaria de mujeres y hombres en los cargos de nominación o designación de la función pública, en sus instancias de dirección y decisión, y en los partidos y movimientos políticos. En las candidaturas a las elecciones pluripersonales se respetará su participación alternada y secuencial. El Estado adoptará medidas de acción afirmativa para garantizar la participación de los sectores discriminados.
	Capítulo sexto Derechos de libertad	**Art. 66.-** Se reconoce y garantizará a las personas: 4. Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación. 6. El derecho a opinar y expresar su pensamiento libremente y en todas sus formas y manifestaciones. 8. El derecho a practicar, conservar, cambiar, profesar en público o en privado, su religión o sus creencias, y a difundirlas individual o colectivamente, con las restricciones que impone el respeto a los derechos. El Estado protegerá la práctica religiosa voluntaria, así como la expresión de quienes no profesan religión alguna, y favorecerá un ambiente de pluralidad y tolerancia. 27. EI derecho a vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado, libre de contaminación y en armonía con la naturaleza. 28. El derecho a la identidad personal y colectiva, que incluye tener nombre y apellido, debidamente registrados y libremente escogidos; y conservar, desarrollar y fortalecer las características materiales e inmateriales de la identidad, tales como la nacionalidad, la procedencia familiar, las manifestaciones espirituales, culturales, religiosas, lingüísticas, políticas y sociales. 29. Los derechos de libertad también incluyen: a) El reconocimiento de que todas las personas nacen libres.

TITULO	CAPITULO	ARTICULADO Y TEXTO CONSTITUCIONAL
		b) La prohibición de la esclavitud, la explotación, la servidumbre y el tráfico y la trata de seres humanos en todas sus formas. **Art. 67.-** Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines.
	Capítulo séptimo Derechos de la naturaleza	**Art. 71.-** La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observaran los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda. El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema. **Art. 72.-** La naturaleza tiene derecho a la restauración. Esta restauración será independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de Indemnizar a los individuos y colectivos que dependan de los sistemas naturales afectados. En los casos de impacto ambiental grave o permanente, incluidos los ocasionados por la explotación de los recursos naturales no renovables, el Estado establecerá los mecanismos más eficaces para alcanzar la restauración, y adoptará las medidas adecuadas para eliminar o mitigar las consecuencias ambientales nocivas. **Art. 73.-** EI Estado aplicará medidas de precaución y restricción para las actividades que puedan conducir a la extinción de especies, la destrucción

TITULO	CAPITULO	ARTICULADO Y TEXTO CONSTITUCIONAL
		de ecosistemas o la alteración permanente de los ciclos naturales. Se prohíbe la introducción de organismos y material orgánico e inorgánico que puedan alterar de manera definitiva el patrimonio genético nacional. **Art. 74.**- Las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades tendrán derecho a beneficiarse del ambiente y de las riquezas naturales que les permitan el buen vivir.
	Capítulo noveno Responsabilidades	**Art. 83.**- Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley: 10. Promover la unidad y la igualdad en la diversidad y en las relaciones interculturales. 14. Respetar y reconocer las diferencias étnicas, nacionales, sociales, generacionales, de género, y la orientación e identidad sexual.
TÍTULO III GARANTÍAS CONSTITUCIONALES	**Capítulo primero Garantías normativas**	**Art. 84.**- La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución.
	Capítulo segundo Políticas públicas, servicios públicos y participación ciudadana	**Art. 85.**- La formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos que garanticen los derechos reconocidos por la Constitución, se regularán de acuerdo con las siguientes disposiciones: En la formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos se garantizará la participación de las personas, comuni-

TITULO	CAPITULO	ARTICULADO Y TEXTO CONSTITUCIONAL
		dades, pueblos y nacionalidades.
	Capítulo tercero Función Ejecutiva: Sección segunda Consejos nacionales de igualdad	**Art. 156.-** Los consejos nacionales para la igualdad son órganos responsables de asegurar la plena vigencia y el ejercicio de los derechos consagrados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Los consejos ejercerán atribuciones en la formulación, transversalización, observancia, seguimiento y evaluación de las políticas públicas relacionadas con las temáticas de género, étnicas, generacionales, interculturales, y de discapacidades y movilidad humana, de acuerdo con la ley. Para el cumplimiento de sus fines se coordinarán con las entidades rectoras y ejecutoras y con los organismos especializados en la protección de derechos en todos los niveles de gobierno. **Art. 157.-** Los consejos nacionales de igualdad se integrarán de forma paritaria, por representantes de la sociedad civil y del Estado, y estarán presididos por quien represente a la Función Ejecutiva. La estructura, funcionamiento y forma de integración de sus miembros se regulará de acuerdo con los principios de alternabilidad, participación democrática, inclusión y pluralismo.
TÍTULO V ORGANIZACIÓN TERRITORIAL DEL ESTADO	**Capítulo segundo Organización del territorio**	**Art. 242.-** El Estado se organiza territorialmente en regiones, provincias, cantones y parroquias rurales. Por razones de conservación ambiental, étnico-culturales o de población podrán constituirse regímenes especiales. Los distritos metropolitanos autónomos, la provincia de Galápagos y las circunscripciones territoriales indígenas y pluriculturales serán regímenes especiales. **Art. 257.-** En el marco de la organización político administrativa podrán conformarse circunscripciones territoriales indígenas o afroecuatorianas, que ejercerán las competencias del gobierno territorial

TITULO	CAPITULO	ARTICULADO Y TEXTO CONSTITUCIONAL
		autónomo correspondiente, y se regirán por principios de interculturalidad, plurinacionalidad y de acuerdo con los derechos colectivos. Las parroquias, cantones o provincias conformados mayoritariamente por comunidades, pueblos o nacionalidades indígenas, afroecuatorianos, montubios o ancestrales podrán adoptar este régimen de administración especial, luego de una consulta aprobada por al menos las dos terceras partes de los votos válidos. Dos o más circunscripciones administradas por gobiernos territoriales indígenas o pluriculturales podrán integrarse y conformar una nueva circunscripción. La ley establecerá las normas de conformación, funcionamiento y competencias de estas circunscripciones.
TÍTULO VI RÉGIMEN DE DESARROLLO	**Capítulo primero Principios generales**	**Art. 275.-** El régimen de desarrollo es el conjunto organizado, sostenible y dinámico de los sistemas económicos, políticos, socio-culturales y ambientales, que garantizan la realización del buen vivir, del sumak kawsay. El buen vivir requerirá que las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades gocen efectivamente de sus derechos, y ejerzan responsabilidades en el marco de la interculturalidad, del respeto a sus diversidades, y de la convivencia armónica con la naturaleza **Art. 277.-** Para la consecución del buen vivir, serán deberes generales del Estado: 1. Garantizar los derechos de las personas, las colectividades y la Naturaleza **Art. 278.-** Para la consecución del buen vivir, a las personas y a las colectividades, y sus diversas formas organizativas, les corresponde: 1. Participar en todas las fases y espacios de la gestión pública y de la planificación del desarrollo nacional y local, y en la ejecución y control del cumplimiento de los planes de desarrollo en todos sus niveles.

TITULO	CAPITULO	ARTICULADO Y TEXTO CONSTITUCIONAL
TÍTULO VII RÉGIMEN DEL BUEN VIVIR	**Capítulo primero Inclusión y equidad**	**Art. 340.-** EI sistema nacional de inclusión y equidad social es el conjunto articulado y coordinado de sistemas, instituciones, políticas, normas, programas y servicios que aseguran el ejercicio, garantía y exigibilidad de los derechos reconocidos en la Constitución y el cumplimiento de losobjetivos del régimen de desarrollo. El sistema se articulará al Plan Nacional de Desarrollo y al sistema nacional descentralizado de planificación participativa; se guiará por los principios de universalidad, igualdad, equidad, progresividad, interculturalidad, solidaridad y no discriminación; y funcionará bajo los criterios de calidad, eficiencia, eficacia, transparencia, responsabilidad y participación.
TÍTULO VIII RELACIONES INTERNACIONALES	**Capítulo primero Principios de las relaciones internacionales**	**Art. 416.-** Las relaciones del Ecuador con la comunidad internacional responderán a los intereses del pueblo ecuatoriano, al que le rendirán cuenta sus responsables y ejecutores, y en consecuencia: 1. Proclama la independencia e igualdad jurídica de los Estados, la convivencia pacífica y la autodeterminación de los pueblos, así como la cooperación, la integración y la solidaridad. 5. Reconoce los derechos de los distintos pueblos que coexisten dentro de los Estados, en especial el de promover mecanismos que expresen, preserven y protejan el carácter diverso de sus sociedades, y rechaza el racismo, la xenofobia y toda forma de discriminación. 8. Condena toda forma de imperialismo, colonialismo, neocolonialismo, y reconoce el derecho de los pueblos a la resistencia y liberación de toda forma de opresión. 9. Reconoce al derecho internacional como norma de conducta, y demanda la democratización de los organismos internacionales y la equitativa participación de los Estados al interior de estos.

TITULO	CAPITULO	ARTICULADO Y TEXTO CONSTITUCIONAL
	Capítulo segundo Tratados e instrumentos internacionales	**Art. 417.-** Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución.

V. Conclusión

Uno de los logros más significativos del pueblo afroecuatoriano que tuvo la Constitución de 1998 y del 2008 fue el de consagrar los derechos de colectivos de los pueblos tanto indígenas como afrodescendientes. La reglamentación de estos derechos colectivos por medio de una reforma a la Ley de Derechos Colectivos, amparados además en el Convenio 169 de la OIT, se constituyen en un reto tanto para el Estado como para las comunidades. Con la aplicación de la ley el Estado Ecuatoriano avanzaría en buena forma en la construcción de una verdadera Nación multiétnica, pluricultural, incluyente, sin racismo, sin discriminación y garante de los derechos humanos a todos los ecuatorianos. Sería entonces la oportunidad de fortalecer el sentido democrático del país, fomentar sus lazos de hermandad y de reconocimiento de las expresiones culturales, sociales, políticas, étnicas y de clases, las cuales como auténticas ciudadanías culturales, son expresión de la nueva dimensión de País que debe ser el Ecuador en el concierto mundial contemporáneo.

IV

Usuarios y consumidores

Consumidores y consumismo. Perspectivas de una nueva concepción

María Paz Avila Ordóñez y Diva Avila Ordóñez

Sumario

I. Introducción. **II.** Evolución del derecho del Consumidor en Ecuador y América Latina. **2.1.** La Constitución Ecuatoriana de 1998 y de 2008. **2.2.** Reconocimiento de los derechos del Consumidor en América Latina. **2.2.1** Argentina. **2.2.2** Brasil. **2.2.3** Colombia. **2.2.4** Chile. **2.2.5** Perú. **III.** Los cambios en el sistema económico. De una economía social de mercado a una economía social y solidaria. **3.1.** Críticas al sistema de consumo y consumismo. **3.2.** Obsolescencia Planificada. **IV.** Alternativas posibles. **4.1.** El rol del estado para la defensa de los derechos de los consumidores. **4.2.** Consumo crítico. **4.3.** Consumo ético. **V.** Conclusiones. **VI.** Bibliografía.

I. Introducción

El aumento y variación de los patrones de consumo en las últimas décadas ha llevado a la búsqueda de una regulación que se traduzca en una protección para evitar los desequilibrios que comúnmente se dan en las relaciones de mercado (usuarios-proveedores) en las que el consumidor, al ser la parte débil se ve afectado. Por esta razón empieza a desarrollarse un derecho del consumidor como "un sistema global de normas, principios, instituciones y medios

instrumentales consagrados por el ordenamiento jurídico para procurar al consumidor una posición de equilibrio dentro del mercado en sus relaciones con los proveedores de bienes y servicios en forma masiva"[1].

Posteriormente el derecho del consumidor va evolucionando como un derecho tutelar, colectivo, de raíz constitucional, con expresiones de patrimonialidad, y constituido por un conjunto de principios, sistemas de protección y normas de derecho público y privado, que tienen por objeto garantizar la idoneidad o aptitud, calidad, seguridad de uso e inocuidad de los bienes y servicios que se proveen sobre la base de una relación jurídica, con el objeto de que los mismos puedan utilizarse de acuerdo con su naturaleza y fines, sin consecuencias dañosas para los usuarios[2].

Sin embargo, a pesar de la protección y tutela al consumidor mediante la normativa en materia, surgen diversos problemas en la interacción de consumidores y proveedores debido al deseo desmedido de tener todo lo que se quiere y vender todo lo que se puede. Es ahí donde se hace necesaria, además de una normativa pertinente, la participación activa de los consumidores y el Estado, en primer lugar para la correcta aplicación de la ley y en segundo lugar para implementar una educación que genere un consumo responsable.

En este sentido, analizaremos en primera instancia la normativa que protege al consumidor y su evolución tanto en Ecuador como en América Latina, para luego enfocarnos en los problemas a enfrentar en un sistema de consumismo que requiere no solo una protección legal si no de una responsabilidad social.

II. Evolución del derecho del Consumidor en Ecuador y América Latina

Ahora bien ¿cómo se desarrolla este derecho en el Ecuador? Para responder a esta pregunta es necesario remontarnos a la década de los años setenta, cuando empiezan a darse las primeras iniciativas de protección al consumidor mediante la creación del Instituto Ecuatoriano de Normalización (INEN),

1 Ruben y Gabriel Stiglitz, La Defensa del Derecho del Consumidor, JA, 1994, pag. 868.

2 Miguel, Hernández Terán, Derecho del Consumidor y Economía Social de Mercado, publicado en *www.revistajuridicaonline.com/index.php* publicado el 29 de octubre de 2009.

cuyo objetivo inicial fue elaborar y controlar el cumplimiento de normas que afecten la producción y comercialización de bienes y servicios[3].

Para el año 1990 se promulgó la Ley de Defensa del Consumidor que, entre otras cosas establecía la competencia, el conocimiento, juzgamiento y sanción de las infracciones a la ley, sin embargo el objetivo de la ley no se cumplió, pues la ciudadanía desconocía sus derechos y la forma de ejercerlos. Paralelamente, y en virtud de lo que establecía la mencionada ley a favor de la conformación de organizaciones de consumidores, se crearon también instituciones privadas como la Fundación Ecuatoriana de Defensa del Consumidor (FEDECON) y la Tribuna Ecuatoriana de Consumidores y Usuarios[4], las cuales se encargaban de recibir quejas de los consumidores y usuarios en busca de soluciones.

Finalmente en 1996 se logró elevar a rango constitucional los derechos de los consumidores, mediante una reforma a los derechos civiles de la Carta Fundamental en la cual se estableció el derecho a disponer de bienes y servicios de óptima calidad, así como a ser informado sobre su contenido y características[5]. Por este motivo, se impulsó la creación de la Defensoría del Pueblo[6] como institución encargada, entre otras cosas, de conocer y pronunciarse motivadamente sobre los reclamos y las quejas que presente cualquier consumidor[7].

3 Véase *www.inen.gov.ec*

4 La Tribuna Ecuatoriana de Consumidores y Usuarios tiene como misión visibilizar y posicionar la problemática de los consumidores en la agenda pública nacional, para mejorar la calidad de vida de la población ecuatoriana. Nació en 1994 como un programa de promoción de los derechos de los consumidores del Centro Ecuatoriano de Acción y Promoción de la Mujer (CEPAM). Véase *www.tribunadelconsumidor.org.ec/pages/resultribuna.htm*

5 Constitución Ecuatoriana de 1996 Art. 22.3: El derecho a disponer de bienes y servicios de óptima calidad, así como a ser informado sobre su contenido y características. La Ley establecerá los mecanismos de control de calidad de bienes y servicios, las procedimientos de defensa del consumidor y las sanciones correspondientes por la violación de estos derechos;

6 La Defensoría del Pueblo, es una institución que rigió desde agosto de 1998. cuya misión es proteger y promover los derechos de las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos. Véase *www.defensordelpueblo.gov.ec*

7 Art. 81 Ley Orgánica de Defensa del Consumidor *Registro Oficial Suplemento # 116* del año 2000: Facultad de la Defensoría del Pueblo.- Es facultad de la Defensoría del Pueblo, conocer y pronunciarse motivadamente sobre los reclamos y las quejas, que presente cualquier consumidor, nacional o extranjero, que resida o esté de paso en el país y que considere que ha sido directa o indirectamente

Así va consolidándose una normativa y organismos encargados de regular y controlar los desequilibrios en las relaciones del consumidor y proveedor en el Ecuador. Pero es hasta la Constitución de 1998 y luego con la Constitución de 2008 cuando se dedica una sección de la Carta magna para la defensa del consumidor. A continuación nos detendremos en las innovaciones constitucionales en materia.

2.1. La Constitución ecuatoriana de 1998 y 2008

De igual manera que en la Constitución de 1996, la Constitución de 1998 estableció entre los derechos civiles el derecho a disponer de bienes y servicios de óptima calidad.

La diferencia entre esta Constitución y la de 1996 radicó en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas y afroecuatorianos, el medioambiente y los consumidores como derechos colectivos.

Con ello se logró una amplia tutela pues además se consagraron constitucionalmente principios en materia de consumidor que incluían la responsabilidad de indemnización y reparación por deficiencias y daños en la calidad de los bienes y servicios, así como la exigencia de calidad en la prestación de bienes y servicios públicos, con las consecuentes sanciones civiles y penales por la deficiencia en la prestación de los servicios y las condiciones de los productos[8].

Para el año 2000 se buscó plasmar en la realidad los contenidos de la Carta Fundamental a través a una reforma de la ley de Defensa del Consumidor creada en un principio. Dicha reforma a más de recoger los principios constitucionales establecidos, instauró cambios sustanciales en las relaciones consumidores-proveedores, sin embargo no se pudo implementar esta ley como se hubiera querido, pues, a pesar de que dicho cuerpo legal desarrolla las normas relacionadas con competencia y procedimiento para juzgar las infracciones, determinando que en primera instancia son competentes los jue-

afectado por la violación o inobservancia de los derechos fundamentales del consumidor, establecidos en la Constitución Política de la República, los tratados o convenios internacionales de los cuales forme parte nuestro país, la presente ley, así como las demás leyes conexas.

8 Véase Constitución Ecuatoriana de 1998 Art. 92.

ces de contravenciones y en segunda y definitiva instancia los jueces de lo penal, la disposición transitoria primera de la misma ley señaló que en tanto comiencen a funcionar los Juzgados de Contravenciones, conocerán las infracciones a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor los Intendentes y Comisarios Nacionales, los cuales han venido juzgando las infracciones, pues no se instalaron los Juzgados de Contravenciones, trayendo como consecuencia una pobre aplicación de la ley.

Ahora bien, en la nueva Constitución ecuatoriana aprobada en 2008, se pueden apreciar algunos cambios e innovaciones en su articulado respecto a la Constitución anterior, pues además de establecer el derecho a disponer de bienes y servicios públicos y privados de óptima calidad; a elegirlos con libertad, así como a recibir información adecuada y veraz sobre su contenido y características, se prevé el establecimiento de mecanismos de control de calidad, la reparación e indemnización correspondientes, la responsabilidad de los prestadores de bienes servicios y la obligación de incorporar sistemas de medición de satisfacción de las personas usuarias así como la creación de sistemas de atención y reparación[9].

Podemos entonces concluir que en la última década se ha logrado un gran avance en cuanto al reconocimiento y desarrollo constitucional de los derechos de tutela del consumidor, pero no podemos perder de vista que la realización e implementación de estos principios no solo depende de su reconocimiento, sino de una ley que se adecúe a la realidad en la que vivimos, con autoridades eficientes y ciudadanos informados y conscientes de sus derechos.

2.2. Reconocimiento de los Derechos del Consumidor en América Latina

Si bien son positivas las innovaciones constitucionales del Ecuador para la tutela de los derechos del consumidor, es necesario tomar en cuenta como se garantizan los derechos del consumidor en Latinoamérica. Por ello hemos creído útil mencionar los avances en países como Argentina, Brasil, Colombia, Perú y Chile. Es de anotar que la mayoría de Constituciones latinoa-

9 Ver art. 52-53 de la Constitución Ecuatoriana del 2008.

mericanas han consagrado en las últimas décadas una protección del consumidor en diferente medida, pero básicamente tomando como antecedentes principales la Constitución de España[10] y Portugal[11].

Ahora bien, teniendo como referencia fundamental las constituciones mencionadas, debemos estar concientes de que hoy la tutela del consumidor, como señala Babier, "es un fenómeno generalizado en todos los países desarrollados y va en camino de serlo en los restantes, con todo su implementación no es armónica en términos comparativos, su eficacia no es homogénea, pese a lo cual sería interesante establecer una base mínima de tutela para tender hacia el equilibrio"[12].

2.2.1 Argentina

En primer lugar citamos a Argentina como país pionero en consagrar la protección de los consumidores en la Constitución de la Provincia del Chaco en 1958. Posteriormente con la crisis económica de los años noventa que trajo consigo la tercerización de muchos de los servicios públicos, se hizo necesario e imperativo garantizar una interacción justa entre empresas y usuarios. Es así que en la Constitución Política de 1994 se incorpora una tutela a los usuarios como un grupo merecedor de derechos con relación al consumo.

10 Constitución Española de 1978 art. 5"1.- Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos. 2.- Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquellos, en los términos que la Ley establezca. 3.- En el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales

11 Constitución Portuguesa art. 60: "1.- Los consumidores tienen derecho a una calidad de los bienes y servicios consumidos, a una formación e información, a una protección de la salud, seguridad y de sus intereses económicos, al igual que a una reparación de daños. 2.- La publicidad será reglamentada por la ley, siendo prohibidas todas las formas de publicidad oculta, indirecta o dolosa. 3.- Las asociaciones de consumidores y las cooperativas de consumo tienen derecho, en los términos de la ley, al apoyo del Estado y a ser oídas sobre las cuestiones que sean relativas a la defensa de los consumidores.

12 Eduardo Babier, Mecanismos de solución de conflictos para la defensa del consumidor en Política y derecho del consumo, Bogotá, El Navegante, 1998.

En este sentido la Constitución enumera los derechos de los consumidores como son la protección de la salud, protección de los intereses económicos, derecho a la información completa y veraz, la libertad de elección, condiciones de trato equitativo y digno, y un derecho a la educación para el consumo. Se ordena además la creación de marcos normativos que estimulen la eficaz defensa de esos derechos, en virtud de lo cual se elaboró una ley de defensa del consumidor en la que se imponen condiciones para la oferta y la venta de ciertos productos y servicios e incluso los requisitos de las garantías, así como las condiciones según el tipo de producto o prestación.

En este aspecto, el Estado argentino tiene la obligación de defender la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, controlar los monopolios naturales y legales y asegurar la calidad y eficiencia de los servicios públicos nacionales.

Resulta singular la creación de una regulación para los servicios públicos, en busca de la prevención y solución de conflictos que deben incluir la participación de asociaciones de consumidores y usuarios en los organismos de control.

En el año 2008 el Congreso argentino modificó la Ley de Defensa del Consumidor e incorporó nuevos instrumentos para multar a empresas fabricantes o comerciantes cuando perjudiquen a consumidores. Esta reforma también incluye la obligación de las oficinas de Defensa de la Competencia de todo el país de defender a los consumidores de manera gratuita, a su vez se creó el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia cuyo objetivo es aplicar y controlar las prácticas de las empresas para evitar las concentraciones y fusiones que generen prácticas monopólicas.

2.2.2 Brasil

Brasil también es uno de los países precursores en la introducción de la temática del consumidor. A inicios de los años setenta, y basados en las tremendas desigualdades económicas existentes en el país, movimientos de la ciudadanía presionaron por el reconocimiento de sus derechos como consumidores.

Con la Constitución de 1988 y como mecanismo para garantizar el principio de la igualdad ante ley, se dispuso que el Estado promoverá la

igualdad para los consumidores mediante la ley de defensa del consumidor[13].

Lo interesante de la normativa constitucional brasileña es el establecimiento expreso del principio pro consumidor que conlleva ciertamente la necesaria intervención del Estado para la implementación y respeto de este principio constitucional de orden económico[14]. En base a este principio y para concretar la protección que se consagra, la misma constitución ordena reprimir el abuso del poder económico que tienda a la dominación de los mercados, a la eliminación de la concurrencia y el aumento arbitrario de los beneficios[15].

Finalmente, y como punto central para la tutela de estos derechos, la Constitución en una de sus disposiciones transitorias ordenó la elaboración y aprobación de un Código de Defensa del Consumidor que entró en vigencia en 1991 convirtiéndose en el primer código sobre la materia.

2.2.3 Colombia

El pueblo colombiano también reconoció en su Carta Fundamental la protección del consumidor como un derecho colectivo, y señala que la ley regulará el control de calidad de bienes y servicios de la comunidad así como la información que se da a los consumidores para su comercialización. Adicionalmente se precisa la responsabilidad para quienes atenten contra el adecuado provisionamiento de usuarios y consumidores[16].

13 Constitución Brasileña de 1988 Art. 5º Todos son iguales frente a la ley, sin distinciones de cualquier naturaleza, garantizándose a los brasileros y a los extranjeros residentes en el país la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la propiedad en los terminos siguientes: XXXII.- El Estado promovera, atravez de una ley, la defensa del consumidor.

14 Constitución Brasileña de 1988. Art. 170 V El orden económico, fundado en la valoración del trabajo humano y en la libre iniciativa, tiene por fin asegurar a todos una existencia digna, de acuerdo con los dictados de la Justicia Social, observando los siguientes principios :V defensa del consumidor.

15 Constitución Brasileña de 1988 art. 173.- La ley reprimirá el abuso de poder económico que tienda a la dominación de los mercados, a la eliminación de la concurrencia y el aumento arbitrario de los beneficios.

16 Constitución Colombiana de 1991 Art. 78. La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización. Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la co-

Así como otros países latinoamericanos, la Constitución colombiana garantiza la participación de organizaciones de consumidores, pero en este caso, para la elaboración de leyes o normativa respecto a la defensa de sus derechos. A diferencia de otros países y con el objetivo de garantizar responsabilidad civil por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos, se remite a la ley las regulaciones referentes a las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza[17].

2.2.4 Chile

En la Constitución de la República de Chile no existe una protección expresa a los derechos de los consumidores, sin embargo en 1997 se publicó la ley de protección de los derechos de los consumidores[18] que, entre otras cosas, señala las funciones y competencias de la autoridad administrativa para la defensa del consumidor, además en sus consideraciones establece la responsabilidad del Estado de cautelar en forma especial los intereses de los grupos o sectores no organizados, entre los cuales se cuentan los consumidores.

Esta ley para la defensa y protección del consumidor se elaboró con el objetivo de materializar el principio de igualdad y restablecer el equilibrio de las relaciones entre empresa y consumidores, tomando en cuenta que la economía de mercado Chilena tiende a aplicar los principios de la economía clásica sobre autonomía de la voluntad y la igualdad, que no generan precisamente una justicia y equilibrio social.

---

mercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios. El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos.

17 Constitución Colombiana de 1991 Art. 88. La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella.

También regulará las acciones populares en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares.

Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos.

18 Ley No 19.496 de Defensa del Consumidor de la República de Chile.

En este contexto, y a falta de una consagración constitucional que eleve el ámbito de protección a los usuarios, los cuerpos legales chilenos que abordan el tema se vuelven supletorios, pues la ley del consumidor sólo actúa en los ámbitos no regulados por otras leyes económicas o comerciales, por esta razón la ley del consumidor no ha conseguido conformar un sistema normativo integral, y por ende, un sistema de fácil acceso para los ciudadanos.

2.2.5 Perú

Después del análisis de algunas legislaciones latinoamericanas se podría afirmar que Perú contiene un sistema ejemplar de protección al consumidor, en primer lugar porque el texto constitucional establece que el Estado vigilará la libre competencia y se prohíbe expresamente el establecimiento de monopolios y abuso de posiciones dominantes haciendo énfasis en los medios de comunicación social. De manera parecida a la Constitución Brasileña, el texto constitucional peruano señala que el Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios, y para tal efecto, garantiza el derecho a la información sobre bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado.

Además de sus disposiciones constitucionales, se debe reconocer que Perú ha sido pionero en la defensa de los derechos de los Consumidores con la creación del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), instituto que "cuenta con una Comisión de Protección al Consumidor (CPC) como órgano de primera instancia para la solución de controversias entre consumidores y proveedores. Este órgano cuenta con la facultad de dictar medidas correctivas, como son la reparación, reposición o devolución del dinero al usuario, entre otras.[19] A nivel latinoamericano este instituto, encargado de la protección del consumidor ha realizado una gran labor que no se ha limitado únicamente a la resolución de denuncias o reclamos, sino que ha logrado la aplicación de medidas correctivas de reparación a usuarios y sanción a los proveedores que no cumplen con la ley.

19 Comisión de Protección al Consumidor, Memoria 2007 del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección del Consumidor, Lima, 2007 pag 98.

De lo señalado se puede colegir que en el contexto latinoamericano se han logrado importantes avances para la protección del consumidor en los ultimo años. Sin embargo, sabemos y estamos conscientes de que falta mucho por hacer, pues la efectiva protección a usuarios depende de variados factores, entre ellos una educación para el consumo, un consumo crítico y ético y una normativa eficiente y acorde con el sistema económico en el que se desarrollan las relaciones de mercado.

III. Los cambios en el sistema económico. De una economía social de mercado a una economía social y solidaria

La posición desventajosa que ocupan consumidores y usuarios en las relaciones de consumo como consecuencia de los cada vez más deshumanizados dogmas económicos, ha incidido en forma notable en el campo de las relaciones jurídicas y, con particular fuerza, en el campo de las relaciones de consumo[20]. A este respecto juega un papel transcendental el sistema económico en el que se desenvuelven las relaciones de mercado, pues de ello depende la protección que se brinde al consumidor

La Constitución ecuatoriana de 1998 establecía como sistema económico una economía social de mercado que, de cierta forma, representaba la combinación de: el principio de la libertad de mercado y el principio de "compensación social" en busca de la convivencia de varias ideologías y dimensiones de la realidad social. Esta economía social de mercado se fundamentaba básicamente en la libertad empresa, libertad de contratación y el derecho de propiedad[21] y visualizaba como objetivos el incremento y la diversificación de la producción orientados a la oferta de bienes y servicios de calidad que satisfagan las necesidades del mercado interno, la participación competitiva y diversificada de la producción ecuatoriana en el mercado internacional[22].

Este panorama se transforma con la Constitución de 2008 pues surge el Estado Constitucional de Derechos y Justicia con un sistema económico so-

20 Instituto de Derecho del Consumidor de Argentina publicado el 3 de noviembre de 2009 en *http://www.calp.org.ar/instituc/Institutos/verinsti.asp?id=7&*.

21 Ver Constitución Ecuatoriana de 1998 artículo 23 numerales 16, 18 y 23.

22 Ver Constitución Ecuatoriana de 1998 art. 243.3.5.

cial y solidario, dentro del cual el consumidor adquiere vital importancia pues se posesiona al ser humano como sujeto y fin de la economía, lo que sitúa tanto al consumidor como al usuario en una plataforma de reivindicación de sus derechos y apropiación del epicentro de las relaciones económicas para un verdadero respeto de sus derechos.

> "El sistema económico es social y solidario; y reconoce al ser humano como sujeto y fin"[23].

Debemos destacar que la economía social y solidaria es común en países como Ecuador, Bolivia y Venezuela y básicamente esta "centrada en el valor de uso (en la provisión de bienes y servicios útiles para satisfacer las necesidades y deseos legítimos de todos, con una perspectiva de reproducción ampliada, no de capital, sino de vida de calidad) y en el trabajo humano en sus múltiples formas...orientado por criterios de racionalidad reproductiva y calidad de vida antes que de cantidad de posesiones"[24].

Así, los objetivos de la economía varían y ya no se enfocan directamente en el incremento de la producción *per se,* si no en la búsqueda de una relación dinámica y equilibrada entre la sociedad, el Estado, el mercado y la naturaleza para así conseguir una producción sustentable enfocada en posibilitar en buen vivir de los ecuatorianos[25].

No podemos dejar de reconocer que este cambio no resulta rápido y menos aún sencillo, "el proceso de construcción paulatino de otra economía (pensada como una transición que llevará algunas generaciones) supone revalorizar, extender, desarrollar, entrelazar y complejizar nuevas y viejas prácticas socioeconómicas"[26] que no sólo dependen del reconocimiento constitucional si no de un cambio de mentalidad que considere y tome en cuenta la solidaridad dejando de lado el desmedido e irresponsable consumo. Según Jose Luis Coraggio de ahí

23 Vése Constitución Ecuatoriana de 2008 Art 283.

24 José Luis Coraggio, Los caminos de la economia social y solidaria, Iconos. Revista de Ciencias Sociales. Num 33 en *http://www.flacso.org.ec/docs/i33coraggio.pdf,* 2009 pag 30 publicado el 25 de octubre de 2009.

25 Ver Constitución de 2008 Sistema económico y política económica

26 José Luis Coraggio, Los caminos de la economia social y solidaria, Iconos. Revista de Ciencias Sociales. Num 33 en *http://www.flacso.org.ec/docs/i33coraggio.pdf, 2009* pag 30 publicado el 25 de octubre de 2009.

nacen las críticas al utilitarismo y al consumismo ilimitado que moviliza el capital a través de la construcción de deseos"[27].

3.1. Críticas al sistema de consumo y consumismo

El informe de la *Royal Society* del año 2000[28], "Hacia un consumo sostenible" establece que "para preservar el bienestar humano en el largo plazo, la gente necesita moverse hacia nuevas formas de satisfacer las necesidades humanas, adoptar patrones de consumo y producción que mantengan los sistemas de soporte de vida de la Tierra y salvaguardar los recursos requeridos por futuras generaciones. Pero si las tendencias presentes en el crecimiento de población, consumo de energía, materiales y degradación ambiental persisten, muchas necesidades humanas no serán satisfechas y el número de hambrientos y pobres aumentará"[29].

En este sentido, es imperativo reconocer que las capacidades de la tierra no son infinitas, por ello es nuestra obligación trasmitir este mensaje al conglomerado social para crear una conciencia clara de lo que esta sucediendo con la finalidad de incentivar un cambio de comportamiento en cuanto a formas de consumo se refiere, sin perder de vista que como consumidores tenemos la capacidad de escoger o rechazar lo que los proveedores nos ofertan.

Sin embargo, y previo a establecer las posibles soluciones, es preciso en primer lugar especificar más claramente cuales son los problemas.

En primer lugar, "con la aparición de los supermercados, hipermercados, cadenas de descuento, autoservicios, entre otros, se ha contribuido a la mercantilización del qué, el cómo y el dónde compramos supeditando la alimentación, la agricultura y el consumo a la lógica del capital y del mercado"[30]. Adicional a ello, los adelantos de la ciencia y la tecnología han influenciado en todas las ramas del conocimiento humano, es así que los bienes y productos

27 José Luis Coraggio, Los caminos de la economia social y solidaria, Iconos. Revista de Ciencias Sociales. Num 33 en *http://www.flacso.org.ec/docs/i33coraggio.pdf,* 2009 pag 30 publicado el 25 de octubre de 2009.

28 Veáse *http://www.oei.es/decada/accion08.htm* publicado el 28 de octubre del 2009.

29 Amartya Sen y Bernado Kliksberg *Primero la gente,* Barcelona, Editorial Deusto 2008, p. 58.

30 Esther Vivas, La distribución moderna: la invasión de los supermercados; en *http://vinculando.org/consumidores/la_distribucion_moderna_la_invasion_de_los_supermercados.html,* publicado el 20 de octubre de 2009.

de consumo se difunden, innovan, diversifican, y rápidamente se van sustituyendo generando un consumo desmedido. Flavia Flores lleva su reflexión mucho mas allá al señalar que:

> "En la carrera por la caza de un mayor poder adquisitivo, el amor, la tolerancia, la responsabilidad, el compromiso, la armonía y la solidaridad (fuentes básicas para la satisfacción humana) quedan relegadas a un segundo plano. El placer inmediato y fugaz del consumo perpetúa un sentimiento de frustración e insatisfacción que refuerza la situación de dependencia de los patrones de vida externos al individuo que a su vez estimulan el desarraigo y la deshumanización. Queda sólo el sentimiento de 'indiferencia' ante la vida, que revela el origen del malestar y del vacío existencial contemporáneo, que encuentra expresión en una desesperada y perpetua búsqueda en los templos –centros comerciales– de la solución milagrosa: la satisfacción generada por el consumo de bienes y servicios capaz de aliviar angustias y garantizar la Felicidad"[31].

A más de ello todo este bagaje de consumo se acompaña de una creciente publicidad derivada indudablemente de la profunda y acelerada transformación de los medios de comunicación con sofisticadas técnicas publicitarias, el aumento en la escala de producción y la diversificación de diarios, radio, televisión e Internet. Esta publicidad que se torna hasta cierto punto en publicidad agresiva que tiene como finalidad estimular modas efímeras (esto se agrava en sociedades donde predomina la pasividad y la mentalidad acrítica), con el objetivo de reducir la durabilidad de los bienes, creándose de esta manera un falso paradigma de bienestar que está íntimamente vinculado a la obsolescencia planificada de un producto, del cual es muy fácil deshacernos sin miramientos para cambiarlo por uno exactamente igual o "mejor" y así satisfacer nuestras "necesidades" momentáneas.

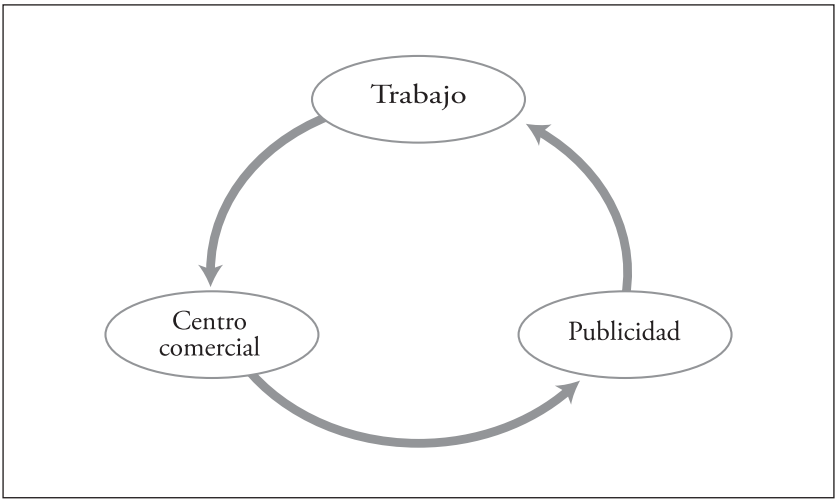
31 Flavia Soares, Consumo Etico, *Serie Socio Económica Solidaria,* Ediciones Charles Leopoldo Mayer publicado el 18 de octubre en *infotek.fph.ch/d/f1843/1843_SPA.pdf?public=ENG&t=.pdf,* p. 12.

3.2. Obsolescencia Planificada

Por último, consideramos pertinente hacer una breve referencia a la obsolescencia planificada, pues es preciso que los consumidores estén consientes que el tiempo de vida útil de los bienes y servicios que se les ponen a disposición no es fijado aleatoriamente. Las empresas han considerado que los productos y servicios satisfagan efectivamente las necesidades de los clientes, de esta manera aseguran la fidelidad de los compradores a sus productos con el plus adicional de una publicidad referencial, pues un consumidor satisfecho se constituye en un captador potencial de nuevos clientes.

Así la obsolescencia planificada consiste en una estrategia para que una vez que el consumidor esté "enganchado" o satisfecho con un producto o servicio, cambie por uno tecnológicamente superior, con mejor apariencia, o simplemente por uno exactamente igual, pues el que adquirió anteriormente ha dejado inexplicablemente de servir, y no se intenta reparar nada, ya que en la actualidad es más fácil deshacerse de las cosas y comprarlas nuevas.

De lo expuesto podemos afirmar que nos vemos encerrados en un círculo artificialmente creado para consumir sin límites. Del trabajo salimos al centro comercial en busca de productos que puedan cubrir nuestras "necesidades", llegamos a casa y nos sentamos frente al televisor agotados de un día lleno de agitaciones, y quedamos expuestos a una publicidad que constantemente vende la idea de que la felicidad consiste en el consumo ilimitado, entonces salimos de compras y regresamos nuevamente a trabajar para pagar lo que hemos consumido y poder ser sujeto de crédito nuevamente para comprar lo que ya habíamos visto y focalizado como nuestra nueva adquisición.



IV. Alternativas Posibles

4.1. El rol del Estado para la defensa de los derechos de los consumidores

Como ya señalamos anteriormente el consumismo genera la necesidad de las empresas de fomentar un consumo continuo y desmedido con la única finalidad de aumentar sus ventas, por ello adoptan como estrategia una saturación de la comunicación de las marcas, que tiene como objetivo generar en los receptores una urgencia de satisfacer necesidades creadas.

El rol que debe asumir el estado ecuatoriano frente a esta realidad es preponderante, pues a pesar de que el país cuenta con una legislación específica de protección al consumidor, y que inclusive estos derechos han sido elevados a rango constitucional, el grado de implementación y operatividad deja mucho que desear.

No podemos desmerecer el gran avanece logrado en Ecuador y Latinoamérica, pero tampoco podemos darnos por satisfechos cuando apenas hemos dado los primeros pasos, pues si bien la creación de un marco jurídico adecuado es la base de toda protección, no es suficiente frente a la necesidad

de su ejecución. Para ello se vuelve necesaria la planificación y aplicación de políticas públicas de protección al consumidor que implementen esos derechos de forma concreta. Pero no basta únicamente con el establecimiento de políticas aisladas, es necesario una coordinación y sinergia con las políticas de educación, salud, calidad, competencia, industrial, etc., pues solo así se conseguirá un verdadero impacto que genere resultados concretos a favor de los consumidores y usuarios, que como señalamos anteriormente, con la nueva constitución son el centro del sistema económico.

Se vuelve indispensable entonces proponer alternativas a la mercantilización de la vida establecida por la lógica del mercado, mismas que deben basarse en criterios de sostenibilidad y justicia. Esto significa sacar del centro a la economía y colocar en su remplazo al ser humano como titular de derechos.

4.2. Consumo crítico

Otro problema a solucionar es la falta de conocimiento de los ciudadanos, tanto de sus derechos como de sus obligaciones para la creación de una auténtica cultura de consumo en la que todos sean más críticos y selectivos. Si esta fuera la realidad, los consumidores estaríamos interviniendo en el mercado y en lo que éste nos puede ofrecer, ya no como sujetos pasivos y fáciles de manejar sino como sujetos involucrados en la ejecución y cumplimiento de sus derechos.

La necesidad de una educación para el consumo se propone además concientizar al consumidor sobre la incorporación de dos conceptos básicos al momento de realizar sus compras: el consumo critico y el consumo ético.

Ser consumidor crítico implica que al momento de una compra, nos preguntemos como fue elaborado un objeto o producido o un servicio, con ello lograremos comunicar a las empresas los procedimientos productivos que aprobamos y los que reprochamos.

Mediante el consumo crítico se busca convertir al consumidor en uno de los más fuertes críticos de la cadena de producción y de los efectos que ésta tiene sobre el planeta y en la sociedad en general, pues como señalamos anteriormente las empresas y sus sistemas siempre estarán subordinados a los diferentes comportamientos que adopten los consumidores. Depende entonces de la actitud de los consumidores el lograr un cambio positivo, pues

al orientar las compras a productos ambientalmente amigables se influirá directamente en las industrias para que adopten cambios serios y tangibles en los procedimientos productivos empleados.

4.3. Consumo ético

Por otro lado el consumo ético consiste en valorar al momento de la compra las opciones más justas y solidarias y no solo en función del beneficio personal. Es importante destacar que un consumo ético tiene como característica principal la capacidad de distinguir entre necesidades reales e impuestas.

En este punto se hace necesario citar el último informe del Programa de Desarrollo Humano de la ONU, titulado Consumo para el Desarrollo Humano, en el cual podemos observar que mientras que el 20% de los más ricos del planeta son los responsables del 86% del total de gastos del consumo privado, el 20% de los más pobres son responsables sólo de un 1,3% (más de un billón de personas están privadas de la satisfacción de sus necesidades básicas de consumo)[32].

Por tanto es un deber ineludible e inexcusable del Estado, a través de las instituciones pertinentes, orientar para formar consumidores críticos que puedan descubrir que hay detrás de cada cosa que compran y las consecuencias que provoca una insatisfacción desmedida, o la necesidad de poseer, pues aunque no queramos abrir los ojos la desaparición de culturas campesinas y ganaderas, el despoblamiento del campo, la destrucción de ecosistemas, la pérdida de diversidad agrícola y biológica, la contaminación, y deterioro de la calidad y seguridad alimentaria es una gran cadena de destrucción cuyo motor principal es el consumismo.

Para ello es fundamental que se incluya dentro de los programas ejecutados por el poder público cursos de capacitación para trabajadores, maestros, profesionales, etc.; sobre el consumo ético y la reflexión crítica sobre la publicidad y el consiguiente consumo.

Finalmente sería interesante impulsar esta concientización mediante la creación de leyes que beneficien a los productos y servicios éticos, se castiguen a través de impuestos los productos que atentan contra el medio ambiente y

32 Véase *http://www.undp.org/*.

se sancione fuertemente a las empresas que favorezcan el desperdicio, montos altos de residuos y contaminación.

V. Conclusiones

Del análisis tanto de la normativa constitucional ecuatoriana, como latinoamericana, podemos notar avances importantes para la protección del consumidor, sin embargo sabemos que queda mucho por hacer, y más aún con el cambio de perspectiva de este nuevo modelo de economía social y solidaria que enfatiza la preocupación del individuo como centro de la economía. En este sentido creemos entonces que los derechos y obligaciones de los consumidores no se agotan en los cuerpos legales, pues el cambio no solo requiere la creación de normas y procedimientos efectivos, si no como ya mencionamos, requiere un cambio de mentalidad y una reformulación de las prioridades de consumo, mediante un consumo ético y crítico.

La protección del consumidor no solo dependen de la intervención estatal si no de la intervención de la ciudadanía, en primer lugar para exigir el cumplimiento de sus derechos y en segundo lugar para generar un consumo sustentable y socialmente justo, que promueva una mayor calidad de vida y un beneficio para la sociedad.

De ningún modo las alternativas planteadas de solución son las únicas para enfrentar los patrones de consumo que se han consolidado a lo largo de muchos años, sin embargo, como consumidores que somos, creemos que corresponde correlativamente a la exigencia de nuestros derechos el cumplimiento de obligaciones con las futuras generaciones para evitar un consumo desmedido.

VI. Bibliografía

Miguel Corchero y Ana Grade Murillo, La Protección de los Consumidores, Editorial Aranzadi, Navarra 2007.

Carlos Lasarte Alvarez, Manual sobre Protección de consumidores y Usuarios, Editorial Dykinson, Madrid 2007.

Conferencia de las Naciones Unidas para el comercio y el desarrollo, Fortalecimiento de Instituciones y capacidades en el área de políticas de Competencia y Protección del consumidor, Naciones Unidas 2004.

Eduardo Babier, Mecanismos de solución de conflictos para la defensa del consumidor en Política y derecho del consumo, Bogotá, El Navegante, 1998.

Gabriel Stiglitz, Protección jurídica del consumidor, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1986.

Miguel, Hernández Teran, Derecho del Consumidor y Economía Social de Mercado, *www.revistajuridicaonline.com/index.php*

Agustín Grijalva, ¿Que son los derechos colectivos?, Programa Andino de Derechos Humanos, *www.uasb.edu.ec*

Javier López Camargo, Derechos del Consumidor: Consagración Constitucional en Latinoamerica, *www.emercatoria.edu.co/paginas/volumen2/pdf02/derechos.pdf*

Comisión de Protección al Consumidor, *Memoria 2007 del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección del Consumidor,* Lima, 2007 pag 98

Liliana Manzano Chávez, *Defensa del consumidor.* Análisis Comparado de los casos de Argentina, Brasil, Chile y Uruguay, en *http://library.fes.de/pdf-files/bueros/chile/05458.pdf*

Aimone Gibson, *Derecho de protección al consumidor,* Santiago, Editorial Jurídica Cono Sur, 1998.

Serra, Antonio, Cómo asegurar los derechos de los consumidores en Consumers International. Oficina regional para América Latina y el Caribe; Los consumidores toman la palabra: electricidad, telecomunicaciones y agua potable en América Latina, pp. 162-165 Santiago, en *Consumers International,* 1998.

Jorge Mosset Iturraspe, *Defensa del consumidor,* Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1993.

Ibáñez Najar, Jorge Enrique, Los derechos de los consumidores y usuarios: fundamentos constitucionales y desarrollo legal en Marco Velilla, *Política y derecho del consumo,* Bogotá, El Navegante, 1998.

El sistema mundial no-hegemónico y la globalización popular*

Gustavo Lins Ribeiro

Sumario

I. Introducción. **II.** Legal/ilegal. Lícito/ilícito. **2.1** Una advertencia antes de seguir. **III.** El sistema mundial no hegemónico. **3.1** Algunas consideraciones sobre la esfera de la producción. **IV.** Consideraciones finales: flujos. **V.** Bibliografía.

I. Introducción.

Desde hace algunos años, con estudiantes de grado y de postgrado, investigamos "otras globalizaciones políticas y económicas" o formas de globalización desde abajo[1]. En este artículo me interesan sólo las "otras globalizaciones económicas". Retomo aquí reflexiones anteriores para poder avanzar en la

* La primera versión de este artículo fue leída en la Tercera Conferencia Ester Hermitte, en el *Instituto Económico y Social - Centro de Antropología Social,* Buenos Aires, 24 de noviembre de 2006. Agradezco a mis colegas del IDES, en especial a Rosana Guber, por la honrosa invitación. También se publicó en: "El sistema mundial no hegemónico y la globalización popular", *Anuario de Estudios en Antropología Social 2006:* 7-19, Buenos Aires, 2007.

1 Ribeiro, Gustavo Lins 2006 "Other Globalizations. Alternative transnational processes and agents". Working Paper 4. The Edelstein Center for Social Research (versão eletrônica).

caracterización de lo que llamo globalización popular y sistema mundial no-hegemónico. Debo dejar en claro que parte de la definición de globalización popular se refiere a la participación de actores que, en general, no son considerados en los análisis sobre globalización o, si lo son, es sólo como migrantes o "transmigrantes", sin considerar la mayor parte de las veces que forman parte de un sistema más amplio, de escala global, cuyas amplitudes y variadas interconexiones pueden ser estudiadas. Tales actores son, para decirlo de manera directa y simple, gente del pueblo.

Existe una globalización económica no-hegemónica formada por mercados populares y flujos de comercio que son animados, en gran medida, por gente del pueblo y no por representantes de las elites. Estas redes de comercio forman parte del sistema mundial no-hegemónico y, en general, sus actividades son consideradas como ilegales, como "contrabando". Una gran cantidad de las mercancías que venden son llamadas productos piratas por los poderes establecidos. Estas redes comerciales son ilegítimas desde el punto de vista de los poderosos que las combaten en nombre de la legalidad. Así, es imposible entrar en esa arena sin tocar antes la discusión acerca de lo que es legal/ilegal y lícito/ilícito.

II. Legal/ilegal. Lícito/ilícito.

Hoy en día la "ilicitud global" llama la atención por su escala y por su poder. Moisés Naim, editor de la revista Foreign Policy, publicó en 2005, "Ilícito", un libro canónico de la literatura conservadora dedicada a difundir, al decir de Abraham y Van Schendel[2], la existencia de "un espectro que asombra a la globalización", el espectro del crimen organizado internacional. Con el sugestivo subtítulo de "cómo los contrabandistas, los traficantes y el lavado de dinero están secuestrando la economía global", el libro de Naím presenta un visión alarmista de cómo el "comercio global ilícito" que moviliza centenas de billones de dólares por año, representa una amenaza para la buena salud de la sociedad y del capitalismo contemporáneos. Es curioso que su autor acabe vinculando su tesis, nada neoliberal, al hecho de que el creciente de-

2 Naím, Moisés 2005 Illicit. How smugglers, traffickers, and copycats are hijacking the global economy. New York: Doubleday.

bilitamiento de los Estados, provocado por la intensificación de la globalización, es un factor primordial para el aumento de las actividades ilícitas en el mundo. Naím proporciona una definición de "comercio global ilícito" emblemática de la interpretación conservadora:

> *"Es el comercio que infringe las normas - las leyes, las reglamentaciones, las licencias, los impuestos, las prohibiciones y todos los procedimientos que utilizan las naciones para organizar el comercio, proteger a sus ciudadanos, recaudar impuestos y hacer cumplir los preceptos éticos. Ese comercio incluye compras y ventas que son absolutamente ilegales en todos lados y otras que pueden ser ilegales en algunos países y aceptadas en otros. Evidentemente, el comercio ilícito es muy negativo para la legitimación de los negocios, excepto donde no lo es. Debido a que... existe un área gris considerable entre las transacciones legales y las transacciones ilegales, un área gris que los comerciantes dedicados a lo ilícito usan para su beneficio"* [3].

Para Naím, el "comercio global ilícito" florece y triunfa en un mundo más interconectado, con fronteras más porosas y poderosas tecnologías (como internet) en manos de "civiles", con menos barreras al comercio y más agentes no estatales operando en el escenario internacional. El presente es el paraíso del contrabandista. El crimen organizado, a pesar de descentralizarse de manera creciente y operar en red, ha aumentado su poder político, llegando a ocupar importantes espacios de los Estados más débiles. Naím considera que, a pesar de la antigüedad de las actividades ilícitas en el plano internacional, la intensidad actual coloca al fenómeno en un nuevo nivel. Aún con su sesgo conservador (el libro se basa en un lenguaje en el que el bien está siendo sofocado por el mal), "Ilícito" deja claro, aunque no lo diga así, que el sistema mundial no-hegemónico sólo tiende a aumentar con el incremento de la compresión del tiempo espacio, de las redes accionadas por el capitalismo flexible, de las políticas neoliberales y del debilitamiento de la capacidad de intervención y regulación de los Estados. El carácter sistémico del "comercio global ilícito" es percibido por Naím al plantear la existencia de un sistema formado por redes y nudos. En sintonía con su visión negativa, Naím plantea una oposición global entre dos polos, que lleva

3 Véase Naím Moisés (2005; 2).

a la colisión entre "puntos geopolíticos claros" y agujeros negros geopolíticos". Los últimos son "los lugares donde las redes de tráfico "viven" y se manifiestan[4], pueden coincidir con (1) estados nacionales donde no existe el estado de derecho; (2) regiones fuera de la ley y anárquicas al interior de algunos países, como las áreas montañosas de Córcega y los estados mexicanos fronterizos con los EUA; (3) áreas de frontera, como el Triángulo de Oro del Sudeste Asiático o la Triple Frontera en América del Sur; (4) sistemas de vecindades y localidades como las comunidades libanesas en las capitales de África Occidental; y (5) espacios en internet. La diferencia entre los puntos claros y los agujeros negros geopolíticos no está en la presencia o la ausencia de redes ilícitas, puesto que ellas "están en todas partes"[5] , sino en la existencia de una capacidad cívica y estatal suficiente para contraponerse a ellas. Para Naím,

> *"un factor clave, y uno que confiere a los agujeros negros gran parte de su potencia, es su conectividad especializada con los puntos claros. Una región lejana, primitiva y mal gobernada, o sin gobierno, no es un agujero negro geopolítico, a menos que pueda irradiar amenazas hasta lugares distantes. Las redes del comercio que operan a nivel internacional sirven de canales a través de los cuales esas amenazas se trasladan de lugares remotos al resto del mundo"* [6].

En su interpretación, los puntos claros y los agujeros negros mantienen relaciones y forman parte de redes que atraviesan a los Estados nacionales. Cuanto más claro es un punto, más atractivo será para la oferta de servicios y productos por parte de las redes de agujeros negros, especialmente si consideramos que la diferencia de precios es el factor determinante en el comercio ilícito. Naím explora su metáfora de lo claro/oscuro:

> *"cuanto más claro es el punto claro, más altos son los precios que pueden imponerse a esos bienes ilícitos. Cuanto más oscuro es el agujero negro, más desesperadas estarán las personas por venderles a los traficantes sus bienes, sus mentes, su trabajo y hasta sus propios cuerpos. Estas dos tendencias juntas crean diferenciales de pre-*

4 *Idem,* p. 261.

5 Véase Naím Moisés (2005; 263).

6 *Idem,* p. 264-265.

cios en constante crecimiento y, por ende, incentivos cada vez más irresistibles destinados a conectar los agujeros negros con los puntos claros"[7].

El análisis de Naím, por más sofisticado y consustanciado que pueda parecer, incurre en una serie de problemas típicos de interpretaciones destinadas a replicar a la hegemonía existente. En primer lugar, está marcado por un americano centrismo imperial como si ese fuese el orden natural de las cosas. No logra percibir –o no se preocupa por ello- que la dicotomía "punto claro/agujero negro" ha sido históricamente construida en términos de relaciones de poder desiguales entre diferentes sectores sociales, económicos, políticos y étnicos del sistema mundial que crean una geografía política particular. Por otra parte, las relaciones entre el sistema hegemónico y el no-hegemónico, son consideradas de manera simplificada al subestimar la circulación entre ambos. Por último, en un sesgo típico del análisis de los poderosos, homogeneiza a los actores, en especial a aquellos que integran el sistema mundial no-hegemónico. Todos son –desde los "sacoleiros"[8] a los miembros de los carteles de droga– colocados en la misma bolsa, inmersos en un universo cuya caracterización como ilegal es tomada como natural y moralmente obvia.

En verdad, la cuestión de los límites entre lo legal y lo ilegal, cuestión sencilla a primera vista, cuando es examinada más de cerca se revela más complicada que una simple disputa entre honestos y deshonestos, entre el bien y el mal, y se acerca mucho más al problema histórico de la distribución desigual del poder en un mundo económica, política y culturalmente diferenciado. Muchos de los agentes y corporaciones capitalistas que hoy supuestamente son cumplidores de la ley y aparentemente vulnerables a la voracidad de nuevos agentes económicos ilegales, en el pasado estuvieron en una posición donde la línea legal/ilegal tampoco era respetada. Cualquier visión absoluta de la rigidez y la eficiencia de esta línea, torna absoluta, con fines ideológicos, la eficacia, honestidad, independencia y neutralidad totales de la actuación del Estado, hecho que no resiste una revisión sociológica e histórica mayor. En esta discusión, así como en otras correlatas como la de la

7 *Idem,* p. 265.

8 El término "sacoleiro", en Brasil, alude a los turistas compradores que, con sus grandes bolsos (sacolas), compran mercancías en Ciudad del Este, Paraguay, o en otros grandes nudos del sistema mundial no-hegemónico en Brasil, para revenderlas en distintos mercados populares.

economía informal, la entidad central en juego es el Estado. De hecho, son las elites estatales las que han mantenido, a lo largo de los siglos, el monopolio de la definición y regulación de la legalidad/ilegalidad. En efecto, a ello apuntan trabajos tales como los de Josiah Heyman y Alan Smart[9]. Para ellos:

> *"Las leyes del estado inevitablemente crean sus contrapartidas, zonas de ambigüedad y de ilegalidad total. El hampa, los piratas y los delincuentes, los mercados negros, los inmigrantes ilegales, los contrabandistas, los chantajistas: son temas que quizás ejercen una atracción escabrosa o acaso desafiante. Pero no se encuentran distanciados del estado ni el estado de ellos. Debido a que crecieron necesariamente conectadas, las leyes del estado y la evasión de las leyes del estado deben estudiarse de manera conjunta. (...) es interesante indagar sobre las condiciones bajo las cuales los gobiernos y las prácticas ilegales gozan de ciertos tipos de simbiosis y sobre las que se producen niveles de conflicto mayores o menores".*

La tentativa de caracterizar a las actividades ilegales en términos morales o restringidos a los lucros extras que ellas generarían, es criticada en especial por Alan Smart. Para él, existen diversos mecanismos centrales en la producción y distribución de bienes y servicios ilegales que incluyen "la confianza interna en las redes, las amenazas del uso de fuerza, la unión de transacciones ilícitas con otras legales, la legitimidad de la transacción, la importancia de la reputación para los emprendedores ilegales y su dependencia de funcionarios e instituciones corruptos"[10]. Además, hay que incluir las formas en que está estructurada la sociedad, la dinámica de su poder político y de sus políticas económicas, tanto como las coyunturas económicas y las percepciones culturales sobre la corrupción[11].

Para entender lo que efectivamente ocurre, es necesario ir más allá de una perspectiva negativa, basada en un pretendido monopolio moral de la honestidad por parte de un segmento social. Es necesario, al decir de Hey-

9 Heyman, Josiah McC. e Alan Smart 1999 "States and illegal practices: an overview". In Josiah McC. Heyman (org.) States and Illegal Practices. Oxford/New York: Berg, pp. 1-24.

10 Véase Heyman, Josiah McC. e Alan Smart (1999; 5).

11 Tullis, Lamond 1995 Unintended Consequences: illegal drugs and drug policies in nine countries. Boulder, CO: Lynne Reiner.

man y Smart[12], ir más allá del formalismo legal y político para reconocer que "ilegalidad no significa necesariamente que las actividades son ilegítimas, cuando hay hegemonías incompletas y prácticas estatales parciales y frecuentemente comprometidas". El análisis histórico también ha demostrado, en especial cuando se trata de los comienzos del Estado moderno e interventor, la fuerte relación entre Estado y redes violentas, tanto como el papel de la depredación en la acumulación de capital[13]. Al mismo tiempo, a pesar de la creciente capacidad de imponer la ley que acompañó a la consolidación de los Estados a partir del siglo XIX, "no hay ninguna razón para suponer que la capacidad del Estado de imponer obediencia aumente siempre, o que desafiar la ley sea un resultado temporario de la ineficacia y de tácticas inapropiadas de aplicación de la ley[14]. Para nuestros autores, el Estado moderno "no está hecho sólo de ley y orden, sino que es un tejido complejo de lo legal y lo ilegal"[15].

Destaco, de las reflexiones de Heyman y Smart, aquellas que apuntan a la imperfección, la incompletud y el carácter procesual del Estado y su dominación, la inevitable generación de mercados de bienes y servicios ilegales en respuesta a las regulaciones oficiales estatales; la persistencia de prácticas ilegales e informales (como la oferta de propinas y regalos); la actuación diferenciada de los agentes estatales concretos; la manipulación de la legalidad por parte de diferentes actores al interior del Estado y también por fuera de él; la consideración de las prácticas ilegales, no como un estigma sino como un recurso utilizado por diferentes grupos en varios momentos, teniendo en cuenta que la ilegalidad es una instancia o posición de un campo social típico del Estado moderno. Son igualmente importantes sus conclusiones sobre el carácter relacional de las prácticas ilegales que siempre existen en un campo de relaciones sociales atravesado por clases sociales, por la presencia del Estado y por el acceso diferenciado a recursos sociales y naturales.

Al mismo tiempo en que señalan el entrelazamiento de lo legal y lo ilegal y la diversidad de prácticas ilegales, afirman que estas últimas no deben ser vistas como el monopolio de los criminales: "los mercados negros, el soborno

12 Véase Heyman, Josiah McC. e Alan Smart (1999; 8).

13 Véase Heyman, Josiah McC. e Alan Smart (1999; 8).

14 *Idem,* p. 9.

15 *Idem,* p. 8.

y el flujo ilegal de capital son alternativas por las que optan clases identificables, grupos regionales, grupos étnicos, etc. en momentos determinados"[16].

En efecto, las relaciones entre lo legal y lo ilegal son multifacéticas y complejas e involucran diversos intereses normativos, políticos y morales. En lo que respecta al sistema mundial no hegemónico, su comprensión puede ser enriquecida también por abordajes cuyo foco se mueve en las fronteras entre la economía informal y la economía ilícita[17] y entre lo ilícito y lo ilegal[18]. En el proceso de presentar las distinciones y definiciones cruciales en la construcción de la noción de sistema mundial no-hegemónico, es preciso establecer una distinción sutil entre economía informal e ilícita y entre lo que es ilegal y lo que es ilícito.

No es mi propósito entrar en la vasta discusión sobre economía informal o mercado informal. En ella se encuentra un debate con gran incidencia sobre lo que me ocupa aquí: el poder de regulación del Estado; la consideración de la legitimidad de las prácticas de los actores económicos; la relación entre universos formales e informales; el papel de la confianza, de las redes sociales, etc. Tampoco llamaré economía informal global a la globalización popular pues creo que el énfasis sobre hegemonía es más esclarecedor de las relaciones que están en juego.

A efectos de mis objetivos en este artículo, es suficiente considerar la diferenciación entre economía informal y economía ilícita que plantea Rosinaldo Silva de Sousa[19], pues permitirá dejar en claro la distinción central que señalo entre crimen organizado global y globalización popular. Lo que Souza llama "economía informal" equivale para mí, en el plano global, a la globalización popular. Para Sousa el "sistema de comercio ilícito" del cual forma parte el narcotráfico, por ejemplo, y la "economía informal" comparten algunas características generales para su funcionamiento: el uso de la corrupción y la importancia del "valor confianza" y de ciertos principios de

16 *Idem,* p. 13.

17 Sousa, Rosinaldo Silva de 2004 "Narcotráfico y economía ilícita: las redes del crimen organizado en Río de Janeiro". Revista Mexicana de Sociología 66 (1): 141-192.

18 Abraham, Itty e Willem Van Schendel 2005 "Introduction: the making of illicitness". In Willem Van Schendel e Itty Abraham (orgs.), Illicit Flows and Criminal Things. Bloomington: Indiana University Press, pp. 1-37.

19 Véase, Sousa, Rosinaldo Silva (2004).

reciprocidad[20]. Entretanto, para el sistema de comercio ilícito hay un otro factor crucial, marginal a la dinámica de la economía informal: el uso de la violencia. En suma, Sousa distingue la economía informal e ilícita de acuerdo con las relaciones sociales diferenciadas y características de cada una. En la informal, que se beneficia con la omisión del Estado, prevalecen el "valor confianza" y ciertos principios de reciprocidad; sus agentes no ambicionan el dominio de los medios de ejercicio de la violencia. Mientras que en la economía ilícita, confianza y reciprocidad también están presentes pero prevalecen la violencia ilegítima y la corrupción de los agentes públicos. Aquí se trata de una violencia instrumental racionalizada, "un medio que opera bajo un relativo control en los negocios ilícitos y cohíbe ciertas conductas contraproducentes para el incremento de la riqueza ilícita"[21]. Para mí, entonces, una diferencia fundamental entre el crimen organizado global y la globalización popular refiere a la falta de importancia, en esta última, de la violencia como factor regulador central de las actividades económicas, en especial respecto de la validez de los contratos entre los agentes económicos.

En su estudio sobre flujos globales, Abraham y Van Schendel[22] enfatizan la diferencia entre legal, "lo que los Estados consideran legítimo", y lícito, "lo que las personas involucradas en redes transnacionales consideran como legítimo". Así, muchos flujos de personas, mercaderías e informaciones son considerados ilícitos porque desafían las normas de las autoridades formales, pero son considerados lícitos por las personas implicadas en las transacciones. Argumentan que hay "una diferencia cualitativa de escala e intención entre las actividades de cuadrillas internacionalmente organizadas y las múltiples microprácticas que, a pesar de ser ilegales en un sentido formal, no son motivadas por una lógica estructural organizativa ni por un propósito unificado"[23].

Para analizar las líneas fluidas entre lo lícito y lo ilícito, Abraham y Van Schendel se valen de las nociones de "cadenas de mercaderías" (los trayectos recorridos por los bienes, desde la producción hasta el consumo) y de "espacios regulatorios" (zonas en las cuales son dominantes ciertos conjuntos es-

20 Lomnitz Adler, Larissa 1988 "Informal Exchange Networks in Formal Systems: A Theoretical Model". American Anthropologist (90) 1.

21 Véase, Sousa, Rosinaldo Silva (2004, 170).

22 Véase Abraham, Itty e Willem Van Schendel (2005, 4).

23 *Idem,* p. 4.

pecíficos de normas o reglas estatales o sociales). Se trata de una opción interpretativa bastante productiva para pensar prácticas transnacionales. Definen a las "actividades criminales transnacionales" como "formas de prácticas sociales que intersectan dos o más espacios regulatorios y violan al menos una regla normativa o legal"[24]. Como se sabe, la producción, circulación y consumo de mercaderías pueden ocurrir en espacios circunscriptos o atravesar diferentes espacios regulatorios.

De esta forma, determinadas mercaderías que entran en determinados flujos y atraviesan ciertos espacios regulatorios pueden pasar de legales a ilegales o viceversa. Por ejemplo, cajas de whisky escocés pueden ser producidas y exportadas legalmente a un país e introducidas y vendidas ilegalmente en otro. La producción de hojas de coca en Bolivia es otro ejemplo interesante de cómo se transforman los signos de acuerdo con diferentes espacios regulatorios. Si se produce en determinadas áreas del país y en determinada cantidad, la hoja de coca es legal y su producción se considera legítimamente encaminada al consumo tradicional de las poblaciones indígenas. Fuera de esos casos, su producción es ilegal y pasa a ser sospechosa de ingresar en la cadena de mercaderías que lleva al consumidor de cocaína[25]. El lavado de dinero es visto por Abraham y Van Schendel[26] como un ejemplo de legalización, en las transformaciones posibles de lo lícito-ilícito. La conversión de drogas ilegales en dinero permite, por medio del lavado, la movilidad en flujos lícitos. Para nuestros autores "lo que determina la legalidad o ilegalidad en diferentes puntos de la cadena de mercaderías, es la escala regulatoria específica en que se encuentra el objeto"[27], por eso es importante identificar el "origen de la autoridad regulatoria" y, en consecuencia, "distinguir entre el origen político (legal e ilegal) y el social (lícito e ilícito) de la autoridad regulatoria". Lícito/ilícito, entonces, dicen mucho más respecto de las percepciones sociales que de la letra de la ley.

> *"Al introducir el concepto de legitimidad social o licitud y contrastarlo con legitimidad política o legalidad, buscamos destacar la naturaleza políticamente de-*

24 Véase Abraham, Itty e Willem Van Schendel (2005, 15).

25 Véase Sousa Rosinaldo Silva (2006).

26 Véase Abraham, Itty e Willem Van Schendel (2005).

27 *Idem,* p. 17.

rivada de esta distinción y sus bases morales-institucionales, con el propósito de ayudar a desnaturalizar la Ley como la condición del sentido común del espacio doméstico nacional" [28].

Ante las dificultades para encontrar soluciones universales a las contradicciones existentes entre el par legal/ilegal y el par lícito/ilícito, especialmente en el ámbito transnacional, que atraviesa las leyes amoldadas por los Estados-nación, Abraham y Van Schendel construyen una noción cuya definición se ve determinada, en última instancia, por los cruces entre lo lícito y lo ilegal y entre lo ilícito y lo legal: lo (i)lícito. Su interés está centrado, especialmente, en el cruce entre lo lícito y lo ilegal que crea un espacio donde lo (i)lícito significa actividades "legalmente proscriptas pero socialmente sancionadas y protegidas"[29], como aquellas que animan, quiero señalar, la globalización popular, esto es, las actividades de los turistas-compradores y de los mercados populares de gadgets globales. En muchos contextos, lo "socialmente lícito" domina lo "formalmente ilegal", como en el ejemplo de los autores sobre la venta, en Pakistán, de filmes indios en DVDs "piratas". La visibilidad y el carácter rutinario de las actividades ilegales no significa que el Estado deje de reprimirlas, algo que frecuentemente hace la policía en momentos de elevado sentido de "misión cívica y pública".

2.1 Una advertencia antes de proseguir

Al entrar en un universo de prácticas y representaciones sociales altamente permeado por valores donde el bien y el mal son muchas veces considerados como absolutos, el análisis sociológico y antropológico corre el riesgo de ser acusado, en una lectura conservadora, de glamorizar el crimen y satanizar al Estado. Está claro que, en estos contextos complejos y delicados, no se trata ni de una cosa ni de la otra. Reconocer que las líneas entre lo legal y lo ilegal se definen por relaciones históricas de poder y por el ejercicio de la hegemonía no implica una posición relativista donde todo lo que es ilegal sea aceptable o toda legalidad sea absurda. En este universo, los dilemas de la investigación antropológica crítica se encuentran en medio de varias tensiones

28 *Idem* p. 31.

29 *Idem* p. 22.

donde el fiel de la balanza es el buen sentido del investigador. Así como no es posible considerar al Estado y la legalidad como absolutos, tampoco se pueden idealizar las prácticas ilegales. La cuestión está bien resumida por Heyman y Smart:

> *"Mucha ilegalidad es peligrosa y mucha legalidad es razonable. Tanto el fraude financiero como la violencia física deben prohibirse, procesarse y castigarse. El mero hecho de que la ilegalidad persista y que con frecuencia se entrelace con el mundo legal y formal no justifica una posición rigurosamente relativista. Asimismo, si bien el estado es un instrumento de fuerza y predación (impositiva) organizadas, en tanto expresa componentes razonables del derecho, no es totalmente equivalente a la fuerza y la predación ilegal. Sin embargo, no podemos sostener lo contrario, que todo lo que hace el estado formal es eficaz desde el punto de vista ético y que todas las actividades ilegales son inmorales y deben destruirse. Esa afirmación no se sostiene en un sentido empírico… ni en un sentido ético. En el segundo caso, muchas actividades identificadas como ilegales tienen una gran legitimación de parte de la sociedad (o de algunos grupos específicos) y, en tales circunstancias, la respuesta del estado constituye una mala aplicación de la ley, lo cual agrega ilegalidad y persecución, incluso "guerras" de diversas clases, éticamente peores que la violación de la ley original. El trabajo atento de los estudiosos, que supere la hipótesis de que toda legislación formal es buena y de que toda ilegalidad es un "problema" que debe eliminarse y establezca el equilibrio específico en cada caso, puede ayudar a informar las elecciones éticas públicas que debemos realizar"* [30].

III. El sistema mundial no-hegemónico

Haré una rápida consideración histórica, casi una digresión, para evitar un problema común que se plantea cuando se trata de la globalización: la tendencia a creer que se trata de fenómenos nuevos que jamás sucedieron antes. Muchas de las mercancías que comúnmente son vendidas en el ámbito de la globalización popular son verdaderos simulacros, para usar la expresión de Jean Baudrillard, con distintos grados de perfección. No por casualidad, la

30 Véase Heyman, Josiah McC. e Alan Smart (1999; 21).

piratería es, hoy, una expresión comúnmente usada por los poderosos para referirse a la actividad de reproducción y venta de copias no autorizadas de mercancías valorizadas por los consumidores contemporáneos, especialmente las superlogos, esto es, copias de grandes marcas mundiales[31]. La piratería es una actividad muy antigua e históricamente ha significado una alternativa a los modos predominantes de vida, trabajo y comercio:

> *"La piratería fue una alternativa atractiva a morirse de hambre, hacerse mendigo o ladrón o servir, en condiciones extenuantes en un barco sin ninguna chance de recompensa financiera sustancial, a pesar del gran riesgo que corre la persona de ser capturada y ejecutada por sus hechos"* [32].

La piratería siempre ha sido un problema para los poderes establecidos. Hay registros de actividad pirata en el mar Mediterráneo anteriores a la época del Egipto antiguo[33]. Recién cuando Roma consiguió imponer su poder naval desaparecieron las comunidades piratas del Mediterráneo. Pero no la piratería, que floreció, por ejemplo, en el siglo XVII y XVIII –la llamada "era dorada de la piratería" (1690-1730)– en el Mar del Caribe, en la costa atlántica de América, en la costa de África Occidental y en el Océano Índico[34]. Hay evidencias de que comunidades piratas en distintas partes del mundo ejercieron un poder económico importante, incluso transformándose en centros regionales. Thomas Gallant[35], por ejemplo, considera que en diferentes lugares "emprendedores militares, como bandidos y piratas, proveyeron el tejido que articuló el interior rural a zonas económicas en desarrollo. Sus actividades facilitaron la penetración capitalista". Hasta el presente, piratas modernos atacan, regularmente, barcos que atraviesan el mar del sur de la China[36].

La existencia de protosistemas mundiales populares fue impulsada por la

31 Chang, Hsiao-hung 2004 "Fake logos, fake theory, fake globalization." Inter-Asia Cultural Studies (5) 2: 222-236.

32 Konstam, Angus 2002 The History of Pirates. Guilford, Connecticut: The Globe Pequot.

33 Véase, Konstam 2002.

34 *Idem.*

35 Gallant, Thomas W. 1999 "Brigandage, Piracy, Capitalism, and State-Formation: transnational crime from a historical world-system perspective". In Josiah McC. Heyman (org.) States and Illegal Practices. Oxford/New York: Berg, pp. 25-61.

36 Véase, Konstam 2002.

labor de los marineros que conectaban las tierras del Nuevo Mundo con las de Europa, creando la circulación de ideopanoramas diferentes de aquellos de las clases hegemónicas. Así, ideas alternativas de sociedad, basadas en el comunismo primitivo del Nuevo Mundo inspiraron varias utopías europeas hace algunos siglos según Linebaugh y Rediker[37], quienes afirman que cuando, entre 1680 y 1760, se consolidó y estabilizó el capitalismo en el Atlántico:

> *"el barco de vela –la máquina típica de este período de globalización– combinaba características de las fábricas y de la prisión. En oposición, piratas construyeron un orden social autónomo, democrático y multirracial en el mar"* [38].

Como se ve, los proletarios de la expansión capitalista marítima (los marineros) así como los agentes sociales que representaban una amenaza a los intereses hegemónicos estatales y privados por detrás de esta expansión (los piratas), estuvieron históricamente involucrados, en menor o mayor grado, y con menor o mayor eficacia, en la construcción de sistemas mundiales no-hegemónicos. La antigüedad de las "patrones de movimiento, comercio e intercambio que caracteriza el tráfico ilícito" también es indicada por Abraham y Van Schendel[39] que ejemplifican con las transacciones mantenidas durante siglos por las redes étnicas y de parentesco de los dhows entre las costas del Golfo Pérsico y Gujerat, en India. Tales situaciones muestran la complejidad de las interconexiones mantenidas por diferentes poblaciones a lo largo del tiempo, fundamentales para la creación del sistema mundial.

En antropología, la obra clásica de Eric Wolf[40], "Europa y la gente sin historia", es el relato más denso sobre los procesos históricos de interconexiones que crearon el sistema mundial. Pero la noción de sistema mundial está asociada directamente al libro de Immanuel Wallerstein publicado originalmente en 1974: "El moderno sistema-mundial. Agricultura capitalista y los orígenes de la economía-mundo europea en el siglo XVI". Aquí, el uso que hago de la noción de sistema mundial es selectivo. No está tan próximo

37 Linebaugh, Peter e Marcus Rediker 2000 The Many-Headed Hydra. Sailors, slaves, commoners, and the hidden history of the Revolutionary Atlantic. Boston: Beacon Press.

38 Véase, Linebaugh, Peter e Marcus Rediker (2000, 38).

39 Véase Abraham, Itty e Willem Van Schendel (2005, 5).

40 Wolf, Eric 1982 Europe and the people without history. Berkeley: CUP.

a la discusión sobre centro, periferia y semiperiferia, elementos importantes de la concepción wallersteiniana tomados a préstamo de la discusión dependentista. En la noción de sistema mundial me interesan mucho más los siguientes aspectos destacados por Wallerstein[41].

> *"no estamos hablando de sistemas, economías, imperios de (todo) el mundo, sino de sistemas, economías, imperios que son un mundo (que, en verdad muy posiblemente, con frecuencia no incluyen a todo el globo). Este es un concepto clave para considerar. Significa que cuando hablamos de 'sistemas-mundiales' estamos lidiando con una zona espacial/temporal que atraviesa muchas unidades políticas y culturales, representando una zona integrada de actividad e instituciones que obedecen a ciertas reglas sistémicas".*

Eso es, justamente, el sistema mundial no-hegemónico: una composición de varias unidades ubicadas en distintos lugares, conectadas por agentes activos en la globalización popular. La globalización popular está formada por redes que operan de manera articulada y que en general se encuentran en distintos mercados que forman los nudos del sistema mundial no-hegemónico. Esta articulación crea interconexiones que dan un carácter sistémico a este tipo de globalización y hace que sus redes tengan alcance a larga distancia. El sistema-mundial no hegemónico conecta distintas unidades en el mundo a través de flujos de información, personas, mercancías y capital.

Si llamo a este sistema "no-hegemónico" es porque existe un sistema hegemónico. En realidad los dos sistemas pueden ser definidos por las relaciones que mantienen entre ellos. El sistema hegemónico refleja la lógica institucional y operativa de los detentadores de poder, tanto respecto del estado cuanto del capital privado. Actualmente, el sistema mundial hegemónico es dominado por los intereses de la globalización capitalista neoliberal.

Ya el sistema mundial no-hegemónico nos lleva a otros razonamientos y puede ser definido de manera análoga a mi interpretación sobre la globalización económica no hegemónica[42], una categoría similar a la de sistema mundial no-hegemónico pero en donde la sistematicidad de la globalización popular no es el foco de la cuestión. Yo lo llamo sistema mun-

41 Wallerstein, Immanuel 2006 World-Systems Analysis. Durham e Londres: Duke University

42 Véase, Ribeiro, Gustavo Lins (2006).

dial no-hegemónico no porque sus agentes pretendan destruir el capitalismo global o instalar alguna clase de alternativa extrema al orden establecido. Es no-hegemónico porque sus actividades desafían al establishment económico en todas partes a nivel local, regional, nacional, internacional y transnacional. Por consiguiente, sus agentes son vistos como una amenaza para el establishment y son objeto del poder de las elites políticas y económicas que desean controlarlos. Las actitudes que los estados y las corporaciones tienen hacia ellos son muy elocuentes. En la mayoría de los casos ese tipo de actividades se tratan como temas policiales, como el objeto de una acción represiva elaborada. El sistema-mundial no-hegemónico es un universo enorme que efectivamente incluye actividades ilegales, tales como el tráfico de personas y de órganos, que deben reprimirse. Indudablemente, también incluye el tráfico de drogas. De todos modos, los trabajadores, por ejemplo los vendedores ambulantes cuyo "delito" es trabajar fuera de los parámetros definidos por el estado, son una parte importante de la globalización no-hegemónica.

El sistema-mundial no-hegemónico se estructura a partir de distintos tipos de segmentos y redes que se concretan en una organización piramidal. En la vértice de la pirámide, hay esquemas de lavado de dinero, actividades mafiosas, y todo tipo de actos de corrupción. Más allá de lo poderosos y elitistas que puedan ser muchos de los agentes involucrados en la economía paralela global, no pueden actuar por su cuenta. Hay una participación masiva de parte de personas pobres que se hallan en los segmentos inferiores de esta estructura piramidal. Para esos actores sociales, el sistema-mundial no-hegemónico es una forma de ganarse la vida o de movilidad social ascendente. La red de conexiones y de intermediación consolida esa estructura global en formas comparables a lo que he denominado consorciación, un proceso típico de las articulaciones entre los agentes transnacionales, nacionales, regionales y locales en torno a proyectos de infraestructura a gran escala de varios miles de millones de dólares[43]. Las actividades que se encuentran en la base de la pirámide son lo que denomino la verdadera globalización económica desde abajo. Y ofrecen acceso a flujos de riqueza global que de otra manera jamás llegarían a las clases más vulnerables de

43 *Idem.*

ninguna sociedad ni economía. Abren un camino hacia la movilidad ascendente o hacia la posibilidad de la supervivencia dentro de las economías nacionales y globales que no están en condiciones de ofrecer pleno empleo a todos los ciudadanos. Estoy más interesado en este segmento del sistema mundial no-hegemónico que en sus estratos más altos. De todas maneras es necesario dejar clara, para la comprensión del sistema mundial no-hegemónico, una distinción crucial entre crimen organizado global y globalización popular.

El sistema mundial no hegemónico está formado por dos tipos básicos de procesos de globalización cuyas fronteras no son necesariamente nítidas ni rígidas. El primero está formado por la economía ilegal global, que envuelve las actividades del crimen organizado global. El segundo está formado por la economía (i)lícita global, que incluye las actividades de lo que llamo globalización popular y que son frecuentemente consideradas ilegales por el Estado y lícitas por la sociedad. En verdad, se trata de procesos que eventualmente pueden entrelazarse, retroalimentarse y mantener relaciones jerárquicas. Por ejemplo, aunque la actividad de la globalización popular sea caracterizada, desde el punto de vista del Estado, como contrabando, es necesario diferenciar el llamado "contrabando hormiga" en la frontera entre Argentina y Paraguay[44] de los grandes esquemas de contrabando controlados por cuadrillas organizadas. Así, aquello que en general es indistinto desde el punto de vista del Estado, desde el mío puede ser considerado parte de la economía (i)lícita global (de la globalización popular) o de la economía ilegal global (del crimen organizado).

La importancia de las redes sociales en el funcionamiento de este universo es destacada en la literatura. Heyman y Smart[45], proporcionan una definición de "red ilegal" útil para pensar la economía ilegal global. Se trata, para ellos, de una "red ordenada de personas centradas en una actividad ilegal", red que implica, pero que no necesariamente requiere, "un mundo social alternativo al del Estado formal y legal". Tales redes son vitales para las prácticas ilegales dadas las características de sus relaciones basadas en mu-

44 Schiavoni, Lídia, Frágiles pasos, pesadas cargas. Las comerciantes fronterizas de Posadas-Encarnación. 1993, Asunción/Posadas: Centro Paraguayo de Estudio Sociológicos y Editorial Universitaria Universidad Nacional de Misiones.

45 Véase Heyman, Josiah McC. e Alan Smart (1999; 17).

tualidad, confianza e intercambios[46]. En mi perspectiva, las redes sociales ilegales realizan sus prácticas ilegales al interior de una estructura jerárquica en la cual prevalecen la conspiración y la planificación centralizada así como el uso de la violencia ilegítima. Si cambiamos el adjetivo "ilegales" por (i)lícitas, podremos buscar, por analogía, una definición para pensar la economía (i)lícita global. Así, en la globalización popular, operan las redes sociales (i)lícitas de forma descentralizada y horizontal, basadas en la confianza. Las redes sociales (i)lícitas realizan sus prácticas (i)lícitas sobre o a partir de sistemas informales previamente construidos por diásporas, redes migratorias o formas típicas de la economía popular (ferias y sus sistemas de mercados asociados, por ejemplo).

Por otra parte, Naím[47] señala el carácter simultáneamente global y local de las redes involucradas en lo que llamo sistema mundial no-hegemónico y la habilidad que tienen para explotar con rapidez su movilidad internacional, lo cual potencia su capacidad para escapar de los controles de los Estados nacionales. Además, es necesario enfatizar la flexibilidad de estas redes. Como todas las redes sociales, las ilegales/(i)lícitas pueden unirse o deshacerse de acuerdo con las circunstancias y con sus intereses. Pueden deshacerse, por ejemplo, cuando una actividad ilegal deja de ser necesaria o provechosa.

Para realizar conexiones de larga distancia o hasta globales no se necesitan grandes redes o articulaciones extensas de redes. De hecho, las mercaderías que fluyen al interior del sistema mundial no-hegemónico pueden cambiar de manos varias veces, atravesando varios espacios regulatorios, hasta llegar a los consumidores finales. De modo que el sistema está formado por una intrincada red de nudos que son puntos de interconexión entre vendedores y compradores. Esos nudos varían en tamaño e importancia para la reproducción del sistema, yendo desde pequeñas aglomeraciones de barracas de vendedores callejeros destinados a atender las necesidades de los consumidores finales hasta los mega centros, en gran medida destinados a los intermediarios, cuya influencia económica tiene alcance internacional, como los que se localizan en la frontera Foz do Iguazú - Brasil / Ciudad del Este – Paraguay, o en Dubai, en los Emiratos Árabes Unidos. Hay también mega centros de alcance nacional, como el de la calle 25 de Março, en São Paulo, que

46 *Idem.*

47 Véase Naím Moisés (2005; 34).

abastecen a agentes de la globalización popular operando en un radio que puede alcanzar algunos miles de kilómetros. Existen también importantes centros de actuación regional o local como los San Andresitos, en Colombia, y, en Brasil, las Ferias del Paraguay en Caruaru (Pernambuco) y en Brasilia (Distrito Federal), el área del centro de Río de Janeiro conocida como Saara, o el Shopping Oiapoque, en Belo Horizonte.

En verdad, estos nudos del sistema mundial no-hegemónico son mercados de mayor o menor envergadura. Los mercados pueden cumplir el papel de eslabones entre diferentes flujos a través de la articulación de redes con objetivos semejantes y en común. Así, varias redes pequeñas en extensión acaban generando un efecto de largo alcance. Los mercados tanto pueden ser puntos de articulación de estas redes como el locus de articulación entre las actividades de la economía ilegal global y las de la economía (i)lícita global. Ciudad del Este, dada su magnitud, es un ejemplo claro de ello, con su asociación a enormes y poderosos esquemas de lavado de dinero y la presencia de millares de "sacoleiros". La calle 25 de Março en São Paulo, dada su dimensión (aunque menor que Ciudad del Este) también es un excelente ejemplo de un mercado, –un nudo del sistema mundial no hegemónico– que muestra la presencia de grandes intermediarios y miríadas de redes de "sacoleiros". Queda claro que existe una diferenciación interna en este universo que puede presentarse, por ejemplo, bajo la forma de una estructura piramidal establecida al interior de las redes de transacciones entre grandes y pequeños proveedores. Al interior de tal estructura puede haber agentes y redes sociales involucrados en diferentes momentos y aspectos de las actividades económicas lícitas, (i)lícitas e ilegales. En verdad, nada impide que pueda pasarse del sistema no-hegemónico al hegemónico. El sistema mundial no-hegemónico puede servir como un modo de posibilitar una acumulación primitiva de capital. En cuanto tal, puede ser útil para un capitalista como fuente de acumulación, en un determinado momento de su trayectoria económica, o de modo permanente. Además, es necesario señalar lo sostenido por Chang[48] respecto de que "la proliferación de productos falsificados adopta casi las mismas rutas del capitalismo global con tácticas 'glocales' de maniobras más flexibles y ágiles para escapar de las redadas nacionales. (…) Las (marcas) falsas se propagan de in-

48 Véase Chang, Hsiao-hung (2004, 223).

mediato en todo el mundo de manera ubicua y constituyen, exitosamente, un mercado global que simultáneamente duplica la creación de redes del capitalismo y lo desestabiliza como una sub-versión falsificada".

3.1 Algunas consideraciones sobre la esfera de la producción

La investigación sobre aspectos específicos del sistema mundial no-hegemónico se concentra fuertemente en la circulación de personas y mercaderías (véase, por ejemplo, Souza[49]; Figueiredo[50]; Rabossi[51]; Machado[52]; Nascimento[53]; Konstantinov[54]; MacGaffey e Bazenguissa-Ganga[55]. El hecho de que los mercados se destaquen, al interior de este universo, se explica por su característica de ser espacios públicos que permiten realizar trabajo de campo. Si fuéramos a hablar de este sistema considerando también las unidades productivas que lo componen, nos enfrentaríamos con una tarea etnográfica mucho más ardua. Las fábricas no son exactamente espacios públicos. Al contrario, como ya indicaba Marx[56], los capitalistas exigen dejar fuera del alcance de la vista las transformaciones que ocurren allí. Esto es más intenso cuando se trata de las unidades de producción vinculadas a la economía (i)lícita global y a las falsificaciones asociadas a ellas.

49 Véase, Sousa, Rosinaldo Silva (2004).

50 Figueiredo, Breno Einstein 2001 De Feirantes da Feira do Paraguai a Micro- Empresários. Trabalho de conclusão de curso de graduação. Departamento de Antropologia, Universidade de Brasília.

51 Rabossi, Fernando 2004 Nas ruas de Ciudad del Este: vidas e vendas num mercado de fronteira. Dissertação de Doutorado em Antropologia, Museu Nacional, Universidade Federal do Rio de Janeiro.

52 Machado, Rosana Pinheiro 2005 "'A Garantia soy yo': etnografia das práticas comerciais entre camelôs e sacoleiros na cidade de Porto Alegre e na fronteira Brasil/Paraguai". Dissertação de Mestrado, Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social, Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

53 Nascimento, Munich 2006 "A Rua 25 de Março e a Imigração Sírio-Libanesa para São Paulo". Trabalho de Conclusão de Graduação. Departamento de Antropologia, Universidade.

54 Konstantinov, Yulian 1996 "Patterns of Reinterpretation: Trader Tourism in the Balkans (Bulgaria) as a Picaresque Metaphorical Enactment of Post-Totalitarianism." American Ethnologist (23) 4: 762-782.

55 MacGaffey, Janet e Rémy Bazenguissa-Ganga 2000 Congo-Paris. Transnational traders on the margins of the law. Oxford/Bloomington, The International African Institute/James Currey/Indiana University Press.

56 Marx, Karl 1977 Capital. A critique of political economy. New York: Random Press.

Si comenzáramos por donde se producen las mercaderías, los centros fundamentales del sistema se encuentran en Asia, en lugares tales como Taiwán, Corea del Sur, Singapur, Malasia y, en especial, China. El hecho de que diferentes áreas de Asia se hayan tornado centros de producción de las mercaderías del sistema mundial no-hegemónico se relaciona, en gran medida, con el poder de la economía de Japón, uno de los mayores mercados de artículos de lujo. Taiwán, Corea del Sur y Hong Kong, por ejemplo, fueron grandes centros productores de mercaderías falsas para Japón. Por su parte, China pronto se convirtió en la principal proveedora de productos falsos para todo el mundo: "hoy, hasta en Taiwán, productos Louis Vuitton falsificados son 'importados' principalmente de China"[57]. De modo que este país no sólo es la niña mimada de la globalización hegemónica[58], también es el centro de la globalización no hegemónica, de la globalización popular. Cualquier investigación sobre la producción de bagatelas globales, de superlogos falsos y de productos "piratas" tendría que privilegiar, ciertamente, la provincia china de Guangdong, donde el boom económico de las últimas décadas se ha expresado también en una enorme producción de productos para los mercados de la globalización popular. Las ciudades de Dongguan, Shenshen, Hong Kong (que comparte frontera con la anterior) y Guangzhou (Cantón) conforman, probablemente, la mayor zona de producción de mercaderías del sistema mundial no-hegemónico, el comienzo de una cadena de mercaderías en la cual los lucros se acumulan fantásticamente[59].

Chang[60] llega a hablar de "industria global de las falsificaciones". Los productos falsificados basan su enorme rentabilidad, en gran medida, en la explotación de lo que Chang[61] llamó superlogos: "el top de las logomarcas, un 'símbolo' famoso mundialmente que presenta un status social privilegiado". Su análisis de una de las marcas más falsificadas en el mundo, alta-

57 Véase Chang, Hsiao-hung (2004, 230).

58 Guthrie, Doug 2006 China and Globalization. The social, economic and political transformation of Chinese society. New York, Routledge.

59 Agradezco a Rosana Pinheiro Machado que proporcionó estas informaciones de esa área en China, directamente, mientras realizaba su investigación sobre la participación de chinos en la globalización popular. El trabajo de Rosana Pinheiro Machado es, ciertamente, pionero en la antropología brasileña.

60 Véase Chang, Hsiao-hung (2004, 224).

61 *Idem.*

mente consumida en Japón y en el Sudeste Asiático, la francesa Louis Vuitton, muestra como a lo largo de los años, determinados productos van incorporando a su precio un excedente de valor basado exclusivamente en su valor simbólico, en lo que representa como símbolo de status para los consumidores y no en su precio real como un objeto específico. Mantener, manipular y administrar el súper logo es una forma, encontrada por grandes corporaciones, de poseer nichos exclusivos en el mercado de símbolos de status globales y, en última instancia, de incrementar enormemente sus ingresos. La diferencia entre el valor real del objeto específico y el valor simbólico excedente, agregado por la propiedad del súper logo deseado por el consumidor, es lo que impulsa el mercado de superlogos falsos y siempre vendidos por precios muy por debajo de los "originales". Con todo, el hecho de que los falsos superlogos de accesorios de modas pierdan su lugar de principal fuente de ganancia de la "industria global de las falsificaciones" en favor de los discos compactos y los programas pirateados, es coherente con la hegemonía del capitalismo electrónico informático y su flexibilidad interna, sobre todo en lo que respecta a su capacidad de reproducción de copias perfectas, de simulacros. Las técnicas de reproducción de superlogos falsos "aún siguen el modo tradicional de la producción de mercancías, basado en la división y explotación globales del trabajo, en el sistema de producción fabril y, más específicamente, en el ahora más conocido sistema de tercerización en todo el mundo"[62].

IV. Consideraciones finales: flujos.

La globalización popular está formada por nudos: los mercados populares, y por flujos: los viajes. Así como hay nudos mayores o menores, hay flujos mayores o menores, que cubren grandes o pequeñas distancias. A escala global hay dos diásporas fundamentales para la globalización popular, probablemente dos de las mayores y más complejas redes de inmigrantes del mundo. Se trata de las diásporas china y libanesa. La primera, revigorizada por el papel prominente de China en la economía global,

62 *Idem*.

ha crecido notablemente en lugares donde antes era irrisoria como Brasil y Portugal[63]. La segunda, mantiene una fuerte presencia en la frontera Ciudad del Este-Foz do Iguaçu[64] y desempeñó un importante papel en el crecimiento de los San Andresitos, los nudos del sistema mundial no-hegemónico en Colombia[65].

Si pensamos en el sector de América del Sur del sistema mundial no-hegemónico, es posible describir los flujos entre China (Guandong) y la frontera Ciudad del Este/ Foz do Iguaçu, así como entre esta última y otros puntos del sistema mundial no-hegemónico en territorio brasileño como la calle 25 de Março en São Paulo u otros mercados populares en ciudades como Porto Alegre, Belo Horizonte, Río de Janeiro, Brasilia y Caruaru (Pernambuco). En la calle 25 de Março es visible el dislocamiento de la diáspora libanesa por la diáspora china en el control de la dinámica de la globalización popular[66]. En el centro de Río de Janeiro, en la zona conocida como Saara, son claras las disputas entre libaneses y chinos[67].

Ya el ejemplo de Caruaru es particularmente interesante dada la centralidad que, desde hace más de ciento cincuenta años, posee la feria de la ciudad al interior de un sistema regional que alcanza a ciudades de todo el Nordeste brasileño. Además, muestra cómo la existencia previa de un sistema migratorio popular, de Caruaru a São Paulo, provee una estructura útil a las diná-

63 Cunha, Neiva Vieira da 2005 "Libaneses & Chineses: sucessão, conflito e disputa numa rua de comércio do Rio de Janeiro". Trabalho apresentado na VI Reunião de Antropologia do Mercosul, Montevidéu, 16 a 18 de novembro de 2005; y Mapril, José 2002 "De Wenzhou ao Martim Moniz: práticas diaspóricas e a (re)negociação identitária do local". Ethnologia 12-14: 253-294.

64 Arruda, Aline Maria Thomé 2007 A presença libanesa em Foz do Iguaçu (Brasil) e Ciudad del Este (Paraguai), dissertação de mestrado, Centro de Pesquisas e Pós - Graduação sobre as Américas, Universidade de Brasília.

65 Las fronteras son frecuentemente reconocidas como lugares donde los límites del poder del Estado son puestos en jaque por los agentes de la globalización popular (Abraham y Van Schendel, 2005: 14; también Naím, 2005). Abraham y Van Schendel (2005: 22) consideran las fronteras como un espacio típico para el desenvolvimiento de lo (i)lícito, hecho favorecido por la "intersección de múltiples autoridades" compitiendo entre sí, ya que "Estados vecinos frecuentemente tienen puntos de vista diferentes sobre la ley y la licitud". Ellos ejemplifican con las fronteras entre India, Bangladesh, China y Myanmar y mencionan los casinos y las compras a través de las fronteras como acontecimientos.

66 Véase, Nascimento, Munich (2006).

67 Véase, Cunha, Neiva Vieira da 2005.

micas de la globalización popular[68]. Mercaderías traídas de Ciudad del Este o de la calle 25 de Março alimentan la llamada "Feira do Paraguai", el sector de gadgets globales de la Feria de Caruaru que, a su vez, alimenta una gran cantidad de otras ferias menores y de pequeños comerciantes en todo el Nordeste. La "Feira do Paraguai" de Caruaru permite visualizar bien la manera en que se extiende la capilaridad del sistema mundial no-hegemónico, a través de la globalización popular, llegando a lugares distantes e inusitados.

Hay aún mucho por investigar acerca del sistema mundial no-hegemónico y la globalización popular a escala mundial. Mientras tanto, están claras su existencia y varias características fundamentales de su dinámica. Ciertamente, la globalización popular es hoy un importante tópico de investigación para las ciencias sociales. A través de su estudio, podemos percibir las maneras en que los actores populares se apropian de flujos globales de riqueza y crean nuevas oportunidades que, de otro modo, serían inexistentes.

V. Bibliografía

Abraham, Itty e Willem Van Schendel 2005 "Introduction: the making of illicitness". In Willem Van Schendel e Itty Abraham (orgs.), Illicit Flows and Criminal Things. Bloomington: Indiana University Press, pp. 1-37.

Arruda, Aline Maria Thomé 2007 A presença libanesa em Foz do Iguaçu (Brasil) e Ciudad del Este (Paraguai), dissertação de mestrado, Centro de Pesquisas e Pós -Graduação sobre as Américas, Universidade de Brasília.

Chang, Hsiao-hung 2004 "Fake logos, fake theory, fake globalization." Inter-Asia Cultural Studies (5) 2: 222-236.

Cunha, Neiva Vieira da 2005 "Libaneses & Chineses: sucessão, conflito e disputa numa rua de comércio do Rio de Janeiro". Trabalho apresentado na VI Reunião de Antropologia do Mercosul, Montevidéu, 16 a 18 de novembro de 2005.

Figueiredo, Breno Einstein 2001 De Feirantes da Feira do Paraguai a Micro-Empresários. Trabalho de conclusão de curso de graduação. Departamento de Antropologia, Universidade de Brasília.

68 Lyra, Maria Rejane Souza de Britto 2005 "Sulanca x muamba. Rede social que alimenta a migração de retorno". São Paulo em Perspectiva (19) 4: 144-154.

Gallant, Thomas W. 1999 "Brigandage, Piracy, Capitalism, and State-Formation: transnational crime from a historical world-system perspective". In Josiah McC. Heyman (org.) States and Illegal Practices. Oxford/New York: Berg, pp. 25-61.

Guthrie, Doug 2006 China and Globalization. The social, economic and political transformation of Chinese society. New York, Routledge.

Heyman, Josiah McC. e Alan Smart 1999 "States and illegal practices: an overview". In Josiah McC. Heyman (org.) *States and Illegal Practices.* Oxford/New York: Berg, pp. 1-24.

Konstam, Angus 2002 *The History of Pirates. Guilford,* Connecticut: The Globe Pequot Press.

Konstantinov, Yulian 1996 "Patterns of Reinterpretation: Trader Tourism in the Balkans (Bulgaria) as a Picaresque Metaphorical Enactment of Post-Totalitarianism." American Ethnologist (23) 4: 762-782.

Linebaugh, Peter e Marcus Rediker 2000 The Many-Headed Hydra. Sailors, slaves, commoners, and the hidden history of the Revolutionary Atlantic. Boston: Beacon Press.

Lomnitz Adler, Larissa 1988 "Informal Exchange Networks in Formal Systems: A Theoretical Model". American Anthropologist (90) 1.

———, 1994 "Redes informales de intercambio en sistemas formales". Redes sociales, cultura y poder: ensayos de antropología latinoamericana. México: Editorial Miguel Ángel Porrúa, pp. 152-166.

Lyra, Maria Rejane Souza de Britto 2005 "Sulanca x muamba. Rede social que alimenta a migração de retorno". São Paulo em Perspectiva (19) 4: 144-154.

Machado, Rosana Pinheiro 2005 "'A Garantia soy yo': etnografia das práticas comerciais entre camelôs e sacoleiros na cidade de Porto Alegre e na fronteira Brasil/Paraguai". Dissertação de Mestrado, Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social, Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

MacGaffey, Janet e Rémy Bazenguissa-Ganga 2000 Congo-Paris. Transnational traders on the margins of the law. Oxford/Bloomington, The International African Institute/James Currey/Indiana University Press.

Mapril, José 2002 "De Wenzhou ao Martim Moniz: práticas diaspóricas e a (re)negociação identitária do local". Ethnologia 12-14: 253-294.

Marx, Karl 1977 Capital. A critique of political economy. New York: Random Press.

Naím, Moisés 2005 Illicit. How smugglers, traffickers, and copycats are hijacking the global economy. New York: Doubleday.

Nascimento, Munich 2006 "A Rua 25 de Março e a Imigração Sírio-Libanesa para São Paulo". Trabalho de Conclusão de Graduação. Departamento de Antropologia,

Universidade de Brasília.

Rabossi, Fernando 2004 Nas ruas de Ciudad del Este: vidas e vendas num mercado de fronteira. Dissertação de Doutorado em Antropologia, Museu Nacional, Universidade Federal do Rio de Janeiro.

Ribeiro, Gustavo Lins 2006 "Other Globalizations. Alter-native transnational processes and agents". Working Paper 4. The Edelstein Center for Social Research (versão electrónica).

Schiavoni, Lidia 1993 Frágiles pasos, pesadas cargas. Las comerciantes fronterizas de Posadas-Encarnación. Asunción/Posadas: Centro Paraguayo de Estudio Sociológicos y Editorial Universitaria Universidad Nacional de Misiones.

Sousa, Rosinaldo Silva de 2004 "Narcotráfico y economía ilícita: las redes del crimen organizado en Río de Janeiro". Revista Mexicana de Sociología 66 (1): 141-192.

———, 2006 "Os Cocaleros do Chapare: Coca, Cocaína e Políticas Internacionais antidrogas na Bolivia", tese de doutorado, Programa de Pós-Graduação em Antropología Social da Universidade de Brasilia.

Souza, Ángelo José Sátyro de 2000 Feira do Paraguai: Território e Poder. História e Memória. Trabalho de conclusão de curso de graduação. Departamento de Antropología, Universidade de Brasilia.

Tullis, Lamond 1995 Unintended Consequences: illegal drugs and drug policies in nine countries. Boulder, CO: Lynne Reiner.

Wallerstein, Immanuel 2006 World-Systems Analysis. Durham e Londres: Duke University Press.

Wolf, Eric 1982 Europe and the people without history. Berkeley: CUP.

La tutela de los derechos e intereses colectivos de consumidores y usuarios en el proceso civil español*

Lorena Bachmaier Winter

Sumario:

I. Introducción. **II.** Intereses colectivos e intereses difusos: distinción terminológica y su incidencia en la LEC 1/2000. **III.** La tutela de los intereses colectivos y difusos en el ordenamiento jurídico español. **IV.** Legitimación. **V.** Las especialidades procesales en la tutela colectiva de los consumidores y usuarios. **VI.** Bibliografía.

I. Introducción

Sin perjuicio de un análisis ulterior más detallado, conviene desde un principio resaltar que bajo la denominación de acciones colectivas se entremez-

* Este trabajo tuvo su origen en el informe sobre" Acciones populares y acciones para la tutela de los intereses colectivos en España" que elaboré para el VII Seminario Internacional "Formazione e Caratteri del Sistema Giuridico Latinoamericano e Problemi del Processo Civile", celebrado en Roma en mayo de 2002. Desde entonces, la Ley de Enjuiciamiento Civil española ha experimentado una significativa modificación en materia de tutela de consumidores y usuarios, como consecuencia de la transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios. Esa transposición se ha efectuado por la Ley del 29 de octubre de 2002 (BOE 29 de octubre de 2002), por lo que era preciso revisar y actualizar el trabajo inicial.

clan fundamentalmente dos nociones que responden a diferentes necesidades y que se proyectan de manera diferente en el ámbito procesal.

En un primer sentido, la regulación de acciones colectivas responde a la necesidad apreciada de buscar mecanismos para facilitar el acceso a la jurisdicción de determinados sujetos considerados socialmente menos favorecidos o que en el ámbito de la contratación ocupan una posición más débil. Es bien conocido que esos obstáculos de acceso a la justicia fundamentalmente son: los costes del litigio, la duración del proceso, la falta de capacidad de determinados entes, la falta de recursos económicos de los afectados, las normas de competencia territorial y los problemas derivados de la ejecución, sobre todo cuando ésta ha de tener lugar en otro estado. Estos obstáculos se erigen en barreras difícilmente salvables en los casos en que la cuantía de lo reclamado es mínima y la acción ha de ejercitarse por un sujeto individual aisladamente y económicamente desfavorecido. Un consumidor o usuario individual rara vez estará en condiciones tanto económicas como anímicas de acometer el ejercicio de una acción judicial contra una potente empresa y menos aún si el valor de lo reclamado no le compensa ese esfuerzo ni tampoco los costes del proceso. En esos casos la decisión de iniciar ese proceso, o como decía Ihering[1] al sopesar si se "sacrifica el derecho a la paz o la paz del derecho", el sujeto particular que ha visto lesionado sus derechos tenderá a ceder ante el adversario y en definitiva, a prescindir del ejercicio de su acción.

Con el fin de equilibrar esa posición de desigualdad inicial y para superar la desproporción entre los costes del litigio y el valor económico de la reclamación, se observa que esas acciones podrían ejercitarse individualmente porque la titularidad de las mismas corresponde a cada uno de los afectados, sin embargo, es conveniente que se ejerciten de manera conjunta, bien a través de una entidad que tenga encomendada la defensa de esos intereses plurisubjetivos, bien a través de mecanismos procesales que permitan a esa pluralidad de afectados litigar unidos.

En esa primera dimensión, las acciones colectivas (aunque sería más correcto hablar de acciones ejercitadas colectivamente), responden a la necesidad de protección del "débil frente al poderoso"; la parte débil es el consumidor o usuario y la parte fuerte la contratante.

1 Ihering, R. von, *Der Kampfums Recht,* Viena, 1906, p. 16.

Por otro lado, las acciones colectivas responden a la superación de la noción individual de la titularidad de los derechos e intereses, tras constatarse que existen derechos e intereses meta-individuales o difusos en el sentido de que su titular no es individualizable. Son derechos o intereses que, utilizando la expresión de Cappelletti[2]. no "pertenecen" a un concreto sujeto individual, o bien, respecto de los cuales los particulares sólo poseen una mínima porción del todo. Cappelletti planteaba de manera muy expresiva esta problemática mediante la formulación de la pregunta: *"Who is the owner of the air we breathe?"* [3].

La noción tradicional de la legitimación, al vincular ésta a la titularidad de los derechos, no ofrece una respuesta acerca de quién puede ejercitar una acción en defensa de un derecho o interés claramente meta-individual. Nos encontramos así, con derechos e intereses que durante largo tiempo han estado, utilizando la expresión de Cappelletti, huérfanos de un "autor" procesal, porque los ordenamientos tradicionales no determinaban a quién o quiénes pertenecían ni a quién correspondía la legitimación procesal activa para llevar a cabo su defensa.

Esa laguna se ha visto superada a través de la introducción de normas legales que especifican los sujetos que tienen legitimación para defender esos derechos e intereses que pertenecen a una colectividad más o menos indeterminada. Estas acciones son colectivas, porque el bien protegido es colectivo, en el sentido de que la titularidad supera la esfera jurídica individual y de que ese derecho o interés no es, de ordinario, fraccionable o divisible entre los diversos sujetos afectados.

La introducción de mecanismos de tutela colectiva en el ámbito jurídico privado español, ha ido evolucionando progresivamente a partir de una regulación fragmentada de la legitimación en diversas leyes sustantivas. Previamente existía una amplia experiencia de tutela colectiva en el ámbito del derecho laboral y en el ámbito del derecho administrativo. En el ámbito del derecho privado, la tutela colectiva se ha desarrollado fundamentalmente en el contexto del derecho de consumo, sin duda como consecuencia del imperativo constitucional de que se arbitren procedimientos eficaces para la tutela

2 Capellctti, M., "Vindicating the Public Interest through the Courts: A Comparativist's Contribution", en Capellctti, M., y Jolowicz, J. A., *Public Interest Parties and the Active Role ofthe Jndge in Civil litigation,* Milán, 1975, p. 525.

3 *Ibídem,* p. 522.

de los consumidores y usuarios[4] y, como consecuencia de las directivas comunitarias promulgadas en materia de defensa de consumidores y usuarios[5]. A esa regulación han seguido otras normas sobre legitimación en diferentes leyes sustantivas, pero sin que ello fuera acompañado de una regulación procesal específica de la tutela colectiva.

Hasta la promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, tanto la doctrina como los sectores afectados por el derecho de consumo venían reclamando de manera continua e insistente, una regulación procesal adecuada para la tutela de aquellos intereses que superan la esfera estrictamente individual, por verse afectados una pluralidad de sujetos más o menos determinada. Ello significa que en España el análisis y estudio de los intereses y acciones colectivas ha precedido a su regulación legal, lo cual ha originado también que las clasificaciones realizadas por la doctrina en materia de intereses colectivos sean divergentes.

Antes de abordar en detalle la concreta normativa contenida en el ordenamiento jurídico español y con el fin de evitar confusiones terminológicas, creo necesario realizar algunas puntualizaciones conceptuales acerca de los intereses tutelados a través de las acciones colectivas, dentro de los cuales ha de distinguirse entre los llamados colectivos en sentido estricto y los denominados intereses difusos.

II. Intereses colectivos e intereses difusos: Distinción terminológica y su incidencia en la LEC 1/2000

En la doctrina, con frecuencia se alude a los intereses colectivos y difusos de manera cumulativa o como sinónimos y en muchos casos faltan criterios homogéneos en la definición de estos intereses. Sirvan como muestra de esa heterogeneidad conceptual dentro de la doctrina española las siguientes afirmaciones.

4 Artículo 51 de la Constitución española de 1978 (CE) "1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos".

5 Acerca de la política comunitaria en materia de protección de consumidores y usuarios, véase Méndez Pineda, E., *La protección de consumidores en la Unión Europea,* Madrid, 1998, pp. 191 Y ss.

Almagro Nosete[6] alude indistintamente a los "intereses sociales o colectivos que se denominan difusos", cuya característica típica se encuentra en que esos intereses se acotan por grupos, clases o sectores de manera más o menos extensa.

Acosta Estévez[7] siguiendo a Giannini y a Vigoriti define el interés difuso como el "interés propio, jurídicamente reconocido, de un grupo social o colectividad indeterminada de sujetos, desprovista de una organización que los tome para sí enteramente y tenga capacidad para su defensa, cuya tutela jurisdiccional responde a eventuales iniciativas meramente individuales." La noción de interés colectivo sería, por otro lado, aquel que afecta o pertenece a "personas situadas en un mismo nivelo plano, en relación a un determinado bien respecto del que tienen exigencias del mismo tipo". El interés colectivo lo vincula este autor al modo social de vida, considerándolo, sin embargo, una concretización del interés difuso.

Para Gutiérrez Sanz y Samanes Ara[8], la distinción entre intereses colectivos y difusos se basa en que en los intereses colectivos los miembros del grupo portador del interés está determinado o es fácilmente determinable, mientras que en los intereses difusos los miembros son indeterminables o de muy difícil determinación.

Bujosa Vadell[9] define el interés de grupo equivalente al interés supraindividual como aquel "que se refiere a la relación por la que un grupo más o menos determinado de personas, pretende la evitación de un perjuicio o la consecución de un beneficio en relación con un objeto no susceptible de apropiación exclusiva o en relación con diversos objetos susceptibles de apropiación exclusiva pero cualitativamente idénticos". A su vez, este autor distingue entre *interés común* e *interés colectivo.* El primero, sería el interés singular de cada uno de los miembros del grupo que es igual o muy similar al de los demás y que puede ser satisfecho individualmente. Por su parte, de-

6 Almagro Nosete, J., "Tutela procesal ordinaria y privilegiada de los intereses difusos", *Revista de Derecho Político,* 1986-1987, núm. 16, p. 96.

7 Acosta Estévez, J. B., *Tutela procesal de los consumidores,* Barcelona, 1995, pp. 41-46.

8 Gutiérrez Sanz, R. y Samanes Ara, c., "Comentario al artículo 7.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación con la protección procesal de los derechos de los consumidores", La Ley, 1988, p. 1158.

9 Bujosa Vadell, L., *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo,* Barcelona, 1995, p. 81.

nomina interés colectivo, a aquel que" es de uno y de todos" a la vez[10], que es el que denomina interés de grupo o "intereses difusos y colectivos".

Silguero Estagnan[11], quien realiza un amplio análisis de la problemática procesal de la tutela de los intereses colectivos, no ahonda, sin embargo, en la distinción entre los intereses difusos y colectivos.

Por último, afirma Gutiérrez de Cabiedes[12], que entre los intereses difusos y los intereses colectivos no existe una "diferencia ontológica", y que la distinción se basa en el "aspecto extrínseco del grado de agregación y delimitación de la comunidad a la que se refieren". En definitiva, hacen referencia a un mismo fenómeno jurídico, pero con diferente grado de determinación.

De acuerdo con este autor, cuyos criterios serán en esencia asumidos posteriormente por el legislador, creo oportuno clarificar los conceptos de interés colectivo y difuso, y apuntar, aunque sea sólo de manera esquemática, la diferencia entre este último y el interés general:

Intereses difusos: Se reserva dicho término para aquellos intereses que afectan a una comunidad de sujetos amplia e indeterminada, no existiendo de ordinario vínculo o nexo jurídico entre ellos; por ejemplo, en materia de publicidad engañosa o aquellos procesos en los que se ejercita una acción para exigir el etiquetado de determinados productos de consumo.

Intereses colectivos: En sentido estricto, podemos hablar de la existencia de un interés o intereses colectivos cuando un grupo se encuentra en una misma situación jurídica o cuando una pluralidad de sujetos se ven afectados por un mismo hecho, y los integrantes del grupo o los afectados están determinados o pueden ser determinados sin dificultad; por ejemplo: un grupo de padres de alumnos de un colegio, o un grupo de clientes que suscribieron con una determinada entidad bancaria un crédito hipotecario en un concreto año.

Interés general: El interés difuso no debe asimilarse al interés general, aunque en ambos casos el ámbito de afectados se encuentra indefinido. Desde un punto de vista subjetivo siguiendo a Gutiérrez de Cabiedes "en el interés difuso se daría una dimensión personal que no se da en el público,

10 *Ibídem,* p. 97.

11 Véase Silguero Estagnan, J., *La tutela jurisdiccional de los intereses colectivos a través de la legitimación de los grupos,* Madrid, 1995, p. 1.

12 Gutiérrez de Cabiedes Hidalgo de Caviedes P., *La tutela de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos,* Pamplona, 1999, pp. 99 y ss.

una posibilidad de fragmentación, pues del interés difuso emana el reconocimiento de situaciones subjetivas atribuible s a individuos y organizaciones". De ahí cabe concluir que los intereses difusos son intereses abiertos a la participación. La consideración de los intereses supraindividuales ya sean colectivos o difusos como intereses públicos o, por el contrario, como simple suma de intereses privados, no es sencilla, pues el problema de la tutela de estos intereses no se resuelve en la dicotomía público/privado. Sería más adecuado asumir que disfrutan de una naturaleza intermedia: son intereses originariamente personales, pero que en la medida en que son compartidos o comunes a una pluralidad de sujetos, adquieren una dimensión social que permite afirmar que son intereses "privados de dimensión colectiva".

Dentro de los intereses que afectan a una colectividad, ya esté determinada o no, es preciso distinguir como ya apuntamos en la introducción de este trabajo, entre intereses supraindividuales e intereses plurisubjetivos. En breve, y siguiendo a Gutiérrez de Cabiedes[13], los intereses se clasificarían en:

Interés supraindividual: existe cuando la pluralidad de sujetos se ve afectados de igual manera por una situación jurídica o hecho, por ser miembros de una comunidad o grupo, siendo todos ellos cotitulares del derecho. La sentencia estimatoria derivada de la tutela ejercitada por uno de ellos o por una entidad legitimada, necesariamente afectará a los demás. Como ejemplo de esos intereses supraindividuales podemos citar: la acción para que cese la emisión o difusión de una publicidad engañosa (artículo 29 de la LGP), la acción de cesación de un acto de competencia desleal (artículo 18 de la LCD), o la acción de cesación conforme a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (artículo 12 de la LCGC).

Pluralidad de intereses individuales: esto es cuando existe una pluralidad de acciones surgidas de un mismo hecho dañoso, acciones cuya titularidad corresponde a cada uno de los sujetos individuales afectados. Se trata de intereses individuales homogéneos porque todas las acciones derivan de un mismo hecho originario. A partir de ese hecho lesivo común a todos ellos, sin embargo, las consecuencias pueden ser idénticas para todos o, por el contrario, diferentes para cada uno de ellos. La acción que ejercita uno de ellos no produce efectos de cosa juzgada ni extiende su eficacia material respecto

13 Véase Gutiérrez de Cabiedes, P., *op. cit.,* nota 12, pp. 61 y ss.

del derecho de los demás afectados, como por ejemplo: daños concretos de la utilización de un producto defectuoso, pacientes médicos infectados de hepatitis por transfusiones de sangre contaminada, etcétera.

Si bien es ésta una cuestión que incide y de manera relevante en el tema de la legitimación, la LEC ha preferido no diferenciar entre ambos tipos de intereses a la hora de configurar las especialidades procesales de la tutela de los consumidores y usuarios. La distinción contenida en el artículo 11 de la LEC al regular la legitimación para la defensa de los derechos e intereses de consumidores y usuarios, atiende únicamente al criterio del grado de determinación de los sujetos afectados: si los sujetos afectados están determinados o son fácilmente determinables, esos intereses son calificados como *colectivos*; en caso de indeterminación de los sujetos afectados, la LEC los denomina intereses *difusos.*

La distinción entre intereses difusos y colectivos, sin embargo, no encuentra reflejo en la denominación de las correspondientes acciones, las cuales no se califican de manera diferente en función del interés que tutelan. En términos generales puede decirse que el concepto de acción colectiva, simplemente se opone al de acción individual, englobándose dentro de las acciones colectivas tanto aquellas que defienden intereses difusos, a las cuales no resulta adecuado o usual denominar" acciones difusas" , como intereses colectivos que afectan a un grupo determinado de sujetos[14].

En sentido estricto, de conformidad con la definición incluida en la Directiva Comunitaria 98/27, del 19 de mayo de 1998, sobre acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios, las acciones colectivas son las que tienen por objeto la tutela de intereses colectivos y estos son definidos como "los intereses que no son una acumulación de intereses particulares que se hayan visto perjudicados por una infracción.

14 Así, y a diferencia del artículo 11 de la LEC, en la exposición de motivos el legislador utiliza el término" colectivo" en sentido genérico, como el que afecta a una pluralidad de sujetos, sin especificar si esa pluralidad de sujetos está determinada o no.

III. La tutela de los intereses colectivos y difusos en el ordenamiento jurídico español

En el ámbito del derecho privado[15] es la Ley 26/84, del 19 de julio, General de Defensa de Consumidores y Usuarios (LGDCU), la que inicia la evolución hacia una tutela colectiva de los derechos e intereses. En el desarrollo del artículo 51, la LGDCU enumera en su artículo 20., los derechos básicos de los consumidores y usuarios[16] y legitima a las asociaciones de consumidores y usuarios para ejercer las acciones civiles para la tutela de los intereses generales de los consumidores y usuarios[17].

Poco después, la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 (LOPJ) hizo un tímido intento de ampliar la legitimación a sujetos o entes carentes de personalidad jurídica, para articular la defensa de intereses colectivos y difusos. De manera absolutamente novedosa en nuestro sistema procesal, el artículo 7.3 de la LOPJ encomendó a nuestros Juzgados y Tribunales la protección de los intereses "tanto individuales como colectivos", reconociendo simultáneamente la legitimación de "corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados"[18].

15 En nuestro ordenamiento jurídico existe una ya larga tradición de tutela colectiva tanto en el ámbito del derecho administrativo como en el ámbito del derecho laboral. En el proceso laboral desde hace tiempo la tutela colectiva de los trabajadores se ha atribuido a las organizaciones sindicales. En este trabajo nos vamos a centrar únicamente en los mecanismos para la tutela colectiva de los intereses de los ciudadanos en la esfera del proceso civil, debido al interés que suscita su nueva regulación procesal. Por ello omitiremos referencias a otros órdenes jurisdiccionales.

16 Conforme al artículo 20. de la LGDCU esos derechos son: a) la protección contra los riesgos que puedan afectar su salud y seguridad; b) la protección de sus legítimos intereses económicos y sociales; c) la indemnización y reparación de los daños y perjuicios sufridos; d) la información correcta sobre los diferentes productos o servicios y la educación y divulgación para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute; e) la audiencia en consulta, la participación en el procedimiento de elaboración de las disposiciones generales que les afecten directamente y en representación de sus intereses, todo ello a través de las asociaciones, agrupaciones o confederaciones de consumidores legalmente constituidas; f) la protección jurídica, administrativa y técnica en las situaciones de inferioridad, subordinación o indefensión. La LGDCU incluye, además, una larga lista de cláusulas abusivas que de utilizarse en el ámbito de la contratación, carecerán de efectos por ser nulas de pleno derecho.

17 El artículo 20.1 de la LGDCU establece que las asociaciones de consumidores y usuarios podrán "representar a sus asociados y ejercer las correspondientes acciones en defensa de los mismos, de la asociación o de los intereses generales de los consumidores y usuarios" .

18 Con más concreción, aunque sin resolver todas las dudas, el artículo 16.5 de la Ley de Procedimiento

Esa norma innovadora y revolucionaria originó una avalancha de publicaciones y estudios doctrinales[19] que intentaron clarificar el alcance y contenido de esta indefinida previsión legal de los intereses difusos, que fueron calificados como intereses *profusos y confusos* por las innumerables dudas que planteaba el precepto (o más bien por la falta de desarrollo de ese precepto en el código procesal)[20].

Progresivamente en las leyes sustantivas (la LGDCU,[21] LGP,[22] LCD[23] o la LCGC[24], entre otras), se fueron introduciendo normas para dotar de eficacia a la protección de los derechos de los ciudadanos en su consideración de consumidores y usuarios, introduciendo la regulación de acciones de cesación para cuyo ejercicio se contemplan normas de legitimación específicas.

Sin desconocer el indudable avance que supuso el artículo 7.3 de la LOPJ y la introducción de las acciones colectivas para la tutela de intereses supraindividuales en diversas leyes sustantivas, lo cierto es que esa evolución no había encontrado un reflejo paralelo en las normas procesales, apreciándose una importante laguna en la tutela de intereses supraindividuales o de múltiples partes. La vieja Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) de 1881, concebida para dar respuesta a las pretensiones basadas en la titularidad de derechos subjetivos individuales, carecía de previsiones específicas para articular la tutela de los intereses colectivos. Obviamente, en su redacción originaria, la LEC de 1881 no podía prever la realidad de la contratación en masa ni podía in-

Laboral que incluyó la regulación de la legitimación de los grupos para el proceso laboral.

19 Entre ellos pueden consultarse Gutiérrez Sanz, M. R. Y Samanes Ara, c., "Comentario al artículo 70. de la LOPJ en relación con la protección de los derechos de los consumidores", La Ley, 1988, pp. 1157-1160; Oliva Santos, A. de la, "La nueva Ley Orgánica del Poder Judicial: análisis jurídico general y constitucional", *Revista de Derecho Procesal,* 1987, pp. 17 y ss.; Acosta Estévez, J. B., op. cit., nota 7, pp. 81 y ss.; Bujosa Vadell, L. M., *op. cit.,* nota 9, pp. 297 y ss.; Gutiérrez de Cabiedes, P., *op. cit.,* nota 12, pp. 305 y ss.

20 Es cierto que el artículo 7.3 de la LOPJ planteaba más dudas que soluciones prácticas. Pero el defecto no ha de encontrarse en su escueta redacción, pues no es la LOPJ el lugar apropiado para desarrollar los requisitos ni el cauce procesal adecuado para la defensa de los intereses de grupos, sino en la propia ley procesal. Por ello, la principal crítica ha de dirigirse al legislador por no haber procedido al desarrollo de ese precepto legitimante.

21 Ley 26/84, del 19 de julio, General de Defensa de Consumidores y Usuarios.

22 Ley 34/1988, del 11 de noviembre, General de Publicidad.

23 Ley 3/1991, del 10 de enero, de Competencia Desleal.

24 Ley 7/1998, del 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación.

cluir mecanismos específicos de protección para los destinatarios de bienes de consumo y servicios. Pero lo cierto es que a lo largo del siglo XX, durante el cual se acometieron múltiples reformas parciales de la LEC de 1881, en ninguna de ellas abordó el legislador la reforma necesaria para dar respuesta a la necesidad de tutela de los consumidores y usuarios.

Fácilmente puede apreciarse que para dar cumplimiento al artículo 51 de nuestra Constitución, no resultaba suficiente que en las leyes sustantivas se atribuyera legitimación a las asociaciones de consumidores para la defensa de intereses colectivos y difusos, como se hizo en el artículo 20.1 de la LGDCU. A esa legitimación había de acompañarse una completa normativa que regulara las diversas implicaciones procesales de la defensa de los intereses colectivos y difusos, entre ellas, el modo de intervención de los particulares en esos procesos, o la eficacia de las sentencias obtenidas por entes legitimados para la defensa de esos intereses que afectan a una pluralidad de consumidores y usuarios, por citar sólo algunas cuestiones. Mientras no quedaran regulados adecuadamente los instrumentos de la tutela colectiva de los derechos de los consumidores y usuarios, "existirá un amplio margen de indefensión real de los consumidores"[25]. De ahí que desde hace varias décadas, tanto la doctrina como los sectores afectados por el derecho de consumo, vinieran reclamando de manera continua e insistente que se arbitraran cauces procesales adecuados para la tutela de los intereses de los consumidores y usuarios, especialmente para aquellos supuestos en los que se supera la esfera estrictamente individual.

Los ejemplos de macroprocesos con múltiples víctimas fundamentalmente el proceso del síndrome tóxico del aceite de colza con miles de afectados[26] y el proceso relativo al derrumbamiento de la presa de Tous, ambos sustanciados ante la jurisdicción penal, pusieron de relieve, con mayor nitidez si cabe, la necesidad de que se arbitraran mecanismos procesales para canalizar la tutela colectiva. Y no ha de olvidarse que una adecuada regulación procesal del ejercicio de las acciones colectivas siendo un requisito para la protección de los consumidores y usuarios, redunda también en beneficio de toda la administración de justicia, al abrir un cauce para evitar

25 Así Pasquau Liaño, M., "Sobre la tutela jurisdiccional civil de los intereses colectivos de los consumidores", *Directiva,* núm. 1, 1989, p. 125.

26 Véase la STS del 26 de septiembre de 1997 (RAJ 1997/6366).

la sobrecarga de la justicia por la multiplicación de reclamaciones individuales[27].

La nueva LEC promulgada el 7 de enero de 2000, cuya entrada en vigor se produjo el 8 de enero de 2001, introduce ya un cauce procesal para arbitrar la tutela colectiva de los consumidores y usuarios. Las disposiciones de la LEC, en virtud de lo dispuesto en el artículo 40 de la LEC, son de aplicación supletoria para los demás procesos jurisdiccionales. Con ello se cubre el vacío legal existente hasta ahora, pues las normas referidas a la tutela colectiva de una pluralidad de afectados, serán de aplicación también en el proceso penal, respecto de la acción civil acumulada.

Todavía no puede hacerse una valoración acerca de la repercusión práctica de las normas procesales previstas para la tutela colectiva de los consumidores y usuarios. Sí merece valoración positiva que la nueva LEC finalmente haya afrontado la necesidad de articular un mecanismo de protección de los derechos de consumidores y usuarios; sin embargo, la regulación en ocasiones presenta dificultades interpretativas que habrán de clarificar los tribunales.

De forma muy esquemática las especialidades procesales introducidas en la nueva LEC en esta materia pueden resumirse en las siguientes líneas. Como señala la Exposición de Motivos de la LEC se han incluido previsiones específicas en materia de diligencias preliminares; sobre llamamiento al proceso de quienes, sin ser demandantes, puedan estar directamente interesados en intervenir; sobre acumulación de acciones y procesos; acerca de la sentencia y en materia de ejecución.

Con el fin de averiguar si los consumidores y usuarios afectados por un hecho lesivo están determinados o son de imposible determinación, a efectos de establecer la legitimación, la LEC permite al futuro demandante, solicitar la práctica de diligencias preliminares para efectuar esa identificación subjetiva de los afectados. En ambos casos, sujetos determinados o indeterminados, se arbitra un amplio sistema de publicidad de la demanda, para facilitar la intervención en el proceso colectivo de cada uno de los afectados indivi-

27 Esto fue particularmente evidente en los dos anteriores casos citados: síndrome de la colza y presa de Tous donde, a la vista del elevado número de afectados, varios miles en ambos casos, la aplicación de las normas procesales por ejemplo, en materia de citación, de ofrecimiento de acciones o de intervención planteaba serias dificultades hasta llegar a ser imposible.

dualmente (artículos l3 y 15 de la LEC). Pero, hayan intervenido o no, del tenor literal del artículo 222 de la LEC se deduce que la eficacia de la sentencia en materia de intereses colectivos o difusos se extiende *ultra partes* incluso frente a sujetos que no hubieran litigado.

En cuanto al contenido de la sentencia, cuando se trata de intereses colectivos, el artículo 221 de la LEC exige que, si se han ejercitado concretas pretensiones de condena, habrá de determinarse individualmente cuáles son los beneficiados por ese pronunciamiento, y en la medida de lo posible esa condena se liquidará en la propia sentencia. En caso de intereses difusos, la sentencia estimatoria de la pretensión de condena fijará las bases y datos para identificar a los beneficiados, sin perjuicio de pronunciarse individualmente acerca de la tutela de los concretos consumidores ya determinados. Respecto de los afectados no determinados, se incluirán los datos, características y requisitos necesarios para que éstos puedan instar la ejecución (artículo 221 de la LEC), difiriendo al proceso de ejecución la individualización de los sujetos beneficiados. El presente sistema aparece así como una excepción a la prohibición general de sentencias de condena con reserva de liquidación (artículo 219 de la LEC).

Se arbitra incluso un sistema para que las sentencias constitutivas o declarativas dictadas a consecuencia de demandas interpuestas por asociaciones de consumidores y usuarios puedan abrir paso a la acción de resarcimiento individual, evitando así que cada uno de los posibles afectados por esa decisión judicial se vea abocado a instar un proceso de declaración individual (artículo 221.3)[28].

IV. Legitimación

Conforme al artículo 11 de la LEC los sujetos legitimados para ejercer las acciones civiles para la tutela colectiva de los intereses de los consumidores y usuarios son:

28 La LEC introduce un proceso para la tutela colectiva de los intereses de los consumidores y usuarios, previendo, sin embargo, a semejanza de lo dispuesto en el artículo 110 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1998 (LJCA), un cauce para que cada uno de los afectados pueda verse resarcido individualmente.

> Artículo 11 LEC: *Legitimación para la defensa de derechos e intereses de consumidores y usuarios.*
>
> 1. Sin perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados, las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas estarán legitimadas para defender en juicio los derechos de la asociación, así como los intereses generales de los consumidores y usuarios.
>
> 2. Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean un grupo de consumidores o usuarios cuyos componentes estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables, la legitimación para pretender la tutela de esos intereses colectivos corresponde a las asociaciones de consumidores y usuarios, a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de éstos, así como a los propios grupos de afectados.
>
> 3. Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean una pluralidad de consumidores o usuarios indeterminada o de difícil determinación, la legitimación, para demandar en juicio la defensa de esos *intereses difusos,* corresponderá exclusivamente a las asociaciones de consumidores y usuarios que, conforme a la ley, sean representativas.

Ha de recordarse que la LEC sólo contempla la tutela colectiva de los ciudadanos en su perspectiva de consumidores y usuarios, lo cual ha generado un importante debate acerca de la tutela colectiva en caso de daños al medio ambiente o desastres ecológicos, planteándose la cuestión acerca de si el medio ambiente puede englobarse dentro de los bienes de consumo o no. Sí son aplicables, sin embargo, las normas de la LEC referidas a la tutela colectiva de los consumidores y usuarios a todo adherente de condiciones generales de la contratación, sea consumidor o usuario o no lo sea, en virtud de la disposición final sexta, apartado 50. de la LEC[29].

La LEC no alude al modo o sistema para conformar a la clase, categoría o grupo de afectados; no señala cuál debe ser el criterio para considerar in-

29 Conforme a esa disposición se modifica la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación 7/1998, del 13 de abril, añadiendo una disposición adicional cuarta que señala: "Las referencias contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil a los consumidores y usuarios, deberán entenderse realizadas a todo adherente, sea o no consumidor o usuario, en los litigios en que se ejerciten acciones individuales o colectivas derivadas de la presente Ley de Condiciones Generales de la Contratación."

cluidos o excluidos a concretos consumidores y usuarios. El único criterio aparece señalado de manera indirecta al regularse la legitimación en el artículo 11 de la LEC, en el cual se alude a "los perjudicados por un hecho dañoso" . El objetivo de haberse visto afectado por un mismo hecho que ha ocasionado un perjuicio para el consumidor o usuario, automáticamente integra a ese sujeto dentro del grupo, categoría o clase de afectados. La LEC no regula un cauce para que el consumidor o usuario" afectado" sea excluido de ese grupo, para evitar verse afectado por el contenido y efectos de esa sentencia. O se trata de un olvido del legislador, o la total ausencia de regulación del *opting out* obedece a un deseo del legislador de primar o favorecer la tutela colectiva de los derechos individuales de cada consumidor o usuario afectado, y excluir el goteo o proliferación de procesos individuales[30].

La sentencia deberá determinar los sujetos concretos que han de entenderse beneficiados por la sentencia, y si esa determinación individual no es posible, debe establecer los datos y características que pueda identificarlos.

1. La defensa de los intereses colectivos por el grupo de afectados

A. Capacidad para ser parte

Una de las principales innovaciones introducidas por la LEC consiste en la previsión de que los derechos e intereses colectivos de los consumidores y usuarios puedan ser tutelados no sólo por las asociaciones de consumidores o entidades específicamente legitimadas, sino también por el propio grupo de afectados. Recuérdese, sin embargo, que el grupo sólo tiene legitimación para actuar en defensa de intereses que afecten a un grupo de sujetos *determinado o fácilmente determinable*.

30 Así, los consumidores individuales se ven abocados a ejercer su defensa individual si quieren ejercerla dentro del proceso colectivo. Es más, en caso de que decidieran incoar un proceso civil en defensa de sus derechos en paralelo al proceso colectivo, la LEC prevé la posibilidad de que ese proceso individual sea acumulado al colectivo, no sólo a instancia de parte, sino también de oficio (artículo 78.4 de la LEC). Es éste el único supuesto en que la LEC prevé una acumulación de procesos a instancia del tribunal, lo que denota el deseo de que los intereses de todos los afectados se tutelen en un mismo proceso, en el incoado por la asociación de consumidores y usuarios.

La novedad no radica tanto en el hecho de que se confiera legitimación al grupo, pues, como ya se ha visto, esa legitimación ya estaba prevista de manera genérica en el artículo 7.3 de la LOPJ, sino en que se confiera al grupo capacidad para ser parte, principal escollo para la actuación procesal de los grupos antes de la LEC 1/2000. Por mucho que se le reconociera legitimación, al ser el grupo un ente sin personalidad jurídica y sin una estructura organizativa de cierta permanencia, existían muchos reparos a la hora de admitir su capacidad para ser parte, y para ser sujetos de derechos y obligaciones en el proceso, al margen de los componentes que lo integraran.

Ese problema pretende resolverse con la previsión del artículo 6.7 de la LEC, que confiere al grupo capacidad para ser parte, siempre que se constituya con la mayoría de los sujetos afectados. La capacidad para ser parte del grupo es de carácter relativo, pues la ley sólo la prevé para que el grupo actúe como demandante en el proceso civil; así se deduce del último inciso del artículo 6.7 de la LEC, que se refiere a los requisitos que debe cumplir el grupo para *demandar*[31]. Ello impide que el demandado pueda reconvenir frente al grupo, o que éste pueda ser demandado como tal (por ejemplo, por lesionar el derecho a la intimidad del demandado). De nuevo encontramos aquí una diferencia con el ordenamiento jurídico estadounidense, donde sí se admite la posibilidad de que el grupo actúe como parte activa y como destinatario de una demanda[32]. El hecho de que el grupo sólo pueda constituirse en parte activa, es plenamente coherente con los fines perseguidos en la nueva LEC en materia de consumidores y usuarios: facilitar el acceso de éstos a la jurisdicción para dotar de eficacia a la tutela de sus derechos e intereses. Desde esa perspectiva, no resultaría razonable que se dotara al grupo también de capacidad para ser parte demandada.

En cuanto al modo de acreditar la capacidad para ser parte, parece que, en principio, debe ser a través de la prueba documental, que habrá de pre-

31 Artículo 60. de la LEC: *"Capacidad para ser parte.* Podrán ser parte en los procesos ante los tribunales civiles: ... 70. Los grupos de consumidores o usuarios afectados por un hecho dañoso cuando los individuos que lo compongan estén determinados o sean fácilmente determinables. Para demandar en juicio será necesario que el grupo se constituya con la mayoría de los afectados" . En el mismo sentido, Samanes Ara, c., *Las partes en el proceso civil,* Madrid, 2000, p. 20.

32 Artículo 23 de las *Federal Rules of Civil Procedure* (a), en donde se alude a la posibilidad de demandar al miembro del grupo que actúa en representación del mismo, en cuyo caso los efectos de la sentencia se extenderían a todos los componentes del grupo.

sentarse junto con el escrito de la demandada[33]. Ello resulta lógico a pesar de que la LEC, al enumerar los documentos que necesariamente han de acompañar a la demanda (artículos 264 a 266 de la LEC), no aluda a la capacidad para ser parte (quizás porque de ordinario la concurrencia de este presupuesto consta en el poder otorgado al procurador por el representante necesario).

B. Requisitos para el reconocimiento de la legitimación

El grupo sólo está legitimado para la defensa de intereses colectivos, pero no para la defensa de los intereses difusos, según se ha visto ya. Los intereses colectivos se definen, en el artículo 11.2 de la LEC, como aquellos que afectan a una pluralidad de sujetos *determinada o fácilmente determinable.* La condición para que el grupo adquiera capacidad para ser parte es que se encuentre constituido por la mayoría de los afectados por un mismo hecho lesivo, sin que sea exigible una mayoría cualificada. Se trata de un criterio exclusivamente cuantitativo para acreditar que ese grupo es suficientemente representativo de los intereses de esos afectados, lo cual legitima su actuación procesal y la extensión de sus consecuencias incluso a afectados ausentes del proceso (*adequacy of representation,* en la terminología jurídica angloamericana)[34].

Al margen de esa nota de representatividad, la LEC no condiciona la legitimación ni la actuación del grupo a ningún otro requisito adicional. El legislador español se aparta en este punto de lo previsto en el sistema estadounidense, donde la acción del grupo se configura siempre con carácter subsidiario: sólo se admite la actuación del grupo como tal cuando, por el elevado número de sus componentes, su defensa no puede articularse a través

33 En el mismo sentido, Garnica Martín, J. F. "Comentario al artículo 60. de la LEC", *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil,* Madrid, 2001, p. 134. Defiende este autor una interpretación flexible en cuanto al modo de acreditar la capacidad para ser parte, entendiendo que debe" admitirse cualquier medio que permita razonablemente pensar que el grupo está formado con la mayoría de sus integrantes", aunque a continuación aluda exclusivamente a los documentos públicos y privados.

34 Acerca del requisito de la representatividad adecuada para la actuación del grupo en la defensa de intereses difusos o colectivos, véase entre otros, Bujosa Vadell, L., *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo, cit.,* nota 9, pp. 198 y ss.; Gutiérrez de Cabiedes, P., *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales colectivos y difusos, cit.,* nota 12, pp. 451 y ss.

de la acumulación de acciones[35]. Pero si el grupo es pequeño el sistema prefiere evitar las complejidades procesales derivadas de la legitimación del grupo y remitir la defensa conjunta de los diversos sujetos a los cauces tradicionales de acumulación de acciones, siendo el juez quien decide, atendiendo a criterios de oportunidad y proporcionalidad y con un amplio margen discrecional, acerca de la admisibilidad de la *class action*.

2. La tutela colectiva a través de las asociaciones de consumidores y usuarios

A. La problemática en torno a la legitimación de las asociaciones de consumidores

El principal problema que plantea la regulación de la legitimación en el artículo 11 de la LEC, es que no distingue entre intereses supraindividuales e intereses plurisubjetivos. La norma parece estar pensada para la defensa de intereses plurisubjetivos, dada la referencia a un "hecho dañoso" , pero no aparece nítidamente expresado en este sentido. Ello lleva a plantearse cuál es el tipo de legitimación que ostentan, por ejemplo, las asociaciones de consumidores en defensa de intereses plurisubjetivos y si ha de exigirse en ese caso una representación expresa.

Para la *tutela de intereses colectivos* (en el sentido de intereses que afectan a sujetos determinados) el artículo 11.2 de la LEC confiere legitimación a las asociaciones de consumidores y usuarios, a las entidades legalmente constituidas "que tengan por objeto la defensa o protección de éstos" (de los intereses colectivos de los consumidores y usuarios), y también a los grupos de afectados. En este punto llama la atención que se legitime a las asociaciones de consumidores y usuarios para la defensa de todo tipo de intereses colectivos, al margen de que los sujetos afectados sean asociados o no. Si ello puede estar justificado en relación con la defensa de intereses supraindividuales, en el caso de pluralidad de derechos individuales homogéneos, no se entiende

35 Este requisito para la constitución del grupo como parte en el proceso en defensa de una class action se contiene en el artículo 23 (a) de las *Federal Rules of Civil Procedure* de 1938: "One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all only if (l) the class is so numerous that joinder of all members is impracticable".

muy bien cuál es el tipo de legitimación que ostentan las asociaciones de consumidores y usuarios más allá de la representación que, en principio, cada uno de los afectados debiera consentir.

Tampoco queda claro si el artículo 11.2 de la LEC supone una extensión de lo previsto en el artículo 20 de la LGDCU (norma que se reitera en el artículo 11.1 de la LEC) –en el sentido de admitir la legitimación representativa de las asociaciones de consumidores también respecto de los derechos de sujetos no asociados–, o si, por el contrario, se trata de una mera concreción de esa norma legitimante, en cuyo caso la legitimación para la defensa de intereses plurisubjetivos sólo se proyectaría sobre los asociados. No es éste el lugar para detenernos en la confusa regulación de la legitimación, pero no podíamos dejar de apuntar estas dificultades interpretativas.

En la *tutela de los intereses difusos* –cuando la pluralidad de consumidores afectados es indeterminada– tras la reforma operada por la Ley del 29 de octubre de 2002, el criterio seguido es muy semejante: el artículo 11.3 de la LEC atribuye la legitimación a las asociaciones de consumidores y usuarios" que, conforme a la ley, sean representativas" (artículo 11.3 de la LEC); al Ministerio Fiscal y a las "entidades habilitadas a las que se refiere el artículo 6.11.8 para el ejercicio de la acción de cesación para la defensa de los intereses colectivos y los intereses difusos de los consumidores y usuarios"[36].

Hasta ahora, la legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios para actuar en defensa del llamado interés general de un número indeterminado de consumidores y usuarios aparecía reconocida en el artículo 20.1 de la LGDCU, aunque limitada posteriormente por el R. D. 825/1990, del 2 de junio, a las asociaciones *representadas en el Consejo de Consumidores y Usuarios*[37].

36 Con anterioridad a la reforma operada por la Ley del 29 de octubre de 2002, la legitimación para la tutela de los intereses difusos se regulaba de manera mucho más restrictiva que en la tutela de los intereses colectivos, pues la legitimación se atribuía con carácter exclusivo a las asociaciones de consumidores y usuarios" que, conforme a la Ley, sean representativas" (artículo 11.3 de la LEC). Esa excesiva limitación, que incomprensiblemente excluía al Ministerio Fiscal como legitimado, se corrige finalmente mediante la reforma legislativa operada para la transposición de la Directiva comunitaria 98/27, del 19 de mayo de 1998.

37 Para un análisis crítico de la exigencia de esa representación en el Consejo de Consumidores y Usuarios, como criterio interpretativo de la representatividad de la asociación de consumidores y usuarios, visto en Marín López, J. J., "Comentario al artículo 20", en la obra colectiva *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios,* Madrid, 1992, pp. 550 y ss.

Resulta difícil determinar con exactitud qué tipo de legitimación se contempla en el artículo 11.3 de la LEC 1/2000. En concreto, si se refiere a la legitimación para la defensa de intereses supraindividuales y difusos –los llamados intereses generales en la LGDCU–, o si, por el contrario, se refiere a la legitimación para la defensa de intereses individuales que afectan a una pluralidad de sujetos que no están determinados.

Si a lo que alude el artículo 11.3 de la LEC es a la legitimación para la defensa de los llamados intereses generales de los consumidores y usuarios, esa norma es por un lado innecesaria, y por otro excesivamente restrictiva. Resulta innecesaria porque ya se encuentra reconocida en el artículo 20 de la LGDCU, al cual se alude en el artículo 11.1 de la LEC 1/2000[38]. Pero al mismo tiempo aparece como excesivamente restrictiva, pues en diversas leyes especiales se contienen normas que legitiman a sujetos individuales para ejercitar acciones en defensa de los intereses supraindividuales y difusos de los consumidores y usuarios[39].

Es cierto que de ordinario viene rechazándose la posibilidad de que un sujeto particular o un grupo ejercite una acción en defensa de los intereses difusos supraindividuales. En efecto, parece razonable que, en la medida en que la sentencia que se dicte va a producir efectos *erga omnes,* en principio, sólo debería conferirse legitimación a determinadas organizaciones personificadas, pues sólo ellas pueden "representar institucionalmente los intereses del grupo, categoría o clase"[40]. No obstante, conviene recordar que el propio legislador en determinadas ocasiones (LGP o LCD) admite la legitimación de un particular para el ejercicio de una acción colectiva.

38 En términos parecidos se pronuncia Samanes Ara, c., *Las partes en el proceso civil, op. cit.,* nota 31, p. 90, para quien la previsión del apartado tercero del artículo 11 también resulta artificiosa, "por lo que hubiese sido suficiente la contenida en el apartado primero".

39 Sirva de ejemplo lo dispuesto en el artículo 29.3 de la LGP, que legitima a "los titulares de un derecho o de un interés legítimo", o la propia doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en el caso "Violeta Friedman" (STC 214/1991, del 11 de noviembre), en donde se reconoció legitimación a un particular, la señora Friedman, para ejercitar la demanda por vulneración del derecho al honor de un grupo, en concreto de la comunidad judía.

40 Así lo entiende Marín López, J. J., *op. cit.,* nota 37, p. 555, al tiempo que advierte que" es irrazonable entender que las *únicas* asociaciones de consumidores y usuarios que se encuentran en esa situación son las inscritas en el libro registro del Ministerio de Sanidad y Consumo, y no las restantes".

Atendiendo a los anteriores argumentos, cabría concluir que el artículo 11.3 de la LEC hace referencia a la legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios para ejercitar acciones plurisubjetivas, en los supuestos en que un mismo hecho lesivo afecta a una pluralidad indeterminada de consumidores y usuarios. En este caso, la asociación no defendería un interés supraindividual, sino la suma de múltiples intereses individuales. Esta conclusión, sin embargo, no está exenta de dudas, pues nos llevaría a admitir una suerte de legitimación representativa de la asociación de consumidores y usuarios, en representación de unos afectados que no están determinados.

La Ley del 29 de octubre de 2002 ha añadido un nuevo apartado cuarto al artículo 11 de la LEC, que contempla específicamente la legitimación para el ejercicio de las acciones de cesación en defensa de los intereses colectivos o difusos de los consumidores y usuarios. Conforme a este precepto se confiere legitimación para el ejercicio de estas acciones también al Ministerio Fiscal y a las "entidades habilitadas conforme a la normativa comunitaria para el ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios"[41].

B. Requisitos para el reconocimiento de la legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios

Los principales requisitos para que las asociaciones de consumidores y usuarios tengan legitimación para ejercer las acciones que correspondan en defensa de los intereses de los consumidores y usuarios son:

- que estén legalmente constituidas conforme a la Ley de Asociaciones y que en sus estatutos venga expresado que su finalidad es la defensa de los consumidores y usuarios. Se exige, además, que su organización y funcionamiento sea democrático. Aunque no se constituyan como asociaciones, también se consideran asociaciones de consumidores y usuarios a los efectos del artículo 11 de la LEC, las entidades constituidas por consumidores conforme a la legislación cooperativa que tengan como finalidad la educación y formación de sus socios.

41 Véase el artículo 11.4 de la LEC en relación con el artículo 6.1. 8 de la LEC.

- según el tenor literal del artículo 20 de la LGDCU para "poder gozar de cualquier beneficio que les otorgue la ley y disposiciones reglamentarias concordantes" las asociaciones de consumidores y usuarios deberán figurar inscritas en un libro registro que se llevará en el Ministerio de Sanidad, en concreto, en el Instituto Nacional de Consumo, además de reunir las condiciones y requisitos que reglamentariamente se establezcan. Esta exigencia formal ha sido objeto de amplio debate, pues para algunos autores el ejercicio de acciones colectivas en defensa de los intereses de los consumidores y usuarios no puede ser considerado como un "beneficio" , por lo que esta actividad no debería someterse reglamentariamente a ese requisito de inscripción. Otros autores consideran, sin embargo, que el cumplimiento de ese requisito es accesible a toda asociación y es lógico en la medida en que con ello se pretende asegurar cierto control estatal sobre los sujetos que pueden ejercer acciones colectivas con una enorme repercusión en el tráfico jurídico.
- el Real Decreto 825/1990 del 22 de junio de 1990 establece en su artículo 16.1 que "las Asociaciones y Cooperativas de Consumidores y Usuarios inscritas en el libro registro del Ministerio de Sanidad y Consumo, tienen restringida su legitimación al ejercicio de acciones en defensa de sus asociados o de la asociación o cooperativa, en lo que se refiera a derechos e intereses reconocidos en el artículo 20. de la LGDCU" (intereses generales de los consumidores y usuarios). Por su parte, el artículo 18.1 de ese mismo decreto señala que" las Asociaciones, Federaciones, Confederaciones y Cooperativas representadas en el Consejo de Consumidores y Usuarios, además, podrán ejercer las acciones en defensa de los intereses generales de los consumidores y usuarios, dentro del ámbito territorial y funcional propio de la Asociación".

Esta restricción, vía reglamentaria de la legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios, es objeto de unánime crítica, pues, además de no resultar razonable, atenta contra el principio de jerarquía normativa. Para estar representada en el Consejo es necesario estar previamente inscrito en el libro registro que se lleva en el Ministerio de Sanidad y Consumo, además de enviar un representante a ese Consejo de Consumidores y Usuarios.

El número máximo de representantes es de veinte, por lo que el cumplimiento de este requisito sólo es posible para ese limitado número de asociaciones. En caso de que las acciones colectivas tengan un incidencia nacional, quizás estaría justificado exigir esa "representatividad nacional" a través de la representación en el Consejo de Consumidores y Usuarios. No siendo así, tal exigencia es irrazonable y representa una injustificada limitación de la legitimación otorgada por el artículo 20 de la LGDCU y artículo 11 de la LEC a las asociaciones de consumidores y usuarios.

3. Otros sujetos legitimados para el ejercicio de acciones colectivas

La regulación de la legitimación contenida en la LEC ha de completarse con lo previsto en diferentes normas especiales que incluyen normas cánones acerca de la legitimación, en su mayoría para la defensa de intereses supraindividuales. De manera muy sintética, los principales supuestos serían:

A. Consumidores y usuarios

La Ley 26/84 del 19 de julio, General de Defensa de Consumidores y Usuarios (LGDCU), cuyo artículo 20 legitima a estas asociaciones legalmente constituidas para el ejercicio de las acciones en defensa de los intereses generales de los consumidores y usuarios. Las normas especiales que atribuyen legitimación a estas asociaciones no son sino concreción de esta norma de legitimación general, recogida también en el artículo 11 de la LEC 1/2000.

Por otra parte, el nuevo artículo 10 tercero de la LGDCU contiene una previsión sobre la legitimación para el ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos o difusos de los consumidores y usuarios.

A falta de normativa sectorial, la acción de cesación contemplada en la LGDCU podrá ser ejercitada frente a conductas de empresarios o profesionales, contrarias a la LGDCU.

B. Condiciones generales de la contratación

El artículo 16 de la Ley 7/1998, del 13 de abril sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), tras la reforma operada por la Ley del 29 de

octubre de 2002, confiere legitimación activa para el ejercicio de las acciones colectivas de cesación, retractación y declarativa a:

> 1. Las asociaciones o corporaciones de empresarios, profesionales y agricultores que estatutariamente tenga encomendada la defensa de sus miembros.
> 2. Las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación.
> 3. Las asociaciones de consumidores y usuarios que reúnan los requisitos establecidos en la Ley 26/84, del 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, o, en su caso, en la legislación autonómica en materia de defensa de los consumidores.
> 4. El Instituto Nacional de Consumo y los órganos correspondientes de las comunidades autónomas y de las corporaciones locales competentes en materia de defensa de los consumidores.
> 5. Los colegios profesionales legalmente constituidos.
> 6. El Ministerio Fiscal.
> 7. Las entidades de otros Estados miembros de la Comunidad Europea constituidas para la protección de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores que estén habilitadas mediante su inclusión en la lista publicada a tal fin en el "Diario Oficial de las Comunidades Europeas".

Ha de tenerse en cuenta que a la acción colectiva de cesación puede acumularse como accesoria la acción de devolución de las cantidades que se hubiesen cobrado en virtud de las condiciones a que afecte la sentencia (artículo 12.2 de la LCGC). Esta previsión ha de completarse con lo dispuesto en el artículo 221.2 de la LEC, aplicable como ley supletoria a los procesos sobre condiciones generales de la contratación, cuyo texto literal señala:

> Si, como presupuesto de la condena o como pronunciamiento principal o único, se declarara ilícita o no conforme a la ley una determinada actividad o conducta, la sentencia determinará si, conforme a la legislación de protección a los consumidores y usuarios, la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido parte en el proceso correspondiente.

C. Publicidad

El artículo 29 de la Ley 34/1988, del 11 de noviembre, General de Publicidad (LGP), tras la modificación operada por la Ley del 29 de octubre de 2002, de manera muy similar a lo previsto en la LCGC dispone que están legitimados para el ejercicio de la acción de cesación:

> a) El Instituto Nacional de Consumo y los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones locales competentes en materia de defensa de los consumidores.
>
> b) Las asociaciones de consumidores y usuarios que reúnan los requisitos establecidos en la Ley 26/84, del 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, o, en su caso, en la legislación autonómica en materia de defensa de los consumidores.
>
> c) El Ministerio Fiscal.
>
> d) Las entidades de otros Estados miembros de la Comunidad Europea constituidas para la protección de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores, que estén habilitadas mediante su inclusión en la lista publicada a tal fin en el "Diario Oficial de las Comunidades Europeas."

D. Competencia desleal

El artículo 18 de la Ley 3/1991, del 10 de enero, de Competencia Desleal (LCD) enumera las acciones que pueden ejercitarse contra los actos de competencia desleal, que son: 1) la acción declarativa de la deslealtad del acto; 2) la acción de cesación del acto o prohibición del mismo; 3) la acción de remoción de los efectos producidos; 4) la acción de rectificación de informaciones engañosas o falsas.

Para el ejercicio de estas acciones, el artículo 19 de la LCD legitima a cualquier persona que participe en el mercado cuyos intereses económicos resulten directamente perjudicados o amenazados por la competencia desleal y además a:

- las asociaciones, corporaciones profesionales o representativas de intereses económicos cuando resulten afectados los intereses de sus miembros.

- las asociaciones que, según sus estatutos, tengan por finalidad la protección del consumidor. La legitimación quedará supeditada en este supuesto a que el acto de competencia desleal perseguido afecte directamente a los intereses de los consumidores.

En otras leyes sectoriales, encontramos normas muy similares sobre la regulación de la legitimación para el ejercicio de las acciones de cesación en protección de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios. Puesto que todas ellas siguen prácticamente el mismo modelo de legitimación, no creemos oportuno transcribir cada una de esas previsiones legales[42].

V. Las especialidades procesales en la tutela colectiva de los consumidores y usuarios

5.1 El cauce procesal para el ejercicio de las acciones colectivas en materia de consumidores y usuarios

El proceso para la tutela de los intereses de los consumidores y usuarios no escapa a la finalidad unificadora y simplificadora perseguida por el legislador en la configuración de los procesos declarativos, y quizás por ello sus especialidades aparecen dispersas en la LEC[43]. Una labor de "rastreo" a lo largo

42 Entre ellas, véase el artículo 10 de la Ley 26/1991, del 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles; el artículo 13 de la Ley 21/ 1995, del 6 de julio, reguladora de los viajes combinados; el artículo 16 de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias; artículo 121 de la Ley 25/1990, del 20 de diciembre, del medicamento; y el artículo 20 de la Ley 7/1995, del 23 de marzo, de crédito al consumo.

43 Expresamente señala la Exposición de Motivos (VII) de la LEC, que no se ha creado "un proceso o procedimiento especial" para la tutela de los derechos de los consumidores y usuarios, aunque sí normas especiales en "los lugares oportunos" . En la LEC se observa la decidida intención de poner fin a la injustificada proliferación de procesos declarativos existente hasta ahora, y de limitar al máximo los procesos especiales, de tal manera que éstos queden reducidos al número "imprescindible" (Exposición de motivos, XIX). Sin embargo, a la vista de las múltiples especialidades que van apareciendo a lo largo del articulado de la LEC, inevitablemente el intérprete se plantea si no hubiese sido más conveniente agrupar esa normativa dispersa en un mismo capítulo para dar una visión completa del proceso en materia de consumidores y usuarios.

de la LEC permite encontrar los preceptos que regulan las diferentes especialidades de este proceso: capacidad para ser parte (artículo 6.7), comparecencia en juicio (artículo 7.7), legitimación (artículo 11), publicidad e intervención (artículo 15), acumulación de procesos (artículo 78.4), contenido de la sentencia (artículo 221), efectos de la sentencia (artículo 222.3) y determinación en fase de ejecución de los concretos consumidores y usuarios beneficiados por la sentencia (artículo 519). A ello ha de añadirse la disposición final sexta, en virtud de la cual la normativa prevista para consumidores y usuarios se aplica también a los adherentes de condiciones generales de la contratación, y la referencia a las asociaciones de consumidores y usuarios se hace extensiva también a las entidades legitimadas en el artículo 16 de la CGc.

Ante el amplio número de especialidades previstas en relación con la tutela de los consumidores y usuarios, cabe plantearse si, más que ante un proceso declarativo ordinario con especialidades, nos encontramos ante un verdadero proceso especial. Calificar un proceso como especial o proceso con especialidades, no es tarea sencilla, pues no hay expresos criterios legales para ello, y la doctrina tampoco se ha pronunciado al respecto de manera unánime, por lo que, en última instancia, esa calificación dependerá del significado que se dé o se quiera dar a esos conceptos.

Si aplicamos el criterio asumido por gran parte de la doctrina española, la calificación de un proceso como especial no depende necesariamente del mayor o menor número de especialidades procesales que incluya el legislador en su tramitación. Estaríamos ante un proceso especial cuando la adecuación de procedimiento viene determinada por razón de la materia, mientras que el proceso ordinario –con o sin especialidades– sería "aquel creado para resolver, no materias específicas, sino cualquier tipo de materia litigiosa"[44]. Por tanto, si no existe una norma que determine la atribución de procedimiento por razón de la materia, estaremos ante un proceso ordinario, con o sin especialidades, cuyo cauce procesal quedará fijado en función de la cuantía. Si nos atenemos a la terminología utilizada por la LEC 1/2000, en la cual el término de proceso declarativo "especial" se reserva para aquellos procesos

44 Véase González García, J. M., pp. 98 Y ss.; y, del mismo autor, "Los procesos declarativos y el régimen de su adecuación" , en la obra colectiva *Los procesos declarativos, Cuadernos de Derecho Judicial,* Madrid, 2000, p. 128. El mismo criterio es seguido por Aragoneses Martínez, S., *Los procesos declarativos ordinarios,* Madrid, 2000, pp. 20 y ss.

en los que no rige –o no rige plenamente– el principio dispositivo (procesos en materia de capacidad, filiación, matrimoniales, etcétera), llegamos a una conclusión diversa: que todos los procesos en materia de tutela colectiva de consumidores y usuarios, se refieran o no a condiciones generales de la contratación, han de ser considerados como procesos declarativos ordinarios con especialidades.

En el precepto que regula el ámbito del juicio ordinario, el artículo 249.1, 40. y 50. de la LEC, tras la reforma introducida por la Ley del 29 de octubre de 2003, dispone que las acciones de cesación en materia de publicidad en defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios, y las acciones de cesación en materia de condiciones generales de la contratación se tramitarán a través del juicio verbal[45]. Por su parte, al artículo 250 de la LEC –precepto que regula el ámbito del juicio verbal– se ha añadido un nuevo apartado 12 en virtud del cual, las acciones de cesación en defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios se tramitarán a través del juicio verbal.

De lo anterior cabría concluir que los procesos sobre acciones de cesación en defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios, constituye un proceso especial, puesto que existe una norma que específicamente señala un trámite procesal concreto por razón de la materia. Por el contrario, respecto de las demás acciones en materia de consumidores y usuarios, nos encontraríamos ante un proceso ordinario con especialidades, a excepción de los procesos instados para la defensa colectiva de los consumidores y usuarios en materia de condiciones generales de contratación, cuya tramitación corresponde en todo caso, con independencia de la cuantía, y a excepción de la acción de cesación, a la del juicio ordinario (artículo 249.1.5 de la LEC).

Si nos hemos detenido a exponer con cierto detalle la problemática en torno a la dificultad de establecer la naturaleza del proceso civil en materia de tutela colectiva de consumidores y usuarios, no ha sido tanto por la relevancia que esa calificación pueda tener actualmente a efectos prácticos[46], sino

45 Artículo 249.1 de la LEC: "Se decidirán en el juicio ordinario, cualquiera que sea su cuantía" .

46 Con anterioridad a la LEC 1/2000 la calificación de un proceso como ordinario o especial podía ser decisiva para dilucidar si la intervención de abogado y procurador en un determinado tipo de procesos era preceptiva o no. Buena muestra de los abundantes problemas prácticos que se pueden

más bien para destacar que no existe un cauce procesal único. Dependiendo del tipo de acción ejercitada y dependiendo de la materia ante la que nos encontremos, variará el cauce procesal.

5.2 La diligencia preliminar para la identificación de los afectados

Para determinar la legitimación al amparo del artículo 11 de la LEC, en primer lugar ha de resolverse si los consumidores y usuarios afectados por un mismo hecho dañoso están determinados, pueden determinarse o se trata de un grupo de imposible determinación. A estos efectos y para facilitar la identificación de los afectados, la LEC arbitra la posibilidad de solicitar la colaboración del órgano judicial, a través de la diligencia preliminar del artículo 256.6 de la LEC:

> Por petición de quien pretenda iniciar un proceso para la defensa de los intereses colectivos de consumidores y usuarios al objeto de concretar a los integrantes del grupo de afectados cuando, no estando determinados, sean fácilmente determinables. A tal efecto el tribunal adoptará las medidas oportunas para la averiguación de los integrantes del grupo, de acuerdo a las circunstancias del caso y conforme a los datos suministrados por el solicitante, incluyendo el requerimiento al demandado para que colabore en dicha determinación.

La solicitud para que se lleve a cabo esta diligencia se presentará ante el tribunal que sea competente para conocer posteriormente el fondo, sin que en ese momento previo a la presentación de la demanda pueda denunciarse la falta de competencia territorial a instancia de parte (artículo 257 de la LEC).

El órgano judicial acordará la adopción de la diligencia preliminar, siempre que la considere" adecuada a la finalidad que el solicitante persigue", y

derivar de la calificación de un proceso como especial u ordinario la encontramos en relación con el juicio verbal del automóvil regulado en las disposiciones adicionales de la L.O. 3/1989, sobre el cual existe una abundante bibliografía que se ocupaba de determinar si en ese proceso, a pesar de tramitarse a través de los cauces del juicio verbal, era o no preceptiva la intervención de abogado y procurador. Véase, Santos Vijande, J. M., *La intervención forzosa de abogado y procurador en el íjuicio verbal del automóvilí,* Madrid, 1997. En la actualidad esa cuestión, a mi juicio, queda resuelta en la LEC (artículo 31) sin necesidad de determinar la naturaleza jurídica del proceso.

siempre que la misma esté justificada porque "concurren justa causa e interés legítimo" (artículo 258 de la LEC). El tribunal dispone de un amplio margen de discrecionalidad para adoptar las medidas que estime oportunas, sin que su decisión venga limitada por las medidas señaladas o propuestas por el solicitante. El límite viene determinado por la finalidad perseguida, que es la identificación de los integrantes del grupo, debiendo optar siempre por aquellas medidas que sean menos lesivas para el destinatario[47].

Para superar la arcaica regulación de las diligencias preliminares en la LEC 1881, Y lograr su efectividad, el legislador ha previsto ahora severas consecuencias para el caso de que el sujeto requerido se niegue a prestar su colaboración. En relación con la diligencia prevista para posibilitar la identificación del grupo de afectados por un mismo hecho lesivo, si el futuro demandado o cualquier otra persona citada para concretar los integrantes del grupo se niegan a colaborar, "el tribunal ordenará que se adopten las medidas de intervención necesarias, incluida la entrada y registro, para encontrar los documentos o datos precisos, sin perjuicio de la responsabilidad penal en que se pudiere incurrir por desobediencia a la autoridad judicial" (artículo 261 de la LEC)[48].

Por último, puede cuestionarse si la diligencia preliminar se agota en la determinación de los afectados, o si abarca también, como sugiere Garnica Martín, la conformación del grupo, de tal manera que la diligencia preliminar sirva para saber "quiénes están dispuestos a constituir el grupo a los efec-

47 Requisito adicional es que el solicitante, en un plazo de tres días desde que se adopta una decisión favorable a la misma, preste la caución que determine el tribunal para responder de los gastos y daños y perjuicios que puedan originarse con la práctica de las diligencias preliminares. Los gastos generados como consecuencia de las diligencias preliminares serán en todo caso a costa del solicitante, para evitar peticiones abusivas de diligencias preliminares. Se perderá la caución si en el plazo de un mes" desde la terminación de las diligencias, dejare de interponerse la demanda, sin justificación suficiente, a juicio del tribunal" (artículo 256.3 de la LEC). Para un análisis completo de la regulación de las diligencias preliminares, véase Garnica Martín, F. J., "Comentario a los artículos 256 a 263 de la LEC", *cit.,* nota 32, pp. 1144 y ss.

48 Ha de destacarse que el objeto de esa posible diligencia de entrada y registro está limitado a la búsqueda de aquellos documentos que sirvan para la identificación de los afectados, pero no sería válida la obtención de otro tipo de elementos probatorios, pues excedería de la expresa previsión legal. En orden a valorar la oportunidad de decretar esta medida, el tribunal deberá realizar el juicio de proporcionalidad al cual se somete la eficacia probatoria y validez de todas las medidas restrictivas de derechos fundamentales.

tos de ejercitar la oportuna acción"[49]. A mi juicio, nada obsta a que en el desarrollo de la diligencia preliminar el consumidor afectado por el hecho dañoso preste ya su consentimiento a ser representado por el grupo; de esa manera quedaría ya constancia ante el tribunal de que el grupo está efectivamente determinado y constituido por la mayoría. Aun así, no creo que el fin de la diligencia preliminar sea específicamente ése, ni que deba recabarse la colaboración del tribunal en este estadio del proceso más allá de la identificación o localización de los afectados por un mismo hecho lesivo.

5.3 Llamamiento, publicidad e intervención

Los efectos de la sentencia que ponga fin a un proceso en el que se ejercita una acción colectiva en materia de consumidores y usuarios, se van a extender a todos los perjudicados por el hecho dañoso, aunque hayan permanecido ajenos al proceso (artículo 222.3 de la LEC). Para evitar que se conculque el derecho de defensa de estos sujetos, la fórmula adoptada por la LEC consiste fundamentalmente en garantizar la posibilidad de que cada uno de los perjudicados pueda intervenir individualmente en el proceso colectivo, para lo cual se exige dar amplia publicidad a la iniciación del proceso. Sólo se exceptúa de la obligación de realizar el llamamiento en "los procesos iniciados mediante una acción de cesación para la defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios" (artículo 15.4 de la LEC)[50].

Salvo esa excepción introducida por la Ley del 29 de octubre de 2002, el llamamiento difiere en función de si los perjudicados están determinados (o son fácilmente determinables), o no están determinados (o son difícilmente determinables), aunque en ambos casos la ley obliga a efectuar un llamamiento a través de los medios de comunicación.

49 Garnica Martín, J. F., *op. cit.,* nota 32, p. 1156.

50 Esta excepción a la obligación de realizar un llamamiento público a todos los posibles afectados se ha introducido mediante la Ley del 29 de octubre de 2003, y se justifica en el deseo de lograr una tutela eficaz y rápida en el ámbito de las acciones de cesación. No obstante, llama la atención que esta previsión no se haya acompañado de una modificación a la regulación de la intervención de los sujetos afectados en el proceso colectivo.

A. A través de notificación personal a los afectados

En el caso de los intereses colectivos, al estar determinados o ser fácilmente determinables los sujetos concretamente perjudicados, el artículo 15.2 de la LEC exige "haber comunicado previamente la presentación de la demanda a todos los interesados"[51]. La realización de esas notificaciones recae sobre el demandante o demandantes y no sobre el órgano jurisdiccional[52], como excepción a la regla general contenida en el artículo 150.2 de la LEC[53].

El problema principal en relación con el artículo 15.2 de la LEC consiste en saber qué ha de entenderse por "comunicación previa de la presentación de la demanda" . Ciertamente, los confusos términos en que aparece redactado este precepto no permiten definir con exactitud si esa notificación ha de efectuarse antes de la presentación de la demanda, o una vez que la misma ya se ha presentado por el grupo ante el tribunal competente[54].

51 De conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional español en materia de efectividad de los actos de comunicación y, en concreto, de aquellos que determinan la comparecencia inicial de alguna parte, la LEC exige que cada uno de los sujetos haya sido notificado individualmente de la presentación de la demanda, a los efectos de garantizar su derecho a intervenir como parte en ese proceso colectivo.

52 En igual sentido Garnica Martín, J. F., *op. cit.,* nota 32, p. 231, señala que "se trata de una obligación que pesa estrictamente sobre quien pretende ejercitar una acción de este tipo", sin que sea admisible solicitar que esas comunicaciones se efectúen con medios públicos.

53 Artículo 150.2 de la LEC: "Por disposición del tribunal, también se notificará la pendencia del proceso a las personas que, según los mismos autores, puedan verse afectadas por la sentencia que en su momento se dictare. Esta comunicación se llevará a cabo, con los mismos requisitos, cuando el tribunal advierta indicios de que las partes están utilizando el proceso con fines fraudulentos."

54 Para Díez-Picazo, lo que ha de comunicarse con carácter previo es la intención de presentar la demanda, y basa su conclusión en la siguiente argumentación: "sólo cumpliendo este requisito podrá acreditar [el demandante] que el grupo se ha constituido con la mayoría de sus integrantes y, por tanto, sólo así surgirá su capacidad para ser parte y su legitimación activa. Si se acepta que ésta es la *ratio* de la norma debería bastar con que se acreditara que los perjudicados por el hecho dañoso han tenido conocimiento antes de la presentación de la demanda de que la misma iba a ser presentada", visto en Díez-Picazo Jiménez, I. (con Oliva, A. de la, y Vegas Torres, J.), *Derecho procesal civil. El proceso de declaración,* Madrid, 2000, p. 598. Para Gamica Martín, sin embargo, la finalidad de la notificación no es informar de la intención de interponer la demanda colectiva, sino posibilitar que cada uno de los consumidores o usuarios perjudicados por el hecho dañoso puedan intervenir en el proceso en defensa de sus derechos individuales. Y, si se trata de posibilitar la intervención, el perjudicado debe saber no sólo que el proceso está pendiente, sino también el concreto tribunal que conoce de la demanda ya presentada, *op. cit.,* nota 32, pp. 231 y 232.

La LEC tampoco regula expresamente qué sucede cuando falta la comunicación de la presentación de la demanda a alguno de los afectados, o cuando tal comunicación, a pesar de haberse practicado, no ha sido efectiva. No se especifica si la previa comunicación constituye un presupuesto de admisibilidad de la demanda[55], si su falta puede ser subsanada en un momento posterior, o si simplemente carece de consecuencias en cuanto al alcance de la cosa juzgada. La cuestión no tiene un interés meramente teórica, pues se trata de resolver si el perjudicado que no ha sido notificado individualmente de la presentación de la demanda, queda afectado por la eficacia de la cosa juzgada o no.

B. Llamamiento a través de los medios de comunicación

El artículo 15.1 de la LEC regula la obligación de llamar al proceso a todos los que "tengan la condición de perjudicados por haber sido consumidores del producto o usuarios del servicio que dio origen al proceso, para que hagan valer su interés individual", a través de la publicación de la admisión de la demanda "en medios de comunicación con difusión en el ámbito territorial en que se haya manifestado la lesión de aquellos derechos o intereses" .

Este modo de llamamiento es exigible en relación con todos los procesos para la tutela de los derechos colectivos o difusos de los consumidores y usuarios, salvo en aquellos en los que se ejercita una acción de cesación (artículo 15.4 de la LEC)[56]. El legislador persigue una publicidad real de la existencia del proceso colectivo, difundiendo la admisión de la demanda, para garantizar la posibilidad de intervención individual de cada uno de los perjudicados. La finalidad es clara, pero la regulación del artículo 15.1 de la LEC resulta quizás algo escueta.

Los gastos que se deriven de estos anuncios serán a costa de la parte demandante, en virtud de la aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 164 de la LEC, si bien podrán incluirse en la tasación de costas[57].

55 *Ibídem,* p. 231.

56 Esto supone que aun en los casos en que se haya realizado una notificación personal a cada uno de los sujetos afectados, no puede prescindirse de la publicación de la admisión de la demanda en los medios de comunicación, aunque ello suponga incremento de costes. Así, Garnica Martín, J. F., *op. cit.,* nota 32, p. 233.

57 El artículo 241.1.2 de la LEC establece: "Se considerarán gastos del proceso aquellos desembolsos

C. La intervención de los consumidores y usuarios perjudicados en el proceso para la tutela colectiva

No interesa aquí ahondar en las cuestiones que suscita la naturaleza jurídica de esta intervención de los concretos consumidores y usuarios afectados, sino más bien clarificar cuáles son las actuaciones que el consumidor perjudicado puede realizar como interviniente en el proceso colectivo.

En el caso de los intereses colectivos, la posibilidad de intervención no está sometida a un plazo preclusivo: el consumidor afectado individualmente puede ser admitido como interviniente en cualquier momento. No obstante, sus facultades de actuación quedan restringidas a "los actos procesales que no hubieran precluido" (artículo 15.2 de la LEC). Ello resulta coherente con la exigencia de que en los casos en que los perjudicados por el hecho dañoso estén determinados, se realice previamente la comunicación individual de la presentación de la demanda. Con ello se presume que han tenido ocasión de comparecer como partes en el proceso desde su inicio; de ahí que, si lo hacen en un momento posterior, no esté justificado que se retrotraigan las actuaciones o se repongan los plazos. La regla es clara: no hay límites para intervenir, pero siempre asumiendo el proceso en el estado en que se encuentre[58].

En el supuesto del proceso incoado para la tutela de intereses difusos (pluralidad de afectados no determinados), el artículo 15.3 de la LEC señala que "el llamamiento suspenderá el curso del proceso por un plazo que no ex-

que tengan su origen directo e inmediato en la existencia de dicho proceso, y costas la parte de aquéllos que se refieran al pago de los siguientes conceptos: ... 2 Inserción de anuncios o edictos que de forma obligada deban publicarse en el curso del proceso." Sobre la inclusión de estos anuncios en las costas, visto también en Herrero Perezagua, J. F., *La representación y defensa de las partes y las costas en el proceso civil,* p.136.

58 Conviene mencionar de nuevo la posibilidad de que alguno de los sujetos perjudicados por el hecho dañoso no haya recibido la comunicación individual, y que sólo tras el llamamiento a través de publicación conozca de la interposición de la demanda colectiva que va a afectarle directamente. En ese caso, creo que para no vulnerar su derecho de audiencia debería permitírsele realizar las alegaciones necesarias para su defensa. Esa parece ser la solución más conforme con la protección del derecho de defensa de cada uno de los perjudicados, pero su articulación no deja de ser compleja, en la medida en que para los procesos colectivos no se prevé la suspensión del curso de las actuaciones tras la publicación del llamamiento.

cederá de dos meses y que se determinará en cada caso atendiendo a las circunstancias o complejidad del hecho y a las dificultades de determinación y localización de los perjudicados". Transcurrido ese plazo, los afectados que no hubiesen acudido al llamamiento, no podrán hacerlo en un momento ulterior, lo cual no impide que se vean afectados por la sentencia y de que puedan personarse en la fase de ejecución.

5.4 Ausencia de una regulación especial para la tutela cautelar en los procesos colectivos

Nuestro ordenamiento jurídico (artículos 721 a 747 de la LEC) no contempla un tipo de medidas cautelares especiales para los procesos en los que se ventilen acciones colectivas ni tampoco, como regla, se somete la adopción de las mismas a requisitos o presupuestos diferentes. El tipo de medida a adoptar dependerá de cuál sea el riesgo que se pretende neutralizar, pero el hecho de tratarse de una acción colectiva o individual no afecta a la tipología de las medidas cautelares. Debe mencionarse que en el caso de las acciones de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios, en determinados supuestos el tribunal "podrá dispensar al solicitante de la medida cautelar del deber de prestar caución" (artículo 728.3 de la LEC)[59].

La medida cautelar que se adopte en cada caso, dependerá de la efectividad de la tutela que se persigue. De ahí que en las acciones de cesación o de prohibición de realizar un acto que se refuta desleal, por ejemplo, la medida cautelar típica será la orden judicial de cesar provisionalmente en esa actividad o de abstenerse temporalmente de llevar a cabo esa conducta que se refuta ilícita. En estos casos, la tutela cautelar representa una tutela anticipada, lo cual ha llevado a diversos autores a cuestionar su definición como medida cautelar. No es éste el lugar para ahondar en las diversas teorías acerca de la tutela cautelar y las diferencias entre éstas y las llamadas tutelas sumarias y las tutelas anticipadas. La referencia se ha incluido únicamente para poner

59 Para decidir si procede dispensar al solicitante de la constitución de caución, el tribunal atenderá a "las circunstancias del caso, así como la entidad económica y la repercusión social de los distintos intereses afectados". Este nuevo apartado 30. del artículo 728 de la LEC, ha sido introducido por la Ley del 29 de octubre de 2003.

de relieve que la particularidad de las medidas cautelares en relación con algunas de las acciones colectivas, deriva no de su naturaleza colectiva o individual sino de la tutela pretendida. Y que la tutela anticipada deriva igualmente del tipo de acción ejercitada, no de su carácter colectivo o individual: por su propia naturaleza el aseguramiento de la ejecución de una sentencia de no hacer, de ordinario, se efectúa a través de una medida que anticipa esa condena de no hacer, tanto en los procesos de tutela individual como en los que se ejercitan acciones colectivas.

5.5 Contenido y efectos de la sentencia

El tipo de la sentencia que se dicte en el proceso colectivo, ya sea instado por el grupo, por las asociaciones de consumidores o usuarios o por cualquier otro sujeto legitimado activamente, depende obviamente de cuál haya sido la acción ejercitada. En relación con las acciones, como ya se vio al aludir a la legitimación, éstas pueden ser de condena –y dentro de éstas pueden ser de carácter pecuniario o de condena a hacer, no hacer o dar cosa específica o genérica–, declarativas o constitutivas. No hay especialidad en cuanto al tipo de sentencia en los procesos de acciones colectivas.

A. Contenido de la sentencia

a. En los procesos colectivos promovidos por asociaciones de consumidores y usuarios

En cuanto al contenido de la sentencia, el artículo 221 de la LEC señala:

> Artículo 221. *Sentencias dictadas en procesos promovidos por asociaciones de consumidores y usuarios.*
>
> 1. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, las sentencias dictadas a consecuencia de demandas interpuestas por asociaciones de consumidores o usuarios con la legitimación a que se refiere el artículo 11 de esta Ley estarán sujetas a las siguientes reglas:
>
> 1a. Si se hubiere pretendido una condena dineraria, de hacer, no hacer o dar cosa específica o genérica, la sentencia estimatoria determinará indivi-

dualmente los consumidores y usuarios que, conforme a las leyes sobre su protección, han de entenderse beneficiados por la condena.

Cuando la determinación individual no sea posible, la sentencia establecerá los datos, características y requisitos necesarios para poder exigir el pago y, en su caso, instar la ejecución o intervenir en ella, si la instara la asociación demandante.

2a. Si, como presupuesto de la condena o como pronunciamiento principal o único, se declarara ilícita o no conforme a la ley una determinada actividad o conducta, la sentencia determinará si, conforme a la legislación de protección a los consumidores y usuarios, la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente.

3a. Si se hubiesen personado consumidores o usuarios determinados, la sentencia habrá de pronunciarse expresamente sobre sus pretensiones.

2. En las sentencias estimatorias de una acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios el Tribunal, si lo estima procedente, y con cargo al demandado, podrá acordar la publicación total o parcial de la sentencia o, cuando los efectos de la infracción puedan mantenerse a lo largo del tiempo, una declaración rectificadora[60].

En la regulación del contenido de la sentencia, llama la atención que el artículo 221 de la LEC, se refiera únicamente a los procesos "promovidos por las asociaciones de consumidores y usuarios". Atendiendo a que la legitimación para la defensa de los intereses difusos de los consumidores y usuarios también se confiere al Ministerio Fiscal y a las entidades habilitadas en otros estados comunitarios, este precepto también debería ser aplicable a los procesos promovidos por estos sujetos legitimados. A nuestro juicio se trata de un olvido del legislador y lo previsto en el artículo 221 no debe entenderse aplicable exclusivamente a los procesos promovidos por las asociaciones de consumidores y usuarios, sino a los promovidos por cualquiera de los legitimados para la tutela de los derechos e intereses difusos al amparo del artículo 11.3 de la LEC.

60 Este segundo apartado ha sido añadido por la Ley del 29 de octubre de 2002.

b. En los procesos colectivos promovidos por el grupo de afectados

La LEC no contempla una regla especial en relación con el contenido de la sentencia que ponga fin a un proceso promovido por el grupo de consumidores y usuarios en defensa de los perjudicados por un mismo hecho dañoso, y, en principio, lo dispuesto en el artículo 221 de la LEC, tal y como expresa la rúbrica de este precepto, sólo es de aplicación a las sentencias dictadas en procesos promovidos por *asociaciones de consumidores.* No se contiene en esa disposición ninguna referencia a las acciones colectivas ejercitadas por el propio grupo de afectados. ¿Significa esa omisión que en esos procesos no resulta aplicable lo dispuesto en artículo 221 de la LEC? ¿O simplemente la ausencia de referencia a las acciones ejercitadas por los grupos obedece a un olvido del legislador (recuérdese que en el proyecto de la LEC los grupos no figuraban como legitimados en el correspondiente al actual artículo 11 de la LEC) susceptible de ser superado mediante una interpretación analógica?

Sin necesidad de acudir a una aplicación analógica del artículo 221.3 de la LEC, como consecuencia del principio de congruencia de la sentencia, el tribunal debe decidir acerca de las pretensiones individuales ejercitadas por el grupo, en la medida en que cada uno de los miembros del grupo está identificado, caso contrario el grupo como tal carecería de legitimación, no son necesarias previsiones especiales para la sentencia, puesto que aplicando las normas de congruencia, ésta deberá pronunciarse respecto de las concretas pretensiones ejercitadas por el grupo y, en principio, pese a las dificultades que ello pueda plantear, no será admisible la posibilidad de la condena con reserva.

Otra cuestión que se presenta problemática es si en los procesos en que se ejercitan pretensiones resarcitorias por parte del grupo, además de delimitar subjetivamente a los afectados, debe la sentencia cuantificar el perjuicio individual de cada uno de los perjudicados y pronunciarse también acerca de la prestación o indemnización que le corresponda a cada uno de ellos. La solución es sencilla si la pretensión resarcitoria es idéntica para todos los integrantes del grupo –es decir, cuando la pretensión es idéntica o similar para todos los afectados, por ejemplo, la devolución del importe de las entradas para un concierto que fue cancelado–. Pero en aquellos casos en que el hecho dañoso tiene muy diferentes repercusiones para cada uno de los

afectados –contagio hospitalario de hepatitis por culpa del personal médico, con secuelas de muy diversa índole para cada uno de los afectados por la enfermedad–, la cuestión presenta una mayor complejidad.

Si en el *petitum* de la demanda presentada por el grupo se incluyen pretensiones indemnizatorias concretas para cada uno de los afectados, la sentencia debería pronunciarse sobre las mismas, con independencia de que se hayan formulado por el representante del grupo, o por el afectado que acudió al llamamiento y comparece como interviniente. Si se acepta esa conclusión, el proceso colectivo poco o nada diferirá de un proceso con pluralidad de partes, dada la complejidad de las actuaciones a practicar en el mismo, y no parece que ésa sea la finalidad de la LEC al regular las acciones colectivas.

Cuando el grupo en su demanda sólo pide que se declare la existencia del hecho dañoso y el derecho de los afectados a ser indemnizados de los daños y perjuicios, obviamente la sentencia no podrá pronunciarse acerca de la indemnización que corresponde a cada perjudicado. De la evaluación parece que lo más conforme con el derecho de defensa y la economía procesal, sería deferir a la fase de ejecución, la liquidación de los daños de cada uno de los afectados según se determina en la sentencia. No obstante, esa solución no es la que contempla la LEC. La posibilidad de que los consumidores y usuarios beneficiarios de la sentencia emanada de un proceso colectivo, comparezcan en la fase de ejecución, y en ese momento se proceda a liquidar sus daños y perjuicios no está prevista en la LEC. El artículo 519 de la LEC, en primer lugar sólo es aplicable para aquellos procesos: 1) promovidos por asociaciones de consumidores, en virtud de la remisión que este precepto hace al artículo 221 de la LEC; y 2) sólo en relación con la tutela de los intereses difusos, es decir, cuando por la propia naturaleza de la acción es imposible en el proceso declarativo identificar o determinar los sujetos afectados por el hecho dañoso.

En conclusión, en los procesos promovidos por los grupos en defensa de los intereses colectivos, sólo caben dos opciones: 1) que el grupo, con un enorme aparato documental y probatorio, solicite indemnizaciones concretas para cada uno de los integrantes –al menos los que han permitido que se constituya como tal a efectos de capacidad para ser parte–. De esa manera, los concretos beneficiarios de la sentencia podrían solicitar directamente la ejecución forzosa de la misma; o 2) si no se incluyen las pretensiones resar-

citorias para cada afectado, a esos consumidores beneficiados por la sentencia no les queda otra opción que instar posteriormente un proceso individual y, hacer valer en el mismo la eficacia positiva de la sentencia estimatoria dictada en el proceso colectivo. Así, la acción previamente ejercitada por el grupo, no le ahorraría al concreto perjudicado acudir personalmente a la jurisdicción, pero al menos gozaría de la certeza de que su pretensión será estimada. El objeto de los procesos individuales se limitaría a la valoración concreta de los daños –conforme a las bases sentadas por la sentencia dictada en el seno del proceso colectivo, en su caso– y el alcance de la indemnización[61].

c. Previsión específica en relación con las acciones de cesación

El artículo 221.2 de la LEC, tras la reforma operada por la Ley del 29 de octubre de 2002, dispone que:

> En las sentencias estimatorias de una acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios el Tribunal, si lo estima procedente, y con cargo al demandado, podrá acordar la publicación total o parcial de la sentencia o, cuando los efectos de la infracción puedan mantenerse a lo largo del tiempo, una declaración rectificadora.

La inclusión de esta previsión pretende dejar claro que la sentencia que estime una acción colectiva de cesación ejercitada en defensa de los consumidores y usuarios, puede contener el referido pronunciamiento. Sin embargo, la inclusión de este apartado en el artículo 221 de la LEC plantea diversas dudas.

En primer lugar, ha de cuestionarse la ubicación sistemática de esta previsión. Téngase presente que la rúbrica de este precepto se titula "Sentencias dictadas en procesos promovidos por asociaciones de consumidores y usuarios" , por lo que las previsiones contenidas en este artículo, en principio, sólo son de aplicación en dichos procesos. Sin embargo, la legitimación para ejercitar una acción de cesación en defensa de los intereses colectivos o difusos

61 Como afirma Sabater Martín, A., "Comentario al artículo 519 de la LEC", en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil,* Fernández-Ballesteros, M. A. et al. (coords.), t. II, p. 2495 –es como si la LEC, voluntaria o involuntariamente, hubiera querido promocionar que la tutela de los consumidores y usuarios se realice a través de asociaciones, en lugar de a través de los grupos–.

de los consumidores y usuarios, no la ostentan en exclusiva las asociaciones de consumidores y usuarios. Por ello ha de cuestionarse si lo previsto en el artículo 221.2 de la LEC, también es aplicable cuando la parte promotora no es una asociación de consumidores y usuarios. A mi juicio, toda sentencia estimatoria de una acción de cesación para la tutela de los intereses colectivos o difusos de los consumidores y usuarios, puede contener el pronunciamiento de condena a publicar la sentencia, y no sólo la que haya sido ejercitada por las asociaciones de consumidores. No encontramos ningún argumento de peso que justifique diferenciar el contenido de la sentencia en función de cuál de los legitimados ejerciera la acción, por lo que lo previsto en el artículo 221.2 de la LEC debe considerarse aplicable a todas las sentencias estimatorias de una acción de cesación en materia de tutela colectiva de consumidores y usuarios. Por ello, la inclusión de esta previsión en el artículo 221 de la LEC debe reputarse, desde un punto de vista sistemático, como desacertada.

B. Efectos de la sentencia

El artículo 222 de la LEC al regular los efectos de cosa juzgada material de la sentencia, no distingue entre acciones ejercitadas para la protección de los derechos e intereses de grupos de consumidores determinados o indeterminados. Respecto de todas ellas, prevé la extensión de la fuerza de cosa juzgada a todos los integrantes del grupo de afectados: "la cosa juzgada afectará a las partes del proceso *así como a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos, que fundamenten la legitimación de las partes al amparo del artículo 11 de esta Ley".* Al no hacerse tampoco distinción en cuanto al contenido de la sentencia, parece que ha de concluirse que los efectos de cosa juzgada de la sentencia se producen tanto en caso de sentencias estimatorias como desestimatorias de la pretensión. La primera dificultad que surge es definir quiénes pueden considerarse *sujetos no litigantes,* a los efectos del artículo 222 de la LEC.

a. En los procesos promovidos por las asociaciones de consumidores y usuarios

En los procesos promovidos por asociaciones de consumidores, parece que ha de entenderse que son *sujetos no litigantes* aquellos que, incluidos dentro

de la categoría o clase de consumidores y usuarios afectados, no han hecho uso de la posibilidad de comparecer a título individual e intervenir en el proceso colectivo.

Así entendido, el artículo 222.3 de la LEC significaría que quedan alcanzados por la cosa juzgada todos los posibles afectados por el hecho dañoso que dio lugar a la incoación del proceso colectivo, hayan intervenido o no en el mismo. Su derecho de defensa no queda conculcado por esa extensión de la cosa juzgada, pues el derecho a ser oídos en el juicio se ve garantizado a través del sistema de amplia publicidad de la demanda que abre la posibilidad de intervenir individualmente en el proceso. Resta por plantearse si la cosa juzgada afecta también a aquellos sujetos que, a pesar de la amplia difusión de la demanda a través de los cauces previstos en el artículo 15 de la LEC, sin embargo, acreditan que nunca llegaron a tomar conocimiento de la existencia del proceso colectivo.

Otra duda que se plantea es si la cosa juzgada también se extiende a aquellos sujetos que expresamente manifestaron su deseo de ser excluidos del proceso colectivo. El problema radica aquí en la ausencia de previsión legal acerca de la posibilidad del *opting out.* Nada dice la LEC acerca del derecho a ejercer la tutela individualmente al margen del proceso colectivo, ni a la posibilidad de ser excluido a efectos de la sentencia del grupo, categoría o clase de afectados. En ausencia de esa posibilidad, parece que los efectos de la sentencia, tanto estimatoria como desestimatoria, se extenderán a todos los consumidores y usuarios señalados individualmente o de manera genérica en la sentencia.

b. En los procesos promovidos por el grupo consumidores y usuarios afectados

En los procesos promovidos por el grupo, en principio, el *sujeto litigante* es el grupo, y no sólo el que se ha constituido con la mayoría de los afectados, sino el integrado por la totalidad de los afectados. Por tanto, ¿quién es el sujeto no litigante? Cabría pensar que *no litigante* es aquel que manifiesta su expreso deseo de permanecer fuera del grupo, para ejercer las acciones que le correspondan de manera individual. Pero, ¿significaría esto que, en virtud del artículo 222.3 de la LEC, la cosa juzgada de la sentencia dictada en el proceso colectivo alcanzaría incluso a aquellos sujetos que hubieran expresado

su voluntad de permanecer fuera del grupo? Ante la total ausencia de regulación en nuestra LEC de la posibilidad del *opting out,* de autoexcluirse del grupo, no parece que el artículo 222 de la LEC al aludir al *no litigante* haya querido referirse al que se ha excluido expresamente del grupo. Más bien, en relación con las acciones colectivas, la extensión de la fuerza de cosa juzgada ha de entenderse proyectada sobre todos los sujetos que integran el grupo, aunque no hayan comparecido a título individual.

5.6 La ausencia de normas especificas respecto del régimen de recursos

No hay reglas específicas en materia de recursos frente a las sentencias dictadas en los procesos para la tutela colectiva de los intereses de consumidores y usuarios. Ello nos llevaría a concluir que a la hora de tramitar la apelación, la casación o el recurso extraordinario por infracción procesal, en nada incide que en el proceso de instancia se hubiera ejercitado una acción individual, una pluralidad de acciones individuales o una acción colectiva. El legislador parece ignorar las implicaciones y consecuencias que la tutela procesal colectiva puede originar en la vía de los recursos.

En este punto hay que recordar, que en el proceso colectivo instado por la asociación de consumidores al amparo del artículo 11 de la LEC, cualquiera de los afectados puede intervenir individualmente para ejercer su derecho de defensa en ese proceso y que, conforme al artículo 13 de la LEC, el interviniente goza de un *status* independiente respecto de los demás litisconsortes. Expresamente señala el último inciso del artículo 13.3 de la LEC que "el interviniente podrá asimismo, utilizar los recursos que procedan contra las resoluciones que estima perjudiciales a su interés, aunque las consienta su litisconsorte" .

En la práctica ello puede originar que en los procesos colectivos en los que comparezca un elevado número de intervinientes, se interpongan frente a la sentencia un elevado número de recursos independientes, sin que estén legalmente obligados a coordinar sus actuaciones procesales. La proliferación de procesos individuales que se pretende evitar con la previsión de un proceso colectivo, sin embargo, no impide que esa proliferación aparezca en la segunda instancia, con la consiguiente complejidad que ello representa para la

tramitación procesal, y sobre todo la negativa incidencia que ello tiene en la pronta conclusión del proceso.

5.7 La ejecución

Las actuaciones procesales en la fase de ejecución varían en función de quién haya promovido el proceso colectivo, de cuál sea el tipo de acción ejercitada, del contenido de la sentencia y del grado de determinación de los sujetos beneficiados por la misma.

Si los beneficiados están determinados y la sentencia se pronuncia expresamente acerca de sus pretensiones, al igual que en cualquier otro proceso civil incoado para la tutela de derechos individuales, cada uno de los sujetos beneficiados por el pronunciamiento de condena estará legitimado para instar la ejecución de la sentencia.

Si los sujetos beneficiados por la sentencia dictada en el proceso colectivo están determinados, pero no está liquidada la concreta indemnización que corresponde a cualquiera de ellos, será necesario desarrollar un procedimiento para la liquidación de ese título ejecutivo, procedimiento que se ajustará a las normas del juicio verbal ordinario (en virtud de los artículos 712 a 720 de la LEC). Sucede, sin embargo, que en la regulación del proceso de ejecución no se establece en qué momento ha de procederse a liquidar el título, pues la LEC parte de la premisa de que como regla sólo se despacha ejecución por títulos ejecutivos ya liquidados, pues el artículo 219 de la LEC expresamente prohíbe que se dicten sentencias con reserva de liquidación.

Si los sujetos beneficiados por la sentencia dictada en el proceso promovido por las asociaciones de consumidores y usuarios no estuvieran determinados, la LEC introduce de manera novedosa la posibilidad de que éstos puedan comparecer en el proceso de ejecución e instar la ejecución. El artículo 519 de la LEC señala:

> Artículo 519 de la LEC. *Acción ejecutiva de consumidores y usuarios fundada en sentencia de condena sin determinación individual de los beneficiados.*
>
> Cuando las sentencias de condena a que se refiere la regla primera del artículo 221 de la LEC no hubiesen determinado los consumidores o usuarios individuales beneficiados en aquélla, el tribunal competente para la ejecución,

> a solicitud de uno o varios interesados y con audiencia del condenado, dictará auto en que resolverá si, según los datos, características y requisitos establecidos en la sentencia, reconoce a los solicitantes como beneficiarios de la condena. Con testimonio de este auto, los sujetos reconocidos podrán instar la ejecución.

La LEC sólo contempla la posibilidad de que los consumidores y usuarios beneficiados por la sentencia comparezcan en la fase de ejecución, y en ese momento se proceda a liquidar sus daños y perjuicios en los procesos promovidos por una asociación de consumidores y usuarios. El artículo 519 de la LEC sólo es aplicable para aquellos procesos 1) promovidos por asociaciones de consumidores, en virtud de la remisión que este precepto hace al artículo 221 de la LEC; y 2) sólo en relación con la tutela de los intereses difusos, es decir, cuando por la propia naturaleza de la acción es imposible identificar en el proceso declarativo o determinar los sujetos afectados por el hecho dañoso.

Así, en los procesos promovidos por los grupos en defensa de los intereses colectivos, sólo caben dos opciones: 1) que el grupo solicite indemnizaciones concretas para cada uno de los integrantes del grupo, al menos los que han permitido que se constituya como tal, a efectos de capacidad para ser parte. De esa manera, los concretos beneficiarios de la sentencia podrían solicitar directamente la ejecución forzosa de la misma; o 2) si no se incluyen las pretensiones resarcitorias para cada afectado, a esos consumidores beneficiados por la sentencia no les queda otra opción que instar posteriormente un proceso individual, y hacer valer en el mismo la eficacia positiva de la sentencia estimatoria dictada en el proceso colectivo. De esta manera, la acción previamente ejercitada por el grupo, no le ahorraría al concreto perjudicado acudir personalmente a la jurisdicción, pero sí al menos gozaría de la certeza de que su pretensión será estimada. El objeto de los procesos individuales se limitaría a la valoración concreta de los daños conforme a las bases sentadas por la sentencia dictada en el seno del proceso colectivo, en su caso, y el alcance de la indemnización[62].

62 Como afirma Sabater Martín, A., "es como si la LEC, voluntaria o involuntariamente, hubiera querido promocionar que la tutela de los consumidores y usuarios se realice a través de asociaciones, en lugar de a través de los grupos". *"Comentario al artículo 519 de la LEC", en Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil,* Fernández-Ballesteros, M. A. *et al.* (coords.), t. II, p. 2495.

Resta por plantearse en qué casos estará legitimada la asociación de consumidores y usuarios para instar la ejecución de una sentencia estimatoria de una acción de cesación colectiva. El artículo 221.1 de la LEC contempla, en general, la posibilidad de que la asociación de consumidores y usuarios inste la ejecución, pero en la medida en que no siempre puede considerarse a esta parte como directamente favorecida por el pronunciamiento de la sentencia, se ha cuestionado su legitimación para incoar la ejecución[63].

VI. Bibliografía

Acosta Estévez, J. B., *Tutela procesal de los consumidores,* Barcelona, 1995.

Almagro Nosete, J., "Tutela procesal ordinaria y privilegiada de los intereses difusos", *Revista de Derecho Político,* núm. 16,1986-1987.

Bachmaier, L., "Ley de Enjuiciamiento Civil y Daños con Múltiples Víctimas: cuestiones procesales relativas a la defensa de los intereses colectivos de los consumidores y usuarios por el grupo de afectados", *Derecho del consumo: acceso a la justicia, responsabilidad y garantía,* Madrid, Ministerio de Sanidad y Consumo, y Consejo General del Poder Judicial, 2002.

———, "Ejecución provisional de sentencia que anula y ordena eliminar una condición general de la contratación", *Tribunales de Justicia, Revista Española de Derecho Procesal.*

Bujosa Badell, L. M., *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo,* Barcelona, 1995.

Capelletti, M., "Vindicating the Public Interest through the Courts: A Comparativist's Contribution" en Capelletti, M. y Jolowicz, J. A., *Public Interest Parties and the Active Role ofthe Judge in Civil Litigation,* Milán, 1975.

Garnica Martín, J. F., "Comentario al artículo 60. de la LEC", Fernández-Ballesteros, M. A. et al. (coords.), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil I,* Madrid, 200l.

Gutiérrez de Cabiedes Hidalgo de CaviedesS, P., *La tutela de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos,* Pamplona, 1999.

63 Al respecto, véase nuestro trabajo *Ejecución provisional de sentencia que anula y ordena eliminar una condición general de la contratación,* "Tribunales de Justicia".

Gutiérrez Sanz, M. R. Y Samanes Ara, C, "Comentario al artículo 70. de la LOPJ en relación con la protección de los derechos de los consumidores", *La Ley,* 1988.

Ihering, R. von, *Der Kampf ums Recht,* Viena, 1906.

Marín López, J. J., "Comentario al artículo 20", en *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios,* Madrid, 1992.

Méndez Pinedo, E., *La protección de consumidores en la Unión Europea,* Madrid, 1998.

Olna Santos, A. de la, "La nueva Ley Orgánica del Poder Judicial: análisis jurídico general y constitucional", *Revista de Derecho Procesal,* 1987.

Pasquau Liaño, M., "Sobre la tutela jurisdiccional civil de los intereses colectivos de los consumidores", *Directiva,* núm. 1, 1989.

Samanes Ara, C., *Las partes en el proceso civil,* Madrid, 2000.

Silguero Estagnan, J., *La tutela jurisdiccional de los intereses colectivos a través de la legitimación de los grupos,* Madrid, 1995.

IV

Medio ambiente sano

La responsabilidad objetiva por daños ambientales como mecanismo de participación para el acceso a la justicia ambiental

Ricardo Crespo

"La sustancia de la Teoría se sitúa en la obligación de reparar aún cuando no ha habido culpa y ello es debido a que quien crea los riesgos para su propio provecho debe también sufrir sus consecuencias perjudiciales"

Resumen

Según el Principio 10 de la Declaración de Río, junto a la participación y al acceso a la información ambiental, la justicia ambiental representa el tercer elemento clave para la gobernabilidad ambiental y dentro de esta el resarcimiento, reparación y compensación de los daños ambientales. Por lo tanto es importante aclarar algunos aspectos relacionados con la nueva norma constitucional que se refiere a los daños ambientales.

La Constitución de la República en el segundo inciso del artículo 396 señala: "La responsabilidad por daños ambientales es objetiva". Sin embargo, para la debida aplicación del mencionado artículo es necesario regular el tema mediante ley

En este documento se explican las consecuencias de este tipo de responsabilidad cuando se generen daños ambientales. Lo fundamental es entender que cuando se aplica la responsabilidad objetiva el causante del daño am-

biental se hace responsable de este por el solo hecho de que ocurra y aunque no haya habido culpa e inclusive si se han cumplido con todas las precauciones que manda la ley. El causante del daño puede exonerarse de su responsabilidad solo en caso de fuerza mayor como un desastre natural o en el caso de que el daño haya sido causado por la victima. Quiere decir que quien maneja una actividad de riesgo como podría ser una actividad contaminante se hace cargo de los posibles daños al ambiente aunque no haya existido culpa o intención de causar el daño y se obliga a su reparación inmediata.

La responsabilidad objetiva por daños ambientales se aparta entonces de la típica responsabilidad civil o subjetiva que obliga a la victima a probar que el que causo dicho daño lo hizo por culpa. En este caso quien debe probar que no fue el causante del daño es el generador y no la víctima.

Se parte de la base de que de acuerdo al sistema de normas sobre la responsabilidad que conforman nuestro sistema jurídico, quien causa un daño a las personas y a la propiedad está obligado a repararlo. El Código Civil es la norma guía básica que establece esta regla.

El Código Civil define el daño como la perdida, menoscabo o deterioro que se causa a un individuo o a sus bienes, lo cual genera la obligación de reparar según el artículo 1493. El Código Civil establece también en el artículo 1572 que además de la obligación de reparar los perjuicios que se deriven del daño dan lugar al pago de indemnizaciones. Si el daño además de ser civil es decir relacionado con los bienes y la salud de las personas, es un daño ambiental, se aplica la definición de este tipo de daño que hace la Ley de Gestión Ambiental:

> "Es toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo de la condiciones preexistentes en el medio ambiente o uno de sus componentes. Afecta al funcionamiento del ecosistema o a la renovabilidad de sus recursos."

Palabras Clave

Principio 10, Justicia ambiental, Daños ambientales, Responsabilidad objetiva o de riesgo, Responsabilidad civil o subjetiva, Código Civil, Inversión de la carga de la prueba, Daños difusos.

Introducción

Muchos principios y aspectos jurídicos de derecho ambiental que plantea la Constitución de Montecristi ya fueron establecidos por la Constitución de 1998, sin embargo quisiera tratar aquí dos temas que no regula la Constitución de 1998 y que junto con otras innovaciones de la nueva Carta Fundamental, como los derechos de la naturaleza, el derecho humano al agua, el principio de prevalencia a favor de la naturaleza, el principio de restauración integral, el principio de solidaridad, el de subsidiaridad del Estado y la imprescriptibilidad de las acciones ambientales, entre otros que merecen ser analizados en un capítulo aparte, traerán consecuencias positivas para la justicia ambiental en el país.

Me refiero a la responsabilidad objetiva por daños ambientales y a la inversión de la carga de la prueba. Estas dos innovaciones de la Constitución de Montecristi podrían mejorar la agilidad de la justicia ambiental en el sentido de que tanto el Estado como los particulares no estarán obligados a asumir los cuantiosos costos que implican probar el daño ambiental al invertirse esta obligación procesal hacia el demandado. La impunidad ambiental en el país se mantiene en grado extremo porque los costos de la pruebas y peritajes, y la dificultad de la verificación de causa y efecto en materia de daños ambientales se han convertido en una barrera para el acceso a la justicia ambiental tomando en cuenta que en la mayor parte de casos las víctimas son personas de escasos recursos económicos.

La responsabilidad objetiva o de riesgo y su consecuencia, la inversión de la carga de la prueba, en materia de justicia y responsabilidad ambiental es admitida por algunos sistemas jurídicos de países como Costa Rica, Brasil, Chile, Colombia, Dinamarca, Alemania y otros de la Comunidad Europea, de manera que lo que se ha pretendido con la Constitución de Montecristi es actualizar nuestro sistema procesal ambiental de acuerdo con las tendencias modernas de esta rama del derecho.

Analicemos entonces las razones jurídicas de la responsabilidad objetiva y la inversión de la carga de la prueba.

El segundo inciso del artículo 396 de la nueva propuesta constitucional dice:

"La responsabilidad por daños ambientales es objetiva."

¿Como se entiende el daño?

Para definir el daño se recurre al Código Civil que define el daño como la pérdida, menoscabo o deterioro que se causa a un individuo o a sus bienes lo cual genera la obligación de reparar según lo señala el artículo 1493 del Código Civil. Para efectos ambientales entenderíamos además que la reparación se debe adicionalmente extender a los daños ambientales que no necesariamente afecten a la persona o a sus bienes.

Además de la obligación de reparar, el artículo 1572 del Código Civil señala que los perjuicios que se deriven del daño dan lugar al pago de indemnizaciones.

Sin embargo, toda la base jurídica de la responsabilidad fundamentada en el Código Civil se basa en la figura de la culpa extracontractual o en la responsabilidad subjetiva o por culpa que se desarrolla a partir del artículo 2214, la cual es insuficiente para enfrentar los riesgos de actividades que podrían producir daños ambientales. Existen, en todo caso, algunas normas del Código Civil que reconocen la responsabilidad a partir del riesgo creado, las que se adecuan con más precisión a las actividades que producen riesgo ambiental. Así lo estimó la Corte Suprema en el caso de la contaminación del río Esmeraldas por el derrame de crudo de petróleo originado por la refinería de Esmeraldas como señalaré más adelante.

La responsabilidad objetiva

En materia administrativa respecto a la prestación de servicios públicos la responsabilidad objetiva no es ninguna novedad, una sentencia de casación de la Sala de lo Contencioso Administrativo de 11 de Abril del 2007 determinó la existencia de la responsabilidad objetiva del Estado por los daños derivados de una descarga eléctrica que afectaron a un menor. Inclusive la responsabilidad objetiva del Estado, sus concesionarios y delegatarios por los daños ambientales que causen, está contemplada en el artículo 91 de la actual

Constitución. La innovación de la Constitución de Montecristi consiste en extenderla hacia todo tipo de causantes sean públicos o privados.

En materia ambiental la responsabilidad subjetiva o por culpa no funciona por lo que la doctrina y muchos sistemas jurídicos acuden a la teoría de la responsabilidad objetiva, también llamada de riesgo, frente a hechos derivados de la actividad industrial que aunque no hayan sido causados por culpa deben ser respondidos por alguien que ha obtenido provecho de la actividad dañosa. Por lo tanto, se responde ante un hecho objetivo: **el daño.** Este sería el caso típico de una persona que instala una industria peligrosa para beneficiarse de la actividad lucrativa aunque creando un riesgo para la sociedad de manera que si por una parte se tiene el derecho de gozar de las ventajas del negocio, de un modo correlativo existe la obligación de reparar el daño que cause el ejercicio de esa empresa.

La responsabilidad objetiva establece una excepción a la regla general basada en la responsabilidad subjetiva o por culpa. En el caso de la responsabilidad objetiva se presume la culpa del demandado pues la demostración de la responsabilidad se centra exclusivamente en la ocurrencia de un daño o de la producción de un riesgo que causa un perjuicio o peligro no solo a la victima sino a toda la sociedad.

La Corte Suprema de Justicia en la sentencia citada antes señaló sobre esto lo siguiente:

> "El riesgo de la cosa es un peligro lícito y socialmente aceptado como contraparte de los beneficios sociales o económicos que importa la operación, utilización o aprovechamiento de las cosas peligrosas. Para el reconocimiento de la responsabilidad civil extracontractual no se requiere que haya culpa o dolo, basta que los daños sean consecuencia directa del acontecimiento que los ha originado. Es la responsabilidad meramente objetiva. La teoría de la responsabilidad objetiva pura ha tenido poca aceptación en la legislación de la mayoría de los países y en la jurisprudencia de los tribunales extranjeros. Mayoritariamente se considera la necesidad de la culpabilidad como una exigencia de justicia con respecto al responsable. Pero como la carga de la prueba de la culpa resulta en la mayoría de los casos casi imposible o muy difícil para la víctima, se consideró la necesidad de revertir la carga de la prueba, en el sentido de que quien utiliza y aprovecha la cosa riesgosa es al que le corres-

> ponde demostrar que el hecho dañoso se produjo por fuerza mayor o caso fortuito, por culpabilidad de un tercero o por culpabilidad exclusiva de la propia víctima. En otras palabras, se estableció la culpa presunta de la persona que utiliza y se aprovecha de la cosa riesgosa por la que se ocasionó el daño. Esta teoría ha ido imponiéndose en forma creciente, particularmente en la jurisprudencia, tal como sucede en las sentencias dictadas por las cortes supremas de Francia, Argentina y Colombia. Nosotros coincidimos plenamente con esta posición, y ésta es la razón por la cual la adoptamos como sustento del presente fallo, en vista de que la producción, industria, transporte y operación de sustancias hidrocarburíferas constituyen, a no dudarlo, actividades de alto riesgo o peligrosidad"

El Libro Blanco sobre la Responsabilidad Ambiental de la Comunidad Europea señala lo siguiente sobre la responsabilidad objetiva:

> "...diversos regímenes nacionales e internacionales de responsabilidad ambiental recientemente adoptados tienen como base el principio de responsabilidad objetiva, pues parten del supuesto de que el mismo favorece la consecución de los objetivos medioambientales. Una de las razones para ello es la gran dificultad a la que se enfrentan los demandantes para probar la culpabilidad de la parte demandada en los juicios por responsabilidad ambiental. Otro motivo es el planteamiento según el cual la asunción del riesgo por posibles daños derivados de una actividad intrínsecamente peligrosa no corresponde a la víctima ni al conjunto de la sociedad, sino a los responsables de la misma."

Todos estos argumentos justifican la adopción de un régimen constitucional basado, como norma general, en la responsabilidad objetiva.

En una sentencia de casación de la Corte Suprema de Costa Rica del 2000, no se requirió de norma expresa para aplicar la responsabilidad objetiva en un caso de contaminación, pues la Corte concluyo que el solo hecho de que la Constitución declare el derecho de los ciudadanos a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado implica este tipo de responsabilidad. En este caso se concluyó:

a. La responsabilidad por daño ambiental es siempre de carácter objetivo, independientemente que exista una norma que así lo establezca, al ser un principio general del derecho reconocido por la misma Constitución Política
b. La simple existencia de daño reputa la responsabilidad en el agente de haber sido el causante de ese daño, y por tal quien deberá indemnizar los daños y perjuicios causados con su conducta, incluso si la conducta desplegada es lícita.
c. Se presume la culpabilidad de quien asumió el riesgo y la peligrosidad de su actividad.
d. Se invierte la carga de la prueba recayendo la misma en quien asumió el riesgo de la actividad dañosa.
e. Los únicos eximentes de responsabilidad aceptados son la fuerza mayor, la culpa de la víctima y el hecho de un tercero.

¿Qué tipo de daños ambientales puede enfrentar un régimen de responsabilidad objetiva?

Para la debida aplicación del artículo 398 de la Constitución de Montecristi es necesario regular el tema mediante una ley secundaria pues habrá que hacer excepciones respecto a qué tipo de daños ambientales se aplica la responsabilidad objetiva y qué condiciones se requieren para que esta surta efecto, por ejemplo las siguientes:

- Tiene que haber uno o más actores identificables (contaminadores o deforestadores, etc.)
- El daño tiene que ser concreto y cuantificable, y
- Se tiene que poder establecer una relación de causa-efecto entre los daños y los presuntos causantes.

Por tanto, el régimen de responsabilidad objetiva se puede aplicar, por ejemplo, en los casos en que el daño haya sido provocado por actividades ilícitas, por accidentes industriales o por la contaminación gradual causada por sustancias peligrosas o residuos vertidos al medio ambiente por fuentes identificables.

Por el contrario, en cuanto a los daños difusos ocasionados por el cambio climático, por las emisiones de CO_2 u otras substancias, los provocados por la lluvia ácida y la contaminación atmosférica producida por el tráfico, en la medida en que las fuentes son difusas dificultan la aplicación de la responsabilidad objetiva.

La inversión de la carga de la prueba

En los litigios ambientales puede ser muy difícil para el demandante y mucho más fácil para el demandado probar los hechos relativos a la existencia (o a la ausencia) de una relación de causa-efecto entre un acto del demandado y el daño. Por ese motivo diversos regímenes nacionales de responsabilidad ambiental cuentan con disposiciones destinadas a reducir la carga de la prueba en favor del demandante por lo que se refiere a la demostración de la culpa o la causalidad.

En materia ambiental se presume la responsabilidad del agente porque objetivamente se le hace responsable del daño, se requiere entonces únicamente que se indique el daño y el nexo causal por parte de la victima pero la prueba de la falta de culpa y de la inexistencia de causa y efecto le corresponden al demandado mismo, que a su vez no podrá eximirse de responsabilidad por haber actuado con suficiente prudencia y cuidado, pues los únicos eximentes de responsabilidad para el demandado podrían ser el caso fortuito y la culpa de la víctima trasladándose así el nexo causal hacia circunstancias externas o hacia terceros, se aplica en otras palabras el principio "a daño causado, daño indemnizado".

El artículo 397 de la Constitución de Montecristi regula este tema dentro del artículo sobre la legitimación genérica, es decir el derecho de cualquier ciudadano para acudir a los jueces competentes para demandar por daños ambientales aunque no se tenga interés directo. La excepción del interés directo se sustenta en el hecho de que lo que se reclama son derechos colectivos o difusos que no corresponden solo a la victima sino a todo el conglomerado social. El numeral 1 de este artículo señala:

> "La carga de la prueba sobre la inexistencia de daño potencial o real recaerá sobre el gestor de la actividad o el demandado."

Esto implica que se establece una excepción a la regla general de la presunción de inocencia que consta en el número 2 del artículo 76 de la Constitución de Montecristi cuando al tratar sobre los principios del debido proceso indica:

> "Se presumirá la inocencia de toda persona y será tratada como tal mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada."

Como se mencionó anteriormente, la inversión de la carga de la prueba es una consecuencia directa de la responsabilidad objetiva señalada en el artículo 396. Lo preciso hubiera sido que tanto la referencia a la responsabilidad objetiva como a la inversión de la carga de la prueba consten en el artículo 397 que engloba el tema de la justicia ambiental.

Conclusiones

El derecho, como dice Francois Ost en su obra "Naturaleza y Derecho", tiene hasta el momento un diálogo difícil con la ecología, esta habla de la biósfera, enfoques globalizadores y sistémicos, espacios temporales que van mas allá de los limites establecidos, daños futuros o continuos que escapan los límites de la prescripción o derechos de generaciones futuras entre otras cosas. El derecho clásico por su parte responde con criterios fijos, límites y fronteras a temas ecosistémicos. La responsabilidad objetiva es uno de esos necesarios avances que requiere el derecho para reconciliarse con la ecología.

Del análisis de la responsabilidad objetiva que hace la Corte Suprema en la sentencia citada anteriormente, se colige una sustentación de las normas establecidas en los artículos 396 y 397 de la nueva Constitución, constituye entonces un importante precedente para desarrollar la responsabilidad objetiva en esta materia así como la inversión de la carga de la prueba.

Los sistemas jurídicos de varios países han introducido la responsabilidad objetiva en materia ambiental para favorecer a la consecución de los objetivos de protección y gobernabilidad ambiental en concordancia con el Principio 10 de la Declaración de Río y en vista de la dificultad a la que se enfrentan los demandantes para probar la culpabilidad de la parte demandada en los juicios por responsabilidad ambiental.

En los litigios ambientales puede ser muy difícil para el demandante y mucho más fácil para el demandado probar los hechos relativos a la existencia (o a la ausencia) de una relación de causa-efecto entre un acto del demandado y el daño puesto que el demandado es el que posee la información técnica sobre lo ocurrido, por esto se hace necesario reducir la carga de la prueba en favor del demandante en lo que se refiere a la demostración de la culpa o la causalidad aplicando la responsabilidad objetiva.

Fuentes consultadas

Libro Blanco de la Responsabilidad Ambiental de la Comunidad Europea. 2000 *http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/es/com/2000/com2000_0066es01.pdf*

Sentencia de la Primera Sala de la corte Suprema de Justicia expedida el 29 de octubre del 2002 en el juicio ordinario No 31-2002 propuesto por Guevara Batioja José Luis contra PETROECUADOR y otros por indemnización de daños y perjuicios

CLD-ECOLEX, *Derecho Ambiental.* Texto para la Cátedra. Corporación de Estudios y Publicaciones. pag. 246. 2005

CASO DE ESTUDIO: AVANCE JURISPRUDENCIAL EN MATERIA RESPONSABILIDAD POR DAÑO AMBIENTAL. Por: MSc. Mario Peña Chacón. Consultor Legal Ambiental *www.unifap.br/ppgdapp/biblioteca/Responsabilidad_dano_amb.doc*

Derechos colectivos, desarrollo y vulnerabilización de los pueblos tradicionales

Byron Real López

Sumario

I. Introducción. **II.** Derechos colectivos y protección de los pueblos indígenas. **2.1.** Los derechos colectivos de los pueblos indígenas en el Ecuador. **III.** Desarrollo, cambio social y amenaza. **3.1.** El paradigma del desarrollo y los pueblos indígenas. **3.2.** Los sistemas naturales y sociales ante las amenazas externas. **3.3.** Adaptación y resiliencia de los pueblos indígenas, ante las amenazas naturales. **IV.** Desarrollo y transformación de los sistemas sociales y ecológicos. **4.1.** Desarrollo económico y vulnerabilidad social en los territorios indígenas. **4.2.** ¿Pueden los pueblos tradicionales resistir los impactos de la globalización? **4.3.** Vulnerabilidad social y colapso cultural y/o físico. **V.** Derechos colectivos y supervivencia cultural y física. **5.1.** Desarrollo y declive cultural de los pueblos indígenas. **5.2.** Los derechos colectivos y la pérdida de la cultura de los pueblos tradicionales. **5.3.** La Noción de pérdida cultural y su impacto en los derechos humanos. **VI.** Conclusiones. **VII.** Referencias bibliográficas.

I. Introducción

Las transformaciones son una constante de los sistemas naturales y humanos. Las erupciones, los incendios forestales, los huracanes, las inundaciones, son algunos de los promotores de cambio en el mundo natural. Estos son, básicamente, eventos naturales, a cuyas consecuencias los ecosistemas se encuentran totalmente adaptados.

En las sociedades humanas, las políticas de desarrollo, las revoluciones, y los desastres, son algunos de los agentes de cambio. Estos responden a situaciones complejas, que aparecen en la forma de decisiones democráticas, de procesos comunitarios de búsqueda de respuestas a problemas colectivos. También son consecuencia de decisiones tecnocráticas, externas; o, de condiciones de vulnerabilidad social y riesgo, generadas por una combinación de pobreza, políticas públicas y eventos naturales, entre otros.

En los sistemas humanos, la dinámica social ayuda a superar problemas y cubrir necesidades de los individuos, de las familias y de los grupos. Estas dinámicas, generalmente responden a procesos culturales locales, a agendas democráticamente elegidas o a imposiciones dictatoriales. Decididos o impuestos, los cambios son por lo general tolerados en la sociedad; y, aún cuando estos cambios generen impactos negativos que afectan a ciertos sectores, la misma sociedad establece condiciones para que los afectados puedan superar los efectos de los cambios. Piénsese, por ejemplo, en la construcción de una obra pública, en la que deba reasentarse a un barrio completo, para en su lugar emplazar un mercado o un hospital. Por más que se genere conflictos políticos y sociales, las familias afectadas serán, de alguna manera, compensadas (vía indemnización por ejemplo), con lo que se recuperarán del impacto sufrido al perder sus casas, su comunidad, sus relaciones sociales y, eventualmente, sus medios de subsistencia. Una vez recuperadas, esas familias, podrían más tarde prosperar. Este proceso de respuesta y recuperación ante un infortunio; de superación física, social y emocional del impacto; y, finalmente, de florecimiento social, es parte de la dinámica humana. Sin embargo, esta forma de desenlace es propia de las sociedades urbanizadas o modernas, con acceso a tecnologías de alto rendimiento y basadas en una economía de acumulación.

En las sociedades tradicionales, o aquellas basadas en sistemas económicos no acumulativos, cuya subsistencia descansa en los recursos naturales

disponibles en sus áreas o ecosistemas de influencia, los cambios sociales son distintos. La dinámica social aquí está fuertemente condicionada a las características del medio natural en el que se desenvuelven. Los únicos cambios que afectan con cierta severidad a estas sociedades, son los eventos de la naturaleza (lluvias-inundaciones, incendios forestales, terremotos, etc.), para los que se encuentran muy bien preparados, tanto para prevenir los impactos, como para reaccionar adecuadamente en caso de que éstos les lleguen a afectar.

Sin embargo, cuando estos grupos tradicionales son expuestos a cambios tecnológicos, como la construcción de ciertas obras públicas o la implantación de proyectos de desarrollo en su ambiente de vida, las alteraciones directas o indirectas que ocurren como consecuencia, tiene una repercusión mayor a la de un desastre.

Tanto en los sistemas naturales como en los sociales tradicionales, existen estrategias para enfrentar y tolerar los cambios generados por promotores naturales. Estas estrategias, la adaptación y la resiliencia, los conducen a períodos de recuperación y de posterior florecimiento. Pero los vectores de cambio humano inducido, como son los derivados del desarrollo económico, están entre los más violentos, que inciden en todos los ámbitos de la vida social; y, ecológicamente, sus efectos trascienden a los ecosistemas en donde ocurren. Generalmente beneficioso, el desarrollo puede ser también instrumento de aniquilación cultural y física para ciertos grupos humanos; y generador irreversible de inseguridad ambiental. Sus efectos, plantean cuestionamientos serios para las nociones de democracia, derechos humanos y derechos colectivos.

Desde un análisis de las nociones científicas y sociales de adaptabilidad, resiliencia y vulnerabilidad; y, de las categorías jurídicas de derechos humanos y derechos colectivos, este ensayo reflexiona sobre los efectos que el desarrollo económico tiene en los pueblos tradicionales, que dependen de los ecosistemas naturales para subsistir. En las conclusiones, se sugiere que la globalización económica está, por un lado, anulando las características de adaptación y resiliencia de los pueblos indígenas tradicionales; y, por otro generándoles vulnerabilidad ante una amenaza para la que no están preparados para responder. De esta manera, se estaría dañando el tejido social de estos grupos y así promoviendo su colapso cultural y aún físico.

II. Derechos colectivos y protección de los pueblos indígenas

El concepto de derechos colectivos, remite a un tipo de derechos humanos, cuya titularidad corresponde a un grupo social identificable. Mientras mucho se ha teorizado sobre los derechos humanos individuales, aún es escueta la reflexión jurídica sobre los colectivos. Se empieza a hablar de ellos, a partir de las Convenciones OIT 107 y 169[1] y aunque se tiende a ubicarlos en los llamados "derechos de tercera generación", en realidad los derechos colectivos incluyen una serie de garantías básicas que han sido catalogados en todas las generaciones en que han clasificado a los derechos humanos.

Históricamente, la reflexión sobre el tema central de los derechos colectivos indígenas, el derecho a la tierra, la inició Fray Bartolomé de las Casas (1484 – 1566), el misionero español que adoctrinó a los conquistados Aztecas en el s. XVI. Oponiéndose a la doctrina pontificia de que los indígenas, por ser no cristianos, no tenían derechos a la tierra y a otras posesiones, De las Casas rechazó la usurpación territorial de la que fueron víctimas los pueblos precolombinos (Pennington 1993). Contemporáneamente, el teólogo español Francisco De Vitoria (1483 - 1546), en un ensayo titulado *"De India et De Jure Belli Reflections",* publicado en 1532, arguyó que "las naciones indígenas fueron las verdaderas dueñas de las tierras y territorios y, como tales, no pueden ser despojadas de esas posesiones mediante la doctrina de descubrimiento de tierras baldías". De acuerdo al razonamiento de De Victoria, los conquistadores españoles no podían reclamar título sobre las tierras indígenas simplemente porque ellos las han descubierto. Igualmente, este pensador sostuvo que las tierras de los pueblos indígenas no pueden ser tomadas como resultado de una "guerra justa" llevada adelante para cristianizar a dichos pueblos.

Las ideas de De las Casas y De Victoria, tuvieron un eco limitado en el poder político de la época y, en los siglos siguientes fueron olvidadas. Incluso en las primeras décadas del siglo XIX, las repúblicas Latinoamericanas, con todo el poder revolucionario con que iniciaron sus vidas, poco o nada hicieron por los pueblos indígenas de sus territorios. Irónicamente, en lo inter-

1 Convención de la Organización Internacional del Trabajo sobre la Protección e Integración de las Poblaciones Indígenas y de otras Poblaciones Tribales y Semitribales en los Países Independientes.

nacional, todas ellas invocaron el principio *"Uti possidetis juris",* que significa "lo que poseíste conforme a derecho, lo continuará poseyendo", para reclamar sus territorios, pero internamente aplicaron la noción de *"res nullius" o "terra nullius"* que en esencia significan tierra de nadie, para justificar el despojo de las tierras a los grupos indígenas que aún conservaban grandes extensiones bajo su posesión.

Solamente se vuelve a hablar del tema de los derechos indígenas, de manera sistemática, a partir del fin de la Segunda Guerra Mundial, cuando se creó un cuerpo jurídico de protección de los derechos humanos. El primer instrumento formal que abordó ciertos derechos indígenas fue el Convenio 107 de la OIT de 1957, relativo a la Protección e Integración de las Poblaciones Indígenas y de otras Poblaciones Tribales y Semitribales en los Países Independientes. En su preámbulo, esta convención considera que "existen poblaciones indígenas y otras poblaciones tribales y semitribales que no se hallan integradas todavía en la colectividad nacional y cuya situación social, económica o cultural les impide beneficiarse plenamente de los derechos y las oportunidades de que disfrutan los otros elementos de la población". En consecuencia, este instrumento llama a los países parte, a integrar progresivamente a los pueblos indígenas, en la vida de sus respectivos países. De acuerdo con esta Convención, la integración asegurará la promoción del "desarrollo social, económico y cultural de dichas poblaciones y el mejoramiento de su nivel de vida" (artículo 2). Para esto, se debía, entre otras medidas, integrar a estos grupos a la educación (artículo 21), al lenguaje nacional (artículo 23), y, en definitiva, transformar cada aspecto de sus culturas tradicionales. La convención también prevé la incorporación de los indígenas en relaciones capitalistas de trabajo (artículo 15) y, aunque establece que "no deberá trasladarse a las poblaciones en cuestión de sus territorios habituales sin su libre consentimiento", sin embargo admite que por razones relativas a la seguridad nacional o al desarrollo económico del país, si se lo podría hacer (artículo 12).

Al realizarse este Convenio, hubo ya un conocimiento de que los pueblos indígenas podrían ser muy afectados por los cambios socioeconómicos y la integración en las sociedades nacionales, por lo que se advirtió del peligro "que puede resultar del quebrantamiento de los valores y de las instituciones de dichas poblaciones, a menos que puedan ser reemplazados adecuadamente

y con el consentimiento de los grupos interesados" (artículo 4b). En última instancia, la Convención establece que las poblaciones indígenas "podrán mantener sus propias costumbres e instituciones cuando éstas no sean incompatibles con el ordenamiento jurídico nacional o los objetivos de los programas de integración" (artículo 7, num.2).

El Convenio OIT 107 apareció en momentos en los que la ideología predominante era la de que las culturas tradicionales las constituían grupos salvajes a los que había que ayudar para que adopten los valores de la civilización, básicamente, los de raíz europea. Así, este instrumento promovió dos aspectos recurrentes que subyacen en el paradigma del desarrollo: la eliminación de las llamadas "culturas atrasadas", y la incorporación de éstas, en las relaciones capitalistas de producción.

El robustecimiento del movimiento indígena en los diferentes países de América, significó reclamos por el reconocimiento, no solo de su derecho a la tierra, sino también de otros derechos, de carácter cultural, económico, social, políticos y, en especial, el de autodeterminación. Estas exigencias condujeron a la Convención OIT 169, aprobada en junio de 1989, basada en la OIT 107. La Convención OIT 169 apareció al final de la denominada Guerra Fría y en momentos en que las políticas internacionales de ajuste económico eran promovidas por el Fondo Monetario Internacional. Al igual que su antecesora, la OIT 169 tuvo como filosofía subyacente la promoción del desarrollo económico en el entorno indígena, sin embargo, ya no presenta un enfoque asimilacioncita de los indígenas a la sociedad predominante, sino más bien el de respeto a la identidad cultural, el derecho a la autonomía y el reconocimiento de la relación entre la cultura de los pueblos indígenas y sus tierras. El término "tierras", incorpora el concepto de "territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera." (art. 13, num. 2). Ese reconocimiento incluye no sólo a las tierras efectivamente ocupadas por los indígenas, sino también a las que tradicionalmente acceden para su subsistencia.

Otros aspectos relevantes del Convenio OIT 169, son el reconocimiento del derecho a la consulta previa, libre e informada y el de participación; y, el de obtención de beneficios en razón de la explotación de los recursos naturales de los lugares en los que tradicionalmente habitan (art. 6, num.1 y 15, num. 2). Este derecho de consulta es aplicado para casos de enajenación de

las tierras indígenas (art. 17. Num. 2); para la realización de programas de formación profesional (art. 22, num. 3); y, para la creación de centros educativos (art. 27 num. 3). Sin embargo de que este mecanismo constituye un avance formidable en la protección de los derechos indígenas, es a la vez, una ventana abierta para permitir procesos que podrían violentar sus medios de subsistencia y su cultura. Se deja, en este ámbito libertad a los gobiernos para establecer procedimientos de consulta a los pueblos indígenas, "a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras" (art. 15, num. 2). En lo relativo a la remoción de indígenas de sus tierras, el Convenio OIT 169 sigue a su predecesora OIT 107, en cuanto a admitir que excepcionalmente podría haber desplazamiento de indígenas, dejándose a la legislación nacional sus términos (art. 16).

Aunque la Convención OIT 169 significó un avance importante, en la protección de ciertos derechos indígenas, al igual que OIT 107, su intención básica es la regulación del proceso de transformación de los pueblos indígenas, en el contexto de las políticas de desarrollo. De manera expresa o tácita, ambos convenios tienen la noción subyacente de incorporación de los pueblos tradicionales en la sociedad predominante, la que históricamente nunca ha dado una bienvenida a estos grupos, rechazándolos y confinándolos en los estratos más pobres y desprotegidos de la sociedad.

2.1. Los derechos colectivos de los pueblos indígenas en el Ecuador

Inspiradas en los convenios OIT 107 y 169, las constituciones de 1998 y la vigente (2008), han reconocido los derechos colectivos indígenas. En la Constitución actual, estos derechos constan en el artículo 57. Este, de manera resumida, manifiesta lo siguiente:

> Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos:

1. Mantener, desarrollar y fortalecer su identidad, sentido de pertenencia, tradiciones ancestrales y formas de organización social.
2. No ser objeto de racismo.
3. El reconocimiento, reparación y resarcimiento a las colectividades afectadas por racismo, xenofobia y otras formas conexas de intolerancia y discriminación.
4. Conservar la propiedad imprescriptible de sus tierras.
5. Mantener la posesión de las tierras y territorios ancestrales.
6. Participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables de sus tierras.
7. La consulta previa, libre e informada, sobre planes explotación de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras.
8. Conservar y promover sus prácticas de manejo de la biodiversidad.
9. Conservar y desarrollar sus propias formas de convivencia y organización social, y de generación y ejercicio de la autoridad;
10. Crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario.
11. No ser desplazados de sus tierras ancestrales.
12. Mantener, proteger y desarrollar los conocimientos colectivos;
13. Mantener, recuperar, proteger, desarrollar y preservar su patrimonio cultural e histórico.
14. Desarrollar, fortalecer y potenciar el sistema de educación intercultural bilingüe.
15. Construir (sic) y mantener organizaciones que los representen.
16. Participar mediante sus representantes en los organismos oficiales.
17. Ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar sus derechos colectivos.
18. Mantener y desarrollar los contactos, las relaciones y la cooperación con otros pueblos, en particular los que estén divididos por fronteras internacionales.
19. Impulsar el uso de las vestimentas, los símbolos y emblemas que los identifiquen.
20. La limitación de las actividades militares en sus territorios, de acuerdo con la ley.
21. Que la dignidad y diversidad de sus culturas, tradiciones, historias y aspiraciones se reflejen en la educación pública y en los medios de comu-

> nicación; la creación de sus propios medios de comunicación social en sus idiomas y el acceso a los demás sin discriminación alguna.
>
> Los territorios de los pueblos en aislamiento voluntario son de posesión ancestral irreductible e intangible, y en ellos estará vedada todo tipo de actividad extractiva. El Estado adoptará medidas para garantizar sus vidas, hacer respetar su autodeterminación y voluntad de permanecer en aislamiento, y precautelar la observancia de sus derechos. La violación de estos derechos constituirá delito de etnocidio, que será tipificado por la ley. El Estado garantizará la aplicación de estos derechos colectivos sin discriminación alguna, en condiciones de igualdad y equidad entre mujeres y hombres.

Los derechos colectivos indígenas, que en forma taxativa incluye la Constitución del Ecuador, constituyen un hito importante en las relaciones estado - pueblos indígenas. Sin embargo, según se sostiene en este ensayo, existen ciertos pueblos indígenas cuya supervivencia cultural y aún física, podría no estar garantizada por estos derechos. Esos pueblos, los que basan su subsistencia en los sistemas naturales, al ser expuestos a actividades de desarrollo o extractivas de recursos naturales, son afectados en su derecho a existir como entidades culturales independientes que han evolucionado en entornos históricos diferentes que los de las sociedades predominantes. Si bien es cierto que la Constitución del Ecuador establece que los territorios de los pueblos en aislamiento voluntario estarán vedadas esas actividades, sin embargo todavía existen pueblos indígenas no "aislados" cuya supervivencia se fundamenta aún en los sistemas naturales de sus territorios.

III. Desarrollo, cambio social y amenaza

3.1. El paradigma del desarrollo y los pueblos indígenas

El paradigma del desarrollo, impulsado desde finales de los años 1940s, está basado en la idea de que las naciones subdesarrolladas, debían desarrollarse a través de la adopción de mecanismos, normas, valores de racionalidad económica, propios de la modernidad. La aplicación de este paradigma en los

países Latinoamericanos, ha sido un medio formidable de cambio social, pues ha significado ciertos avances en materia de salud, de producción de alimentos, de provisión de vivienda, y otros aspectos de bienestar social.

El desarrollo como política pública, ha sido también un mecanismo de transformación profunda del medio natural y de creación y recreación del medio humano. Sin embargo, históricamente, el desarrollo no ha sido opción, ni ha generado bienestar a todas las sociedades. Los pueblos indígenas están entre los que no necesariamente han sido beneficiarios del desarrollo, pues éste generalmente ha dañado el ambiente natural en donde han vivido durante cientos de años y así los ha privado de los recursos materiales con que han contado para subsistir. En ciertos contextos, el desarrollo, en lugar de mejorar las condiciones de vida de algunos pueblos, más bien los ha dejado en condiciones de vulnerabilidad y los ha expuesto al peligro de extinción.

El desarrollo ha sido nocivo para los grupos indígenas, en particular para aquellos que Alcorn (2000) llama "pueblos ecosistémicos" o pueblos que se han adaptado a, y dependen de, los ecosistemas locales para su subsistencia. Estos grupos, que todavía mantienen sus identidades colectivas, las tradiciones culturales y las prácticas de gestión de los recursos naturales, se han visto afectados por cada proceso de intervención económica que se ejecuta en los ecosistemas existentes en sus territorios (Alcorn 2000:6).

El desarrollo fue concebido como un paradigma absolutista, que ha copado toda la imaginación y comprensión que los gobiernos, los políticos y, aún, la gente común, tiene del devenir social. En sus inicios, al finalizar la Segunda Guerra Mundial, este paradigma fue entendido como "el proceso dirigido a preparar el terreno para reproducir en la mayor parte de Asia, África y América Latina, las condiciones que se suponía que caracterizaban a las naciones económicamente más avanzadas del mundo - industrialización, alta tasa de urbanización y de educación, tecnificación de la agricultura y adopción generalizada de los valores y principios de la modernidad, incluyendo formas concretas de orden, de racionalidad y de actitud individual" (Escobar 1997). El desarrollo así, se convirtió en un método y un objetivo insistentemente buscado por los gobiernos de todo el mundo.

Explícitamente, la noción de desarrollo fue concebida como un instrumento de trasformación de la identidad cultural de los pueblos indígenas. En su discurso inaugural en 1949, el Presidente norteamericano Harry Truman manifestó

> "debemos embarcarnos en un nuevo e intrépido programa para hacer los beneficios de nuestro progreso industrial, disponibles para el mejoramiento y crecimiento de las áreas subdesarrolladas. Más de la mitad de las personas del mundo están viviendo en condiciones que se aproximan a la miseria. Su comida es inadecuada. Ellos son víctimas de enfermedades. Su vida económica es primitiva y estancada. Su pobreza es un impedimento y una amenaza para ellos y para las áreas más prósperas… Y, en cooperación con otras naciones, debemos promover inversión de capital en áreas que necesitan desarrollo" (Truman 1949)

Poco después, en 1951, ya en marcha la nueva política del desarrollo, el Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de las Naciones Unidas señaló en uno de sus informes, que el desarrollo no puede lograrse sin "ajustes dolorosos", pues las "filosofías antiguas tienen que ser abandonadas, las viejas instituciones deben desintegrarse; los lazos de casta, de credos y de raza, tienen que romperse, y un gran número de personas que no puedan mantenerse junto al progreso, verán frustradas sus expectativas de una vida confortable" (UN 1951).

El mensaje del Presidente Truman y el posicionamiento conceptual de las Naciones Unidas, en esos momentos el organismo que sintetizó la paz luego de la convulsión bélica que asoló al mundo pocos años antes, describieron la filosofía subyacente de la doctrina del desarrollo: ruptura de la identidad, de los credos y la vida comunitaria, desintegración de las tradiciones, transformación de las culturas atrasadas, conquista de la naturaleza. Es decir, el desarrollo implicó la violación de varios derechos humanos fundamentales. El arma para lograr esos fines, una que ningún gobierno se resistiría: la inversión económica en áreas (sociales y naturales) "atrasadas" para sacarlas del "subdesarrollo". Estas ideas han sido muy arraigadas en el pensamiento oficial de los gobiernos, de los académicos, de los organismos internacionales, hasta hace relativamente pocos años. Y si hoy, por razones de corrección política, ya no se piensa así o ya no es presentable pensar de esa manera, sin embargo, generalmente, esas nociones aún subyacen en las políticas de desarrollo.

Siendo el haber cultural de los pueblos indígenas el que se estigmatizó como obstáculo para el bienestar y que expresamente se haya buscado su eliminación, el desarrollo constituyó una política eminentemente racista, que

propugnó la transformación social sin valorar la cultura de los pueblos[2]. Pero si con las culturas locales el concepto de desarrollo no ha sido compatible con compromisos sólidos de caución, con la naturaleza, esa política ha sido aún más agresiva. La filosofía subyacente del pensamiento oficial ha sido que la naturaleza es la jungla, el desorden y que solo el desarrollo era capaz de proveer orden a este caos. Por esto la noción de "conquista de la naturaleza", fue recurrente durante décadas (Nash 1989: 35).

Dada la filosofía subyacente de negación de las realidades que encuentra a su paso, el paradigma del desarrollo adquiere un significado de amenaza externa para los sistemas naturales y sociales en los que interviene. Esto ha sido reconocido por instituciones multilaterales de crédito como el Banco Mundial, que desde hace al menos dos décadas han adoptado políticas de carácter social y ambiental para calificar sus proyectos. Michael Cernea, el primer sociólogo que el Banco Mundial incorporó, alertó ya de los "modelos democráticos y tecnocráticos", inspiradores y distorsionadores de los programas de desarrollo, que intentan "únicamente influir sobre variables económicas, considerando que éstas son las únicas decisivas y suponiendo que el "resto" se producirá por si "solo". Como una forma de viabilizar un desarrollo que respete al ambiente y la sociedad, Cernea reclama creatividad, competitividad y militancia de parte de los cientistas sociales para criticar estos modelos, alertando que cuando los programas de desarrollo tienen en cuenta recursos naturales como agua, suelo, bosques, etcétera, éstos deben considerarse "no solo como activos físicos manipulables, ni solo en términos de su valor de mercado, sino como componentes de un sistema integral de organización social que regula su utilización, propiedad, gestión, etc." (Cernea 1994).

Las ideas de Cernea, han promovido que en el Banco Mundial se establecieran políticas y directrices para evitar que sus intervenciones afectaran

2 En el pensamiento convencional de los políticos, incluso la misma existencia de los grupos indígenas ha sido negada. En la expansión de la frontera en la Amazonía, por ejemplo, siempre se consideró que este gran ecosistema constituía un lugar vacío, ignorando la presencia milenaria de las culturas locales. Es célebre la expresión del dictador brasileño Emilio Garrastazu al inaugurar, en 1970, la carretera Transamazónica que, según él, abría la puerta de una "tierra sin hombres para hombres sin tierra". Los pueblos indígenas, no contaron en el contexto esta obra de ingeniería, aunque si significó el principio del fin para muchos grupos nativos (ver: Carrere y Fonseca 2005).

a los pueblos nativos y a la naturaleza. Prácticamente todos los organismos multilaterales han seguido esta política, las organizaciones no-gubernamentales las propagan y, día a día los gobiernos adoptan normas que buscan "domesticar" a las acciones de desarrollo, para que éstas pierdan su agresividad frente a la sociedad y la naturaleza.

Pero más allá de los compromisos políticos de los organismos internacionales, la buena fe de las organizaciones no-gubernamentales y los esfuerzos de los gobiernos, cuando se extraen recursos naturales de áreas naturales sensibles; de ecosistemas críticos; o, de territorios indígenas, esas actividades ocasionan inevitables impactos, con efectos ecológicos y sociales enormes. Esas intervenciones generan, por un lado, vulnerabilidad debido a los impactos físicos y culturales; y, por otra, socava las capacidades culturalmente creadas de las sociedades para adaptarse a los ecosistemas y hacer frente a las amenazas externas. Es decir, de esta manera, los pueblos indígenas "ecosistémicos" o aquellos que dependen de los ecosistemas para subsistir, son afectados doblemente: se les priva de los recursos materiales y se les priva de sus ideologías de autoprotección. Así, el desarrollo, en algunos ambientes naturales y sociales, se convierte en una amenaza externa, para las cuales esos sistemas no han desarrollado sistemas de autoprotección.

3.2. Los sistemas naturales y sociales ante las amenazas externas

En los sistemas naturales y sociales, existen mecanismos para enfrentar a los cambios violentos, o alteraciones que generan eventos naturales como las erupciones, los incendios forestales, los huracanes, las inundaciones, las plagas, entre otros, que ocasionan alteraciones en los ecosistemas y que generan emergencias y desastres en las sociedades. Esas amenazas o promotores de riesgo, han podido ser evitadas por los pueblos tradicionales mediante dispositivos culturales, con lo que ninguna de esas amenazas externas, supone peligro de desaparición para los ecosistemas o sociedades afectados, que pasada la emergencia, empiezan a recuperarse y luego florecen nuevamente.

En contraste con las amenazas naturales, las que generan los procesos de desarrollo, que son de carácter tecnológico, tienen un desenlace opuesto. Dado su alcance, persistencia y complejidad, estas amenazas ocasionan efectos negativos que no pueden ser evitados por los sistemas naturales y sociales,

ni existe forma de recuperación posible. Estas amenazas vulnerabilizan a los ecosistemas y a las sociedades y, las deja en riesgo de desaparición. Las sociedades a las que Alcorn denomina ecosistémicas, son particularmente sensibles a este tipo de impactos y muchas de ellas ya han desaparecido como consecuencia directa de ellos.

Biólogos y ecólogos que han estudiado casos de perturbaciones sociales y ecológicas, han coincidido en que las respuestas óptimas a éstas, son la adaptación y la resiliencia. Las perturbaciones, en este contexto, son cambios que se producen como parte de la dinámica de los ecosistemas y de la sociedad y que tienen efectos positivos o negativos en una determinada área natural o comunidad humana (Olsson 2003 y Folke s/f). Ejemplos de perturbaciones ecológicas y sociales son los incendios forestales, los huracanes, las inundaciones, los desastres (naturales o antropogénicos), las epidemias, las revoluciones y las políticas de desarrollo.

Adaptación es un proceso mediante el cual los sistemas sociales y naturales mantienen sus estructuras en un nivel sostenible, frente a cambios de distinto tipo. Los sistemas humanos tienen una gran capacidad de adaptación, habiendo florecido en prácticamente todos los ecosistemas de la tierra. Adaptación implica no sólo la capacidad para vivir en un entorno dado, sino también para hacer frente a sus efectos adversos y recuperarse de ellos. Peterson (2000) afirma que "individualmente o en grupos, los humanos, pueden anticipar y prepararse para el futuro en un grado mucho mayor que los sistemas ecológicos" (2000: 324).

Resiliencia es "la capacidad de un sistema para absorber cambios y variaciones sin pasar a un estado diferente, en el que las variables y procesos que controlan la estructura y comportamiento cambien súbitamente" (Holling 1996: 735). De una manera más amplia, resiliencia ha sido definida como: a) "la cantidad de cambio que un sistema puede sufrir, mientras continua manteniendo control sobre su estructura y función; b) la capacidad del sistema a auto-organizarse; y, c) el grado en el que el sistema es capaz de aprender y adaptarse" (Carpenter y otros, 2001). El concepto de resiliencia social aún se encuentra en construcción, pero generalmente se admite que es la capacidad de los grupos humanos y de los individuos, de enfrentar y/o adaptarse a una adversidad y de recuperarse de los impactos causados por ésta, para continuar llevando una vida normal.

Comprendiendo la noción de resiliencia, se busca prever la "probabilidad plausible de cambios futuros" (Cumming et al. 2005: 984) ante la perturbación de los sistemas ecológicos y sociales. El conocimiento de los mecanismos de adaptación, por otra parte, han permitido entender los niveles de resiliencia que los pueblos tradicionales han alcanzado y cómo, de esta manera, podrían enfrentar las amenazas externas que significan los eventos naturales, y conducir procesos efectivos de recuperación cuando las emergencias y desastres los han golpeado.

3.3. Adaptación y resiliencia de los pueblos indígenas, ante las amenazas naturales

Los pueblos indígenas han desarrollado conocimientos y prácticas que los permiten adaptarse a ecosistemas frágiles, hacer frente a perturbaciones naturales y desastres, y a sobrevivir sin una economía de acumulación, al margen de las sociedades predominantes. Este es el caso, por ejemplo, del pueblo Huaorani de Ecuador, que viven en zonas frágiles de la selva amazónica. Irónicamente, la fragilidad ecológica de la zona en que vive este pueblo, les ha protegido de injerencia externa a lo largo de los siglos (Rival 2002), pues se adaptaron a este ecosistema y son resilientes a las amenazas allí existentes.

Cuando las alteraciones sociales o naturales afectan a las sociedades tradicionales, existen medios culturales para enfrentar las amenazas, que incluyen tanto medidas para la prevención de los impactos negativos de esas amenazas, como de recuperación para el caso de ser afectados negativamente. Estas estrategias son parte de las instituciones sociales consuetudinarias e implican un conocimiento y control completos del medio ambiente local. Utilizando estrategias culturalmente desarrolladas para hacer frente a dificultades sociales, los indígenas han sido capaces no sólo sobrevivir catástrofes, sino también, de prosperar luego de ellas (Oliver-Smith 1994: 34).

Las estrategias para hacer frente a perturbaciones naturales son transmitidas intergeneracionalmente. Sin embargo, éstas podrían ser olvidadas en medio de procesos de aculturación o simplemente ser ineficaces ante perturbaciones desconocidas, inesperadas o de rápida evolución, como son una falla tecnológica, la construcción de carreteras, la ejecución de proyectos como plantaciones y represas hidroeléctricas, que cambian la ecología de la

zona. Este tipo de estructuras o procesos de desarrollo económico, aunque pensadas para el bienestar social, constituyen al mismo tiempo, situaciones generales e indirectas de riesgo que afectan a toda la sociedad[3]; y, para los grupos tradicionales que habitan en las áreas de influencia, esas obras constituyen amenazas específicas y directas.

Históricamente, los grupos indígenas tienden a ser culturalmente resilientes ante las amenazas naturales y los desastres, lo cual reduce las tensiones durante el proceso de recuperación. Torry (1979) señaló que las sociedades tradicionales han mostrado una capacidad para mantener la estabilidad social a largo plazo en ambientes naturales difíciles, lo cual denominó como un mecanismo homeostático. Según este enfoque, una sociedad afectada tiende a volver a la condición social existente antes de ser afectada por una amenaza natural o un desastre. En tales casos, las sociedades tradicionales utilizan varias estrategias para mantener la estabilidad, como son: a) la dispersión, donde la gente evita o minimiza los efectos de un desastre moviéndose a diferentes lugares; b) el intercambio económico inter-étnico, que ofrece la posibilidad de superar las limitaciones ambientales que amenazan la prosperidad bajo un régimen de aislamiento; c) la restricción o promoción de ciertas actividades a fin de recuperar de los efectos de una catástrofe; y, d) la imposición de normas o el uso de rituales para suprimir o mitigar los efectos de desastres (Torry 1979).

Analizando las respuestas de los pueblos indígenas de los Andes precolombinos ante los riesgos, Oliver-Smith, (1999), reconoce cinco patrones básicos de adaptación: 1) control de niveles ecológicos múltiples; 2) patrones de asentamiento dispersos; 3) materiales y técnicas ambientalmente apropiados de construcción; 4) mecanismos de preparación; y, 5) ideología y modos de explicar las amenazas (Oliver-Smith 1999:77). Estas estrategias de adaptación han sido exitosas en los pueblos andinos durante siglos, para enfrentar los efectos de los desastres. Por otro lado, estudiando al pueblo indígena Tonabela de Pilahuín, en los Andes centrales de Ecuador, López Cando y otros (2002), y Real (2009) corroboran algunos de los aspectos señalados por Oliver-Smith, mencionando técnicas de dichos indígenas para evitar ser afectados de manera grave por algún riesgo. Entre éstas, se citan a las siguientes:

3 Este es el riesgo sempiterno e inevitable que caracteriza a la sociedad moderna. Ulrich Beck, sociólogo alemán, profesor en la Universidad de Munich, Alemania, acuñó la frase "sociedad del riesgo", con la que tituló uno de sus libros más conocidos.

- Dispersión geográfica de poblados y baja densidad demográfica. De esta manera se logró controlar varios pisos climáticos y así asegurar variedad de productos alimenticios. Igualmente, siendo pequeñas las comunidades, éstas son autosustentables;
- Siembra de productos agrícolas diversos en lugares también diversos, creando "archipiélagos" territoriales. Así, en caso de heladas, plagas o sequías que destruyan las cosechas de un lugar, se mantienen inafectadas las de otros lugares;
- Instituciones sociales como la minga, el compadrazgo, el priostazgo, el trabajo a reciprocidad, entre otras, que servían para mitigar problemas económicos comunitarios o familiares;

Por otro lado, algunos descubrimientos desde el campo de la ecología histórica, también nos dan cuenta de procesos milenarios de adaptación de los pueblos indígenas, a las condiciones naturales de las áreas en las que habitan. Y, más allá de adaptación, también existen verdaderos procesos de "humanización" de los ecosistemas naturales. Por ejemplo, hay evidencias de que los ecosistemas amazónicos no son exclusivamente "naturales", sino que existe en ellos la influencia sostenida y paciente de los pueblos nativos, que durante siglos modificaron esta área. Por ejemplo, las llamadas "terra preta do indio" en Brasil, son enriquecimientos artificiales del suelo con un alto poder de mantención de los nutrientes. Todavía un misterio como los indígenas, hace cientos de años lograron crear estos suelos, en la actualidad constituyen los más ricos de la cuenca amazónica, habiendo sido controlados hoy por empresas y hacendados que sacan enorme ventaja de esta tecnología tradicional (Gladder, et al. 2001). En la amazonía ecuatoriana, se ha probado que el bosque húmedo entre los ríos Napo y Curaray, el hogar tradicional del pueblo Huaorani, es un ecosistema intervenido durante cientos de años por dicho pueblo. Cuando éstos se trasladan frecuentemente de una zona a otra, no lo hacen al azar, sino que rotan periódicamente por áreas sembradas por sus antepasados, con especies vegetales seleccionadas tanto para proveer de los frutos y productos claves, como para atraer a las especies animales en los que se basa su dieta (Rival 2002). Otros ejemplos de "domesticación" de ecosistemas en varias partes del mundo, son narrados por Balé (2009), Dillehay (1990), entre otros.

La revisión precedente, muestra la existencia de procesos naturales y sociales de adaptación, resiliencia y recuperación, en el contexto de ecosistemas culturalmente enriquecidos. Así, naturaleza y sociedad se han acoplado de una manera simbiótica a lo largo de cientos de años en los que los pueblos tradicionales han podido generar tecnologías, ritos, modos de explicación; y, en general, dispositivos culturales que les han permitido aprovechar sustentablemente los recursos locales, evitar ser afectados de manera irreversible por los eventos naturales y mantener viables los procesos sociales internos, necesarios para su reproducción cultural.

No obstante lo fuertemente arraigado que en las culturas tradicionales se encuentran esos procesos defensivos, éstos pueden ser inutilizados cuando amenazas de mayor alcance e intensidad como las que suponen ciertos proyectos de desarrollo, irrumpen en esos pueblos y/o en los ecosistemas de los que obtienen su subsistencia. En esos casos, estos grupos pierden los medios materiales de subsistencia que les proveen los ecosistemas, y sus mecanismos de adaptación y resiliencia, quedan severamente limitados o inutilizados, quedando así, en condiciones de extrema vulnerabilidad.

IV. Desarrollo y transformación de los sistemas sociales y ecológicos

El desarrollo económico y la tecnología han sido consideradas dos de los más poderosos elementos de alteración de los sistemas sociales (UNDHA de 1995, Pelling 2003), y ecológicos (Vitousek et al 2001, Holling 1996). Ambos tipos de perturbaciones son capaces de provocar cambios negativos, súbitos e irreversibles, de los que el sistema afectado, con frecuencia, no puede recuperarse. Sin embargo, debido a que el desarrollo económico y la tecnología son asumidos como vehículos para el bienestar general, los efectos negativos no siempre son percibidos por la sociedad. Por esto, la ruptura de los mecanismos naturales en los ecosistemas y la destrucción de los procesos de adaptación y resiliencia social que han sido culturalmente generados por los pueblos nativos, han sido invisibilizados en todos los proyectos de desarrollo.

El capitalismo y el socialismo, aunque distintos en lo ideológico, tienen un carácter similar en cuanto a su naturaleza acumulativa, productiva y de

expansión económica. Ambos sistemas están basados en la idea de la industrialización y producción ilimitada de bienes, por lo que el extractivismo de recursos naturales es una actividad central en los dos tipos de regímenes, cuyas economías, en la actualidad, se encuentran fuertemente entrelazadas e interdependientes. La economía globalizada, en la que hoy vive gran parte de la humanidad, necesita, por tanto, de la incorporación masiva de recursos humanos y naturales para la producción de bienes. Es por esto que las políticas neoliberales han promovido la desregulación del trabajo, la circulación de capitales y el acceso a las fuentes de materias primas, conduciendo a la reprimarización de la economía (SENPLADES 2009).

El acceso a las fuentes baratas de materias primas ha llevado a explorar todos los ecosistemas aún no intervenidos en busca de recursos naturales. Algunos de esos ecosistemas, constituyen el hogar de grupos indígenas, que han vivido en ellos por cientos de años, aún desde antes de la conformación de los estados nacionales. Al intervenirse económicamente en esos ecosistemas, se produce la ruptura de las economías de subsistencia indígenas y, a menudo, la transferencia de tierras de estos pueblos para proyectos capitalistas, lo que da como resultado la migración y desplazamiento (Naciones Unidas 2002). En Ecuador pueden verse estos efectos en varias zonas rurales y ecosistemas naturales en donde ha ocurrido una transferencia masiva de terrenos de propiedad de campesinos e indígenas dedicados a procesos económicos de subsistencia, que han sido adquiridos a precios irrisorios por inversionistas para la producción agroindustrial. Estos casos han sido frecuentes en el norte de Esmeraldas, cuyos bosques primarios, tradicionalmente en manos de comunidades afro-ecuatorianas y de indígenas Awá y Chachi, han pasado a manos de empresas dedicadas a la producción de palma de aceite.

Ya desde mediados de la década de 1990, se ha venido insistiendo en los efectos que las políticas de ajuste han tenido en ciertos grupos sociales. Por ejemplo, la Cumbre Mundial de las Naciones Unidas para el Desarrollo Social, celebrada en Copenhague, Dinamarca, en 1995, reconoció el doble efecto de la globalización en la sociedad, que por un lado "abre nuevas oportunidades para el crecimiento económico sostenido y el desarrollo de la economía mundial, especialmente en los países en desarrollo", pero al mismo tiempo, "los procesos de cambio y ajuste de rápido han estado acompañados

por la intensificación de la pobreza, el desempleo y la desintegración social. De esta manera, las amenazas al bienestar humano, en la forma de riesgos ambientales, también han sido globalizadas"(UNWSSD 1995).

Los efectos de la globalización económica son también negativos para los sistemas naturales. Aunque el crecimiento económico impulsado por los ajustes estructurales podría mostrar cierta mejora en el cálculo del producto nacional bruto de los países, pero los efectos ecológicos son devastadores. Las actividades económicas como la maderera y la agrícola, la pesca, entre otros, en los sistemas naturales están transformando los elementos básicos, aire y agua y modificando los ecosistemas del planeta. Las consecuencias de estas actividades tales como el cambio climático y la pérdida de diversidad biológica, son globales, irreversibles e interconectadas y podrían reducir la capacidad de producir materias primas en el futuro (Vitousek et al 2001). La tendencia de la globalización a promover cambios en los sistemas sociales y naturales tiene una fuerza de perturbación sostenida, en donde quienes sufren sus consecuencias son aquellos que viven en la confluencia de los sistemas sociales y ecológicos, tales como los pescadores, los agricultores, campesinos, y los pueblos indígenas, entre otros.

La destrucción acelerada de ecosistemas marinos y terrestres, está generando problemas locales y globales como la disminución de reservas ictiológicas, la eliminación de los manglares y marismas; la deforestación, los aludes, incendios forestales, inundaciones, entre otros, que aunque en apariencia inconexos, tienen en común que constituyen efectos de las presiones socioeconómicas extremas a que están siendo sometidos los ecosistemas y el ambiente en general. En una escala global, el denominado efecto invernadero y el cambio climático que como consecuencia ocurre, está causando fenómenos meteorológicos violentos, huracanes, lluvias torrenciales, deshielo de los glaciares, subida del nivel del mar, sequías y desertización, entre otros. Los efectos sociales de los problemas locales y globales mencionados, son catastróficos, especialmente debido a la asiduidad con la que están ocurriendo los desastres, los gigantescos desplazamientos humanos que se provocan, la falta de alimentos en algunas regiones, debido a la erosión, entre otros hechos derivados de las alteraciones ambientales.

La gran preocupación ambiental que hoy existe es debido a que la destrucción o degeneración de varios ecosistemas planetarios ha sobrepasado ya

los denominados valores umbral, o que la resiliencia de esos ecosistemas ha sido anulada o disminuida. En investigaciones recientes se ha observado que la destrucción de ecosistemas no es, como antes se tenía entendido, un proceso gradual del que estas áreas pueden recuperarse una vez que se eliminan las presiones que sobre ellas se aplicaron; sino que, una vez que se ha pasado de cierto nivel de degradación, o umbral, se producen cambios abruptos e irreversibles. Esto significa que aunque se apliquen ciertas medidas de remediación a los ecosistemas ya degradados, éstas podrían ser ya ineficaces desde el punto de vista ecológico, pues el ecosistema original fue transformado y nuca más retornará a sus condiciones anteriores de equilibrio. Esto significa que ese ecosistema no generará más los servicios ambientales que usualmente proveía, no albergará la biodiversidad que allí existía, ni que en él se reproducirán o desarrollarán las condiciones hidrológicas, bioquímicas, físicas, entre otras, que allí ocurrían.

En el contexto de destrucción de ecosistemas que ocurre en el contexto de la globalización económica, los pueblos indígenas tradicionales que moran en esos ecosistemas, se encuentran en la primera línea de peligro de ser afectados, tanto en sus culturas como en sus posibilidades reales de permanencia física.

4.1. Desarrollo económico y vulnerabilidad social en los territorios indígenas

El desarrollo económico afecta negativamente a las sociedades tradicionales de dos maneras. En primer lugar, ideológicamente, generando la idea de que las poblaciones indígenas son atrasadas, lo cual presiona subliminalmente a los decisores políticos para transformar a esas sociedades. En segundo lugar, el desarrollo afecta físicamente a los pueblos indígenas, al promover cambios irreversibles en los ecosistemas, en la tenencia y uso de la tierra, en los patrones de asentamiento, con lo cual, esos grupos son expuestos a mecanismos de degradación cultural por disminución de recursos, hostigamiento de grupos sociales que invaden sus tierras, saturación de costumbres no compatibles con la cultura local, entre otros efectos.

Por otro lado, las nociones de desarrollo en las políticas de estado no han incorporado la forma de vida de los pueblos tradicionales, así como han ig-

norado el rol del ambiente natural en los procesos sociales de esos grupos. Con estos vacíos, se ha promovido el uso de las tierras de estos pueblos, para proyectos masivos de desarrollo como son los de las industrias extractivas, las presas hidroeléctricas, las plantaciones y carreteras (Bodley 1990). Estos proyectos se caracterizan por la incorporación en los entornos indígenas, de grupos sociales extraños que ejercen un poder tecnológico, económico y político abrumador para las comunidades locales. Estos grupos externos, definen las nuevas reglas imperantes y transforman drásticamente los entornos naturales y sociales (Kimerling 2002: 525), promoviéndose así desplazamientos humanos, destrucción del ambiente debido a la contaminación del suelo de erosión, agua y aire, la destrucción de los bosques, las epidemias, sólo para citar algunos de los efectos nocivos de esos emprendimientos.

Los problemas físicos causados por los proyectos de desarrollo se interconectan con otros efectos que apuntan al mundo interior de la comunidad, como son, la ruptura de las redes sociales, la pérdida de la intimidad cultural, los enfrentamientos intra-comunitarios, en los que se debate sobre la aceptación o no de ciertas actividades en sus territorios, así como enfrentamientos con extraños que tratan de obtener el control sobre las tierras indígenas y los recursos naturales. Estos problemas privan a los pueblos indígenas de agua, alimentos saludables y los recursos naturales para la construcción de viviendas y otras prácticas culturales; y, lo que es vital, los privan de tranquilidad colectiva para continuar con sus dinámicas sociales. Por lo tanto, los habitantes tradicionales pierden el control sobre la base económica de su vida (la tierra, los recursos naturales, los alimentos y los conocimientos tradicionales), sobre sus elementos culturales, debilitándose así el tejido social y comprometiéndose así su capacidad para promover condiciones sostenibles para su reproducción social y material.

Impactos del desarrollo en las sociedades tradicionales

La infraestructura y las prácticas que se requiere para la extracción de recursos naturales y ejecutar otros proyectos de desarrollo, directamente o indirectamente afectan a las sociedades tradicionales. Obras físicas como, por ejemplo, la construcción de carreteras, establecimiento de campos pe-

troleros y oleoductos en tierras de pueblos tradicionales requieren de abundante mano de obra, por lo que se llevan grandes contingentes de obreros a zonas indígenas. Este nuevo grupo social interfiere con los procesos culturales locales y presenta el riesgo potencial de colonización y propagación de enfermedades. Una vez que se han construido carreteras, se incrementa la conectividad social y el flujo constante de personas, que alteran de manera negativa y a veces brutal, la vida de las sociedades tradicionales. Así se produce una competencia por los recursos naturales y la tierra; y, se introducen los peores valores de la sociedad externa, como son, entre otros, el consumo de alcohol y prostitución, la delincuencia y el tráfico de recursos naturales. Los grupos humanos no nativos, son agentes de modificación de los valores sociales y culturales locales.

La contaminación de ríos, lagos y del suelo, es otro efecto directo de estos proyectos de desarrollo, que disminuye la pesca y las oportunidades de caza de la población local. Esto expone a los pueblos indígenas a condiciones extremas de vida y crea riesgos a su salud.

La combinación de los efectos físicos, sociales y ambientales de las actividades de desarrollo en territorios indígenas, genera enormes efectos negativos en las culturas tradicionales, que incluso les pone en peligro de extinción cultural y/o física.

Los efectos de estas pérdidas y deterioros sólo son comparables a una gran perturbación como un desastre natural o incluso una guerra. Los problemas ecológicos y sociales que emergen con la introducción de proyectos de desarrollo en áreas indígenas, actúan lentamente hacia la aculturación de los pueblos indígenas y el deterioro de la relación con sus entornos sociales y naturales. El debilitamiento o pérdida de las instituciones tradicionales, de poder sobre la tierra y los recursos naturales y, por consiguiente, de autonomía, han contribuido a la disminución y desaparición de las estrategias de adaptación y resiliencia cultural. Esos cambios impiden que los grupos indígenas den respuestas eficaces a los peligros (Comfort et al. 1999). Estos pueblos, por lo tanto tienen que hacer frente a riesgos sociales y físicos sin las formas culturales de protección ante las amenazas naturales y sociales y sin su potencial de recuperación (Canon 1994). Estas circunstancias, agra-

vadas por las presiones económicas de la globalización, son la causa principal de la vulnerabilidad social de estos grupos humanos (Blaikie et al. 1994).

4.2. ¿Pueden los pueblos tradicionales resistir los impactos de la globalización?

La tendencia económica de crecimiento continuo de la producción y el consumo, conlleva a la exploración constante de fuentes de recursos naturales. El capitalismo busca ante todo, la optimización de la producción y la reducción de costos para mejorar los beneficios. Una forma de lograr esos objetivos, es la obtención de los recursos naturales de zonas y regiones en donde esos costos son menores. Este interés de los capitalistas ha sido compatible con las políticas de ajuste neoliberales, que convirtieron a las tierras indígenas en un destino para los proyectos de desarrollo. A esto hay que añadir el prejuicio que ha imperado en los políticos y los gobiernos, de que los pueblos indígenas deben ser modernizados y sus tierras desarrolladas.

Ante la situación señalada, es pertinente preguntar si los mecanismos tradicionales de adaptación y recuperación de los pueblos indígenas, serán eficientes ante el nuevo tipo de amenazas que suponen esas intervenciones. La resiliencia social, como ya se indicó, es la capacidad de los sistemas humanos para absorber perturbaciones sin poner en peligro su estabilidad (Gunderson y Holling 2002). Esta capacidad se basa en un conjunto de instituciones culturales diseñadas para adaptarse, para innovar y enfrentar las incertidumbres. La resiliencia es proporcional al grado de coordinación social interna y a la presencia de las instituciones que permiten a la sociedad adoptar medidas para remediar los efectos de las perturbaciones. Entre los elementos que determinan los mecanismos de resiliencia social, se citan:

- Conocimiento de los entornos micro-regionales y locales;
- Control sobre la tierra y los recursos naturales;
- Existencia de instituciones culturales para el manejo de recursos naturales;
- Capital social (relaciones, coordinación, identidad); y,
- Consolidación de modos de producción (de subsistencia o acumulación económica limitada)

Una sociedad tradicional, socialmente resiliente, adopta decisiones para enfrentar a los peligros que las amenacen. Aplicando estrategias culturales, esas sociedades buscan los siguientes objetivos: a) adaptarse a la nueva situación; b) lograr un bienestar sustentable; c) evitar o reducir la vulnerabilidad; y, d) recuperarse de un desastre. Como lo muestran Tory (1979) y Oliver-Smith (1994), las sociedades tradicionales tienen los elementos culturales necesarios para lograr condiciones de resiliencia, para adaptarse; o, de ser el caso, para recuperarse de las perturbaciones físicas o sociales que les han afectado.

Sin embargo de lo manifestado, los impactos que producen los proyectos de desarrollo, son en esencia desconocidos por los grupos tradicionales y, por tanto, no han diseñado estrategias culturales para evitarlos o adaptarse y, menos, para recuperarse de ellos.

Una mirada a los impactos que generan los proyectos de desarrollo (petróleo, minería, extracción maderera, entre otros), permite apreciar como éstos erosionan la seguridad social y ambiental de las comunidades nativas. Estos proyectos generalmente afectan, en forma directa, a los factores determinantes de las capacidades de recuperación social (control de la tierra y de los recursos naturales); e, indirectamente afectan a la capacidad para mantener la gestión de los recursos naturales y el capital social. En estas condiciones, las sociedades indígenas dependen cada vez más de medios externos de subsistencia y adoptan valores extraños que las llevan a la dislocación social.

Desarrollo en la selva tropical

En 1989, Petro-Canada, una empresa petrolera internacional, comenzó a construir la plataforma para un pozo en el territorio del pueblo indígena Huaoranis. Para ganarse el favor de los indígenas, esta empresa empezó a ofrecerles regalos. Así, varios clanes Huaorani empezaron a competir por los regalos ofrecidos por esta empresa, lo cual hizo temer un conflicto entre ellos. Para separar a los clanes y así evitar conflictos, Petro-Canadá construyó doce chozas para los Babeiri (un grupo de los Huaorani) en un área a lo largo de la llamada "Via a los Aucas", en donde había vivido el abuelo del líder clan. Este asentamiento de Babeiri creció en la medida que sus familiares se fueron uniendo. Expuestos a una carretera, los Babeiri per-

dieron su habitual aislamiento, pues un flujo constante de colonos, personal militar y trabajadores petroleros empezó a ocurrir en las proximidades del asentamiento, con los consiguientes problemas de interculturalidad forzada. El líder del clan comenzó a beber licor, debiendo iniciar un programa de desintoxicación. Algunas de las mujeres indígenas empezaron a trabajar como prostitutas para los trabajadores petroleros, y los hombres frecuentaron burdeles que se instalaron en el área. La dieta de animales y frutos silvestres, tradicional en este pueblo nativo, fue reemplazada con azúcar, arroz y conservas de atún, con lo que los Babeiri comenzaron a sufrir de problemas de desnutrición. Así, el tejido social del clan indígena comenzó a desintegrarse. (Brady 1997: 296).

Como un efecto de las actividades de desarrollo en las tierras indígenas, estas comunidades pierden su capacidad para mantener sus costumbres tradicionales y la cultura, lo que da como resultado una menor capacidad para hacer frente a las crisis sociales. Por lo tanto, la vulnerabilidad, que es la reducción o pérdida de la capacidad para anticipar, enfrentar, resistir y recuperarse de los impactos de los riesgos, es un resultado directo del choque que los pueblos tradicionales tienen con las actividades de desarrollo.

Algunos efectos de los proyectos de desarrollo en territorios indígenas

Debilitamiento del control sobre la tierra y los recursos naturales, que se produce a través de concesiones gubernamentales a empresas para explotar los recursos naturales, de la ocupación ilegal por parte de los colonos atraídos por las actividades económicas, por la tala ilegal, entre otros efectos. Este es el caso de la comunidad indígena Chachi, en cuyos territorios existen varios proyectos de extracción de madera (Robalino 1997).

Colonización: Esta es la amenaza más extendida a las tierras de los pueblos indígenas. Se promueve principalmente por la construcción de carreteras, pero también es desencadenada por cualquier actividad económica que se

implementa dentro o cerca de las tierras de los pueblos indígenas. Después de la construcción de la carretera para la exploración de petróleo, el pueblo Huaorani, por ejemplo, ha sufrido colonización masiva en sus tierras, trayendo como consecuencia múltiples problemas sociales y culturales, que incluyen enfrentamientos internos (Real 1994, Reuters 2003).

Problemas de salud: los pueblos indígenas no están protegidos biológicamente contra determinadas enfermedades, desconocidas en sus territorios. La entrada masiva de gente foránea (trabajadores, colonos, etc.), aumenta las posibilidades de propagación de enfermedades. Este es el caso de la mayoría de los grupos de la Amazonía ecuatoriana afectados por la industria petrolera. Los pueblos Siona-Secoya, Cofan y Huaoranis han sido afectados en su salud comunitaria, como resultado de los proyectos de desarrollo en sus territorios (CESR 1994).

Problemas ambientales: todos los proyectos de desarrollo producen contaminación. La minería, la explotación petrolera, las plantaciones palmicultoras y otros proyectos similares, producen desechos químicos o alteraciones ecológicas. Estos problemas impiden a los grupos nativos realizar sus actividades tradicionales de supervivencia como la pesca, la caza o la recolección de frutos silvestres (Sponsel 1997, Rose Johnston 1994).

Interrupción de la economía de subsistencia y ruptura de la sostenibilidad social: debido a los proyectos de desarrollo, los pueblos indígenas pierden el acceso a la tierra o a ciertos recursos en los que basan sus economías no monetarias. Los pueblos indígenas, a menudo sustituyen sus actividades tradicionales de subsistencia, con ciertas oportunidades económicas temporales como el turismo, el comercio de la vida silvestre y otros. Estas situaciones minan la sostenibilidad de las sociedades indígenas, pues las nuevas fuentes de subsistencia son temporales y, además, las alejan de sus mecanismos culturales de subsistencia.

Disminución del bienestar: la calidad de vida de los pueblos indígenas cambia drásticamente después de implantarse proyectos de desarrollo. En-

fermedades y vicios como el alcoholismo y la prostitución, afectan su calidad de vida. Las comunidades indígenas afectadas por las actividades petroleras en Ecuador, por ejemplo, muestran las mayores tasas de desnutrición y de enfermedades (CERV 1994).

Problemas internos: los cambios de costumbres y la adopción de valores externos después de las intervenciones de desarrollo, provocan fricciones intestinas. El alcoholismo y la prostitución causan problemas familiares. Surgen desacuerdos entre los diferentes grupos en una comunidad indígena. Por ejemplo, las empresas de minería y petróleo generalmente recompensan a algunos grupos a fin de obtener apoyo interno y rechazan a otros para evitar la unidad comunal (Brady 1997).

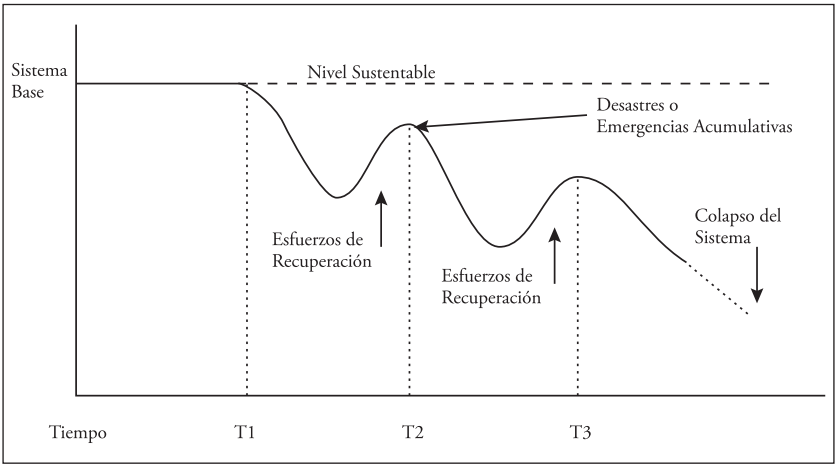
Desde que en 1986 se concesionaron áreas del pueblo Huaorani para la explotación petrolera, han ocurrido al menos diez enfrentamientos y masacres que han causado decenas de muertes de hombres, mujeres y niños. El peligro de nuevos enfrentamientos se mantiene (Associated Press 2003, Reuter 2003, Vargas y Galvez 2007).

4.3. Vulnerabilidad Social y Colapso Cultural y/o Físico

Cuando varias alteraciones golpean a una sociedad tradicional-por ejemplo la combinación de una sequía y de una epidemia-, ocurre la disminución de su capacidad de resistencia, de tal manera que el sistema social podría contraerse, si es que no recibe ayuda. Este proceso es explicado por Dyer (2001) como el modelo de "entropía puntuada", que ayuda a comprender cómo las sociedades tradicionales pueden declinar como consecuencia de alteraciones repetidas o acumulativas. Este modelo es definido como "la disminución permanente de la flexibilidad adaptativa que un sistema cultural tiene ante un sistema natural determinado, provocado por el efecto acumulativo de desastres o emergencias periódicas" (Dyer 2001:164). Esta situación predice y explica la no recuperación de ciertas sociedades después de un desastre. La acumulación de impactos significa que la oportunidad para la recuperación está comprometida por repetidas afectaciones al sistema social. Los desastres acumulativos son eventos naturales o sociales en serie o extendidos, de los

que es difícil recuperarse. Entre estos se incluyen los terremotos, las sequías extendidas, las políticas de estado que promueven proyectos de desarrollo que interrumpen la estabilidad social local, entre otros. La persistencia de estos eventos no permite que los pueblos afectados puedan aplicar sus respuestas de adaptación, conduciéndolas así a una "entropía puntuada" (gráfico 1). En este modelo, los impactos económicos, culturales y sociales son llamados "desastres secundarias" (Dyer 2001: 165).

Gráfico 1
Entropía puntuada



Fuente: Dyer 2001: 164

En el contexto de la apertura a proyectos de desarrollo, de los ecosistemas críticos para la supervivencia de pueblos indígenas, se producen impactos repetidos en períodos relativamente cortos. La construcción de carreteras; la ocupación del territorio indígena por parte de colonos; la propagación de enfermedades; la disminución de oportunidades de caza y pesca; la aparición de conductas delincuenciales; prostitución; tráfico de madera, etc., inducen estrés social en las comunidades Esos impactos externos, se suman a los de carácter natural (sequías, inundaciones, etc.), saturando las posibilidades de respuesta que tienen los indígenas.

Copados los mecanismos de respuesta de las comunidades indígenas, debido a impactos repetidos, éstas ya no pueden recuperarse completamente. Por cada desastre o impacto que deban soportar como efecto independiente o combinado de las actividades de desarrollo y de eventos naturales, sus esfuerzos de recuperación ya no pueden lograr el nivel de sustentabilidad cultural y socioeconómico que se requiere para mantener viable a la comunidad.

V. Derechos colectivos y supervivencia cultural y física

"Sobrevivieron a la llegada de Colón, a las enfermedades de Europa, a los dictadores, a la United Fruit Company y a la fiebre del caucho. Pero las prospecciones petrolíferas, las empresas madereras y los cultivos de soja no sólo les han espantado la caza sino que los han espantado a ellos mismos: pueblos enteros de nativos obligados a vivir cada vez más lejos de donde siempre estuvieron."

Francisco Peregil – El País. Madrid, 23/02/2009

El aspecto central de este trabajo es la discusión sobre el impacto que las políticas de desarrollo, particularmente en la forma de proyectos extractivos de recursos naturales, tienen sobre los sistemas naturales y sociales de los pueblos indígenas. Este impacto es de tal envergadura, que satura los mecanismos de adaptación y resiliencia que han generado estos pueblos; y, como consecuencia, a la vez que los deja en condiciones de elevada vulnerabilidad, los embarca en corrientes de declive cultural y físico de las que no pueden apartar y menos recuperarse. Todo el proceso que antecede a la vulnerabilización de estos pueblos, constituyen una situación de clara afectación a derechos humanos individuales y grupales.

Las decisiones para realizar proyectos de desarrollo, en los territorios de los pueblos indígenas se han basado en la política de integración o asimilación de estos grupos, a las sociedades predominantes. Esta noción fue abanderada por el Convenio OIT 107, que precisamente se denominó *"Convenio relativo a la Protección e Integración de las Poblaciones Indígenas y de otras Poblaciones Tribales y Semitribales en los Países Independientes"*. En este instrumento, ex-

presamente se definió a los indígenas como sociedades "menos avanzadas" que debían abandonar su identidad como forma de "avanzar" o lograr "el mejoramiento de su nivel de vida". La forma de lograrlo, era promoviendo el "desarrollo social, económico y cultural" en estos grupos y creando "posibilidades de integración nacional"[4]. Es decir, la forma de vida de esos pueblos, fue vista como un atraso, que solo el "desarrollo social, económico y cultural" podía superar. Así, la destrucción de la cultura tradicional fue vista como prerrequisito para alcanzar el desarrollo.

Ante esta debilidad conceptual del Convenio OIT 107, surgió un nuevo instrumento, el Convenio 169 de la OIT, sobre *"Pueblos Indígenas Tribales en Países Independientes",* suscrito en 1989, que instaló como nociones prevalecientes las de salvaguarda cultural y del medio ambiente de estos pueblos[5]. Pero, según ha sido notado en este estudio, pese a la enmienda conceptual de este instrumento, en relación a su predecesor, en el Convenio OIT 169, se mantiene la tendencia a empujar a los pueblos indígenas hacia contextos de desarrollo económico, lo cual es otra forma de asimilación. El artículo 7 de este Convenio, por ejemplo, señala que "los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural". Es evidente que a los pueblos indígenas no se les ha permitido decidir sobre los procesos de desarrollo que se han instalado en sus territorios, que han sido siempre impuestos. Así, la norma, asintiendo que existirán procesos de desarrollo, insinúa que los indígenas deberían "decidir sus propias prioridades", lo cual no ha sido una opción para esas comunidades, debido a la lógica de imposición en la que han ocurrido los proyectos de desarrollo.

Por otro lado, el artículo 15 del mismo Convenio señala que "en caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos

4 Véase artículo 2.2 del Convenio OIT 107.

5 Véase artículo 4 del Convenio OIT 109.

pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras." Aquí, también es visible la propensión del Convenio OIT 169 hacia situaciones de desarrollo cuyos efectos, como las evidencias históricas lo han mostrado, rebasan cualquier medida de prevención de impactos que se incorporara en ese tipo de proyectos y las propias defensas indígenas contra amenazas externas.

Aunque el Convenio OIT 169 establece que "los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación", es evidente que tiene un vacío respecto de los efectos de los proyectos de desarrollo, actividad que es bienvenida para la sociedad en general, pero en el caso de los pueblos indígenas, es de consecuencias lesivas para su estabilidad cultural y física.

La anulación de los mecanismos de adaptación y resiliencia debido a los impactos sociales y ambientales; y, la creación de condiciones de elevada vulnerabilidad, son dos esferas de afectación de derechos humanos, que son consecuencia directa de los procesos de desarrollo, sobre los que no existe protección para los pueblos indígenas. Esas afectaciones específicas son causantes de daños irreparables en el tejido social de esos pueblos y, consiguiente, de una potencia desaparición cultural y, en algunos casos, física.

5.1. Desarrollo y declive cultural de los pueblos indígenas

Históricamente, los pueblos indígenas han sido afectados por procesos de desarrollo que han tenido consecuencias fatídicas para esas sociedades. Conforme al análisis realizado, la imposición de políticas de desarrollo en el entorno natural y cultural de los pueblos indígenas, genera impactos que trascienden el rango de alteraciones a las que esos pueblos pueden resistir, adaptarse y recuperarse, por lo que éstos son vulnerabilizados y empujados a un procesos de inevitable declive cultural y, en casos extremos, de un peligro de desaparición física.

La imposición del modelo de desarrollo en los pueblos indígenas y sus territorios, ha ocurrido mediante la ejecución de políticas programáticas de desarrollo socioeconómico; y, a través de la ejecución de proyectos de desarrollo, en especial de extracción de recursos naturales. En el primer caso, se

trata de planes diseñados para difundir técnicas productivas, formas organizativas, estrategias de salud comunitaria, entre otras acciones, en las que los indígenas reciben cierta capacitación e información práctica, que les facilita su involucramiento en la sociedad de consumo y en las relaciones capitalistas de producción.

La segunda forma de asimilación, la más común, son los proyectos de desarrollo, que incluyen la construcción de infraestructura (carreteras, represas, complejos industriales), y la extracción de recursos naturales renovables o no renovables. En estos casos, los pueblos indígenas constituyen elementos accidentales del proceso impuesto, pues éste no tiene como objetivo el desarrollo de esos pueblos, sino la obtención de recursos naturales de sus territorios. Debido a la presencia de estos grupos, generalmente se incluyen también en los proyectos, planes sociales (de carácter filantrópico en su esencia), que son totalmente tributarios a la actividad principal. Lejos de un "mejoramiento del nivel de vida" de los indígenas, este tipo de proyectos genera profundos impactos en su sociedad.

En los dos casos de intervenciones de desarrollo ocurren transformaciones o pérdida cultural indígena, pero en los proyectos extractivistas de recursos naturales, los cambios son violentos, produciéndose una serie de impactos materiales e ideológicos, que no pueden ser absorbidos o procesados por los mecanismos de resiliencia, adaptación, respuesta y recuperación que estos pueblos han generado como parte de su dinámica social para enfrentar a las amenazas externas. Estos proyectos, básicamente tienen como objetivo la construcción de infraestructura como carreteras, campamentos, represas hidroeléctricas; la perforación de pozos petroleros, la apertura de minas, entre otras actividades. Este conjunto de actividades, generan la alteración o contaminación de los elementos naturales suelo, agua y aire; la destrucción de bosques; la pérdida acelerada de la biodiversidad del área; y, la implantación de lógicas sociales y productivas distintas, que afectan a toda el área de influencia del proyecto. Estos impactos ocasionan transformaciones en cada ámbito de la cultura, de la cotidianidad comunitaria y de la seguridad socioambiental de los grupos indígenas.

Aunque los instrumentos sobre derechos colectivos destacan el respeto al derecho a la tierra como la base del mantenimiento cultural de los pueblos indígenas, sin embargo no se garantizan el derecho a mantener ecológica-

mente viable la naturaleza de los territorios indígenas, como manera de asegurar la continuidad cultural. La ruptura del equilibrio ecológico es implícitamente promovida, mediante el reconocimiento de que los estados pueden disponer de las tierras indígenas en actividades de desarrollo. En consecuencia, la doctrina de los derechos colectivos tienen aún que estructurar mecanismos para evitar formas de afectación de derechos humanos, a través de actividades lícitas y deseables para la sociedad en general, como es el desarrollo económico, pero que resultan negativas para la cultura de ciertos grupos sociales.

La degradación ambiental, que es causa de debilitamiento del tejido social de los pueblos indígenas "ecosistémicos", ha sido calificada por las Naciones Unidas como "una emergencia crónica y silenciosa que amenaza el bienestar de los más pobres del mundo" (UNPD 1999:43), genera condiciones de inseguridad ambiental en la forma de transformación o destrucción de ecosistemas por contaminación o sobreexplotación de recursos. Cuando un proceso de degradación ambiental y ecológica ocurre en los territorios indígenas, estos pueblos no pueden acceder, en forma temporal o definitiva, a algunos de los recursos que necesitan para su supervivencia. Esto genera competencia interna por recursos escasos, lo cual empuja a que toda la población indígena realice en condiciones de estrés, sus actividades de recolección u obtención de alimentos y otros recursos para subsistir. Esta fusión de vulnerabilidad con dificultades para acceder a los recursos tradicionalmente utilizados para su subsistencia, incide en la generación de situaciones de inseguridad, que podrían generar crisis, emergencias y desastres al combinarse con alguna amenaza externa como son los eventos naturales (lluvias, inundaciones, sequías, entre otras). Este escenario, que es frecuente en las áreas de expansión de la frontera económica, muestra el enorme poder del sistema de desarrollo para convertir y mantener a ciertos grupos sociales en condiciones de vulnerabilidad (Bankoff et al 2004, Beck 1992 y 2000) y, por tanto propensos a sufrir los efectos de fenómenos súbitos de carácter natural o antrópico, que ocurran en sus áreas de residencia.

La dinámica socioambiental que se genera en los territorios en los que se imponen proyectos de desarrollo, galvaniza un conjunto de factores socioeconómicos que, de manera persistente, crean condiciones futuras de vulnerabilidad o de riesgo para ciertas comunidades, lo cual podría o no, ser

advertido por éstas. Un ejemplo de esta dinámica, ocurrió en los primeros años de la actividad petrolera en la provincia de Sucumbíos, cuando a mediados de la década de 1960, se abrieron pozos petroleros en áreas habitadas por el pueblo Tetete, que corresponde a la actual ciudad de Lago Agrio. La constante colonización del área, más los impactos ambientales y ecológicos causados por la actividad petrolera, debilitaron en forma extrema al tejido social de dicho pueblo y socavaron su base ecológica de reproducción social. Sin áreas para sus prácticas de caza y pesca y circundados por procesos socioeconómicos nocivos para su composición cultural, el Tetete, es hoy un pueblo extinto (Lyons 2004, Miller 2003, OEA 1997, CONAIE s/f).

Encontrándose la economía mundial en pleno proceso de expansión, que es un requisito ineludible para recuperarse de las periódicas crisis que son inmanentes al sistema, es previsible que todos los países buscarán incorporar nuevas áreas de la naturaleza a las economías nacionales y, en definitiva, a la economía globalizada. Buena parte de los ecosistemas aún no incorporados, son los de los pueblos indígenas, por lo que es necesario que cuanto antes se establezca un sistema normativo que proteja de manera efectiva la cultura de esos pueblos y el entorno natural en el que se reproducen.

5.2. Los derechos colectivos y la pérdida de la cultura de los pueblos tradicionales

Incuestionablemente, las últimas décadas han testificado un avance significativo en la protección de los derechos de los pueblos indígenas. A más de las garantías generales sobre los derechos humanos, los pueblos indígenas han sido dotados de un amplio marco normativo específico para proteger su cultura. Sin desconocer este hecho, existen aún vacíos que impiden la protección de estos pueblos, no solamente como grupos humanos, sino también como entidades culturales, políticas y sociales, desarrolladas en contextos históricos, ecológicos y sociológicos diferentes que los de la sociedad mayoritaria. Este vacío alimenta la tendencia de forzar transformaciones en estos pueblos, lo cual significa cambios extremos, que rompen sus resguardos culturales, amenazando así su estabilidad comunitaria.

Dos aspectos se mantienen imperturbables en relación a los pueblos indígenas. La persistencia de los instrumentos jurídicos y de las políticas na-

cionales e internacionales, de considerar, que el mejoramiento de las condiciones de vida de estos pueblos solamente ocurrirá a través de su asimilación a la sociedad mayoritaria de los países; y, la implantación de proyectos de desarrollo en sus territorios. Estos dos aspectos confluyen con la actual tendencia extractiva de recursos naturales.

Los instrumentos normativos sobre derechos indígenas, reconocen "la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios"[6], por lo que se garantiza la propiedad y posesión de las tierras que tradicionalmente ocupan[7]. Otros derechos complementarios establecen la seguridad alimentaria, el acceso a la educación, a la salud, entre otros Sin embargo del reconocimiento de estos derechos a los pueblos indígenas, se mantienen sobre ellos la presión desarrollista tanto sobre sus culturas como sobre sus territorios.

En la nueva configuración geopolítica y económica internacional, los países emergentes económicamente se encuentran en una denodada pugna por asegurar fuentes de materia prima y recursos energéticos, con lo cual la amenaza a los territorios indígenas es constante. La implantación de industrias extractivas y otros proyectos de desarrollo, ha sido considerada una facultad de los estados en todas las convenciones sobre derechos indígenas. De manera implícita como explícita, se asume que los territorios de pueblos indígenas serán sujetos de intervenciones desarrollistas. Por ejemplo, el artículo 15 del Convenio OIT 169, num. 1, indica que "Los derechos de los pueblos indígenas a los recursos naturales existentes en sus tierras, comprenden la participación en la utilización, administración y conservación de dichos recursos"; y, "en caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados". Esta consulta, sin embargo, en ningún caso da atribución a estos pueblos a elegir si admiten o no la ejecución de un proyecto de desarrollo en sus territorios. En el caso ecuatoriano, los

6 Artículo 13 del Convenio OIT 169.

7 Ver, por ejemplo art. 14, numeral 1 de la OIT 169; art. 26 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas; y, artículo 57, numerales 4 y 5 de la Constitución Política del Ecuador.

pueblos indígenas tienen el derecho a "la consulta previa, libre e informada,… sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente…. Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley". Una de las leyes que regulan la extracción de recursos naturales, la Ley de Minería, por ejemplo, establece la "libertad de prospección"[8], sin que las excepciones previstas incluyan a los territorios indígenas. Es decir, en la práctica, la consulta a las comunidades no es garantía de decisión sobre los recursos existentes en su territorio.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas[9], establece que "los Estados adoptarán medidas eficaces para garantizar que no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado"[10]. Sería por demás curioso que un grupo social pueda admita que sus tierras reciban desechos peligrosos y es aún más curioso que se insinúe que una posibilidad de éstas ocurriría en territorios indígenas. Esto, no obstante, tiene sentido solamente si se considera que estas tierras son al momento uno de los objetivos para instalación de industrias extractivas mineras o petroleras y otras, con un potencial elevado de generación de residuos tóxicos. La consulta a los pueblos indígenas sobre si aceptan o no estas actividades, podría ser ineficaz, pues ninguno de esos pueblos conoce el alcance destructivo que esos desechos tienen para el ambiente y menos sus implicaciones ambientales y culturales. Por lo tanto, la intención de la disposición citada, es de solamente dejar en claro que este tipo de situaciones puede ocurrir en los territorios indígenas.

Otro aspecto relevante del sistema de derechos colectivos es el llamado a los gobiernos para que se compense o repare a los pueblos indígenas en casos de utilización de sus territorios en proyectos de extracción de recursos naturales. Esto, que parece una medida justa, y suponiendo que esas compensaciones ocurrirían en la realidad, está establecido sobre aspectos que el dinero no puede compensar. La destrucción del tejido social comunitario

8 Ver, artículo 28 de la Ley de Minería.

9 Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 13 de septiembre de 2007.

10 Artículo 29 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

que esos proyectos acarrean, la alteración del estilo de vida de los indígenas, la obstrucción del acceso a áreas de caza y pesca, entre otras, no pueden ser monetizadas. Esos daños implican un declive y destrucción de la cultura de esos pueblos, efectos para los que cualquier compensación es irrelevante en términos de lograr evitar o revertir con ella, esas consecuencias.

El sistema de las Naciones Unidas y el corpus jurídico sobre derechos humanos, que fue creado como directa reacción a las atrocidades que se produjeron en la Segunda Guerra Mundial, no ha podido hasta hoy evitar el colapso cultural de las culturas tradicionales, debido a acciones deliberadas de desarrollo, cuyos efectos destructivos son de sobra conocidos. Si bien es cierto que este sistema jurídico ha garantizado de manera amplia los derechos humanos a la vida, a la salud, a la alimentación, a no recibir tratos inhumanos, entre otros, pero no han podido impedir la imposición de estrategias ideológicas, económicas y tecnológicas en los territorios indígenas, lo cual promueven el declive cultural y, en algunos casos físico, de los pueblos que allí habitan. Esas estrategias, que son promovidas en territorios comunitarios indígenas, sin mecanismos de precaución cultural, tienen como efecto directo la pérdida de las capacidades de adaptación y resiliencia que estos pueblos han tenido tradicionalmente. A través de las políticas de desarrollo que todos los instrumentos internacionales promueven, se ha logrado enormes transformaciones en el escenario cultural de los pueblos que habitan los últimos ecosistemas inalterados del mundo. Es decir, el sistema de derechos humanos, incluidos los específicos de derechos colectivos, lejos de garantizar la permanencia de los pueblos tradicionales, han justificado las políticas de desarrollo que, con sobradas pruebas, han sido nefastas para esos pueblos.

Por otro lado, las políticas de desarrollo que desde hace varias décadas están siendo llevadas a ecosistemas cada vez más remotos, han mostrado de manera fehaciente su nocividad para los sistemas naturales. La desaparición o destrucción de ecosistemas críticos como los marinos, los páramos, los bosques, entre otros, y la consiguiente extinción de especies, ha sido directamente vinculada a la ejecución de proyectos de desarrollo en áreas naturales. Estas consecuencias, que también afectan a los pueblos nativos, son igualmente una amenaza a toda la humanidad, pues el cambio climático, es el efecto en el que se traducen todos los impactos ambientales y ecológicos que ocasionan ese tipo de actividades productivas.

Lo analizado muestra que el sistema de derechos colectivos mantiene un vacío notable en la protección jurídica de los pueblos indígenas. Al no impedir o al menos regular la implantación de actividades de desarrollo en los territorios indígenas, este sistema, justifica la destrucción de las bases materiales y culturales de los pueblos tradicionales.

5.3. La noción de pérdida cultural y su impacto en los derechos humanos

Para gran parte de la población mundial, en particular para las comunidades urbanas cada vez más integradas en todos los continentes, la noción de pérdida cultural es una categoría conceptual abstracta, con pocas posibilidades de concreción. Se necesita mucha imaginación, desde la cultura imperante, para comprender que existen pueblos que se organizan bajo diferentes categorías ontológicas, que entienden el valor de la tierra, de sus frutos, de los lugares, de los elementos, de una manera muy distinta de la que se estila, por ejemplo, en cualquiera de las ciudades del mundo. Para una sociedad que usa, compra o vende la tierra, los árboles, el agua, es difícil entender el nivel de conexión que los pueblos tradicionales tienen con su tierra y por qué perderla o verla destruida conlleva un dolor existencial, una tristeza sempiterna, mayor a la que se tiene por la pérdida de un familiar íntimo. Tal vez solo comparable a la pérdida que un niño tiene de sus padres.

Duri Kemyat, un habitante del Atolón de Rongelap, en las Islas Marshall, cuyo pueblo fue obligado a abandonar su territorio debido a la lluvia radiactiva ocasionada por las pruebas nucleares norteamericanas a fines de los años 1940s e inicios de los años 1950s[11], en un poema espontáneo, manifiesta su dolor infinito al mirar su tierra destruida:

11 Desde 1946 hasta 1958, Los estados Unidos probaron 67 artefactos nucleares en las Islas Marshall. La más potente fue la explosión de la bomba "Bravo", detonada el 1 de marzo de 1954, en el Atolón Bikini. La bomba "Bravo" fue un artefacto de 15 megatones , 1.000 veces más potente que la bomba detonada sobre Hiroshima. (Kirsch 2001). Esta bomba fue diseñada para maximizar la lluvia radiactiva, afectando así a la población del Atolón de Rongelap, el área poblada más cercana al lugar de la prueba.

Antes el río no fue así,
esto me incita a llorar
Esos días, esos lugares están arruinados,
entonces siento que voy a llorar.
Donde yo hacía mis jardines,
el lodo se ha acumulado
Donde yo recogía camarones y pescaba,
es ahora un charco vacío…
Entonces siento que voy a llorar.
Antes, esto no fue así.
Nosotros no teníamos dificultad encontrando comida en nuestros jardines, o cazando.
Teníamos todo lo que necesitábamos,
Ahora estamos sufriendo y me pregunto por qué.
Duri Kemyat, 1996 (Kirsch 2001).

En Rongelap, hubo una destrucción total de los artefactos culturales (propiedad, tierra, memoria), de las relaciones sociales que se organizaron a través de la tierra, así como la capacidad de reproducir esas relaciones en el lugar en que tradicionalmente ocurrían (Kirsch 2001). En este caso, la población local quedó denudada en forma completa de todos los elementos materiales que su cultura registró, de las posibilidades concretas de poder continuar su tradición cultural. Aunque el Tribunal de Reclamos que se creó al efecto, estableció una elevada suma como compensación en favor de las víctimas, los daños ocasionados a ellas excedió lo que el dinero puede pagar.

En otro caso, que ocurre en Ecuador desde 1986, el estado empezó a concesionar bloques petroleros en el Parque Nacional Yasuní y territorio del pueblo indígena Huaorani (Real y Enríquez 1992). Estas concesiones incluyeron la construcción de una carretera de acceso al territorio tradicional del citado pueblo, la perforación de pozos petroleros, de piscinas para contención de residuos tóxicos, construcción de campamentos, entre otras instalaciones. Los Huaorani un pueblo que ha vivido aislado por varios siglos, ha establecido desde tiempos remotos, jardines productivos en toda el área de influencia cultural tradicional, que cubre el territorio comprendido entre los ríos Napo al norte y Curaray, al sur. Esta creación social en la selva tro-

pical amazónica, es invisible y desconocida para la sociedad externa, sin embargo, es gracias a ella que este pueblo ha podido sobrevivir por centurias en ese territorio sujeto a continuas amenazas naturales. Es por ese motivo que cuando los Huao deambulan en la selva, no lo hacen al azar, siguen las rutas trazadas intergeneracionalmente, para alcanzar los huertos creados por sus antepasados (Rival 2002)

Interpuesta una acción de amparo para evitar que los bloques petroleros en el territorio Huaorani, licitados en 1986, fueran entregados en concesión, el Tribunal de Garantías Constitucionales sentenció, primero a favor de la protección de ese territorio, pero presionado por las empresas petroleras, revertió el fallo, dejando vía libre a la explotación de esa área (Real y Enríquez 1992). Desde entonces, la explotación petrolera en el territorio del pueblo Huaorani, ha sido continua. Como consecuencia, este pueblo ha sufrido innumerables impactos de parte de los proyectos petroleros emplazados en su territorio. La construcción de carreteras, la apertura de la frontera agrícola, la generación de dinámicas socioeconómicas desconocidas para los indígenas, ha causado, en forma directa o indirecta, la vulnerabilización física y cultural de este pueblo. Hasta el momento, se han registrado casos de alcoholismo, prostitución, enfermedades venéreas, enfrentamientos, que ocasionaron no menos de 10 masacres y otros hechos aislados de sangre, que incluyen confrontaciones entre clanes del mismo pueblo, derivadas por las tensiones que se han creado debido a la pugna por el control de recursos naturales. Al menos una de las masacres, la ocurrida en el año 2003 en un sector aledaño al río Tiguino y que significó la muerte de niños, mujeres y hombres, es reputada como causada por miembros de un clan del mismo pueblo Huaorani (Vargas y Galvez 2007). Otras masacres, se presume que han sido causadas por individuos no-indígenas, que trafican la madera del territorio Huaorani (Reuters 2003), y que probablemente fue impedida de talar árboles por este pueblo.

La cantidad, complejidad y persistencia de los problemas que los Huaorani se encuentran sufriendo debido a dos décadas de actividades petroleras, rebasan los mecanismos culturales de respuesta a amenazas externas, que este pueblo dispone. Los enfrentamientos inter-tribales, el aparecimiento de problemas de alcoholismo, prostitución, entre otros, son un claro indicador de deterioro violento del tejido social de este pueblo, sobre el que gravita la ame-

naza de colapso cultural. Una parte de este pueblo, los denominados Tagaeri, se han resistido hasta la presente a mantener conexión con la sociedad externa, su nivel de vulnerabilidad se desconoce, pero se supone que es extrema. Sometidos a presiones múltiples, eliminados muchos de sus lugares claves para reproducir su cultura, destruidos sus artefactos culturales, los Huaorani son un pueblo en peligro de extinción.

En el contexto mundial, en las últimas décadas, el desarrollo económico ha sido causa directa para que muchos pueblos tradicionales, hayan sucumbido de manera silenciosa. El antropólogo brasileño Darcy Ribeiro, en su obra clásica "Os Índios e a Civilização", comenta la dramática depopulación que tuvo lugar entre 1900 y 1957 en la amazonía brasileña, período en el que 87 grupos étnicos desaparecieron (Carrere y Fonseca 2005: 103). El periódico The New York Times, por otro lado, informa que cada dos semanas desaparece un lenguaje nativo, estando la mitad de los 7.000 lenguajes que se hablan en el mundo, en peligro de desaparecer en este siglo (Wilford 2007).

Los efectos que las actividades de desarrollo tienen sobre los pueblos indígenas, constituyen un asunto concreto de violación de derechos humanos básicos, que no son abordados en los instrumentos internacionales y leyes sobre derechos colectivos. Aunque se conocen ya la manera cómo esas sociedades son afectadas en su estabilidad cultural o física cuando se llevan adelante proyectos de desarrollo en sus territorios, sin embargo el sistema legal aún no admite que los pueblos tradicionales tengan el derecho a mantener las estructuras ecosistémicas que garantizan su estilo de vida.

Pese a las evidencias históricas sobre los trágicos desenlaces que las actividades extractivas y otros proyectos ejercen sobre los pueblos indígenas, se mantiene aún en el sistema jurídico contemporáneo, y en particular en los derechos colectivos, la noción de integrar a los indígenas al desarrollo y de utilizar sus tierras en actividades extractivas. Es decir, se mantiene una política que conlleva al exterminio cultural de ciertos grupos sociales. El profesor Makau Mutua, de la New York State University (Estados Unidos), lamentó el tardío aparecimiento del sistema de derechos humanos, pues éste, según él, no fue creado para evitar "la esclavización de los africanos, con sus bárbaras consecuencias y genocidas dimensiones," o "la colonización de los asiáticos, africanos y latinoamericanos por los europeos, con sus escalofriantes atrocidades" (Mutua 2003: 3). El sistema que en la opinión del académico

norteamericano apareció tardíamente, fue según él, creado solamente cuando una tragedia racista afectó a un pueblo blanco, como ocurrió con el pueblo judío que sufrió de una política de exterminación durante la Segunda Guerra Mundial (Mutua 2003). De igual modo, hoy que existen comunidades amenazadas por actividades que socaban las bases materiales de su supervivencia, el sistema jurídico de derechos humanos no ha logrado aún evitar esos efectos, por lo que casos de colapso cultural y aún físico de esos pueblos, es un hecho previsible.

VI. Conclusiones

La discusión sobre los impactos de las políticas de desarrollo en los pueblos tradicionales y el significado de esos impactos para su supervivencia cultural y física, es relevante para el campo de los derechos humanos y colectivos. El centro de este análisis es la determinación de cómo una lógica de desarrollo económico somete a ciertos grupos sociales a condiciones de vulnerabilidad y los expone a riesgos que incluyen su desaparición cultural y aún física. Este problema se ha debatido en el campo de los derechos humanos ambientales, así como en los del riesgo, vulnerabilidad y gestión de desastres, pero no se han podido establecer medidas de prevención, que eliminen la fuente de las amenazas.

Los pueblos indígenas tradicionales han construido formidables mecanismos sociales de adaptación y resiliencia, que los han permitido mimetizarse en ecosistemas que han convertido en sus hogares. Esos mecanismos han sido fundamentales para generar formas de vida totalmente integradas a los ciclos ecológicos y para enfrentar y resistir a las amenazas naturales que con frecuencias afectan a esos ecosistemas, como son las sequías, las inundaciones, las plagas, las tormentas, entre otros. Y más allá de dar respuesta a los eventos naturales periódicos, esos pueblos han establecido mecanismos de respuesta y de reconstrucción, que los han permitido florecer luego de las emergencias y desastres que esas amenazas han ocasionado.

Inmersa en una globalización totalizante, la economía está promoviendo una rápida incorporación, en sus ciclos productivos, de los últimos ecosistemas no intervenidos del planeta. Esta tendencia, a más de causar profundos

impactos ecológicos de orden local, regional y global, está amenazando de destrucción al soporte físico de la supervivencia de los pueblos indígenas que en esos ecosistemas habitan. En este proceso, estos pueblos, por un lado, pierden aceleradamente la resiliencia social y su adaptabilidad al medio natural, logradas durante siglos de interacción con su entorno; y, por otro, adquieren una gran vulnerabilidad, que los pone en peligro de extinción. Así, la eliminación sistemática de las condiciones naturales en las que la vida social y la reproducción cultural de los pueblos indígenas se sustenta y la vulnerabilización a los que éstos son sometidos, constituye un desastre del que esas colectividades no pueden recuperarse.

Los derechos colectivos de los pueblos indígenas, generalmente garantizan las tierras ancestrales, las costumbres, los símbolos y otros elementos materiales que pertenecen a los pueblos indígenas. Sin embargo, estas garantías son poco o nada eficientes frente al deterioro silencioso y continuo que los proyectos de desarrollo ocasionan en las áreas de las que esos pueblos obtienen los bienes naturales para ejercer el derecho supremo que cualquier colectividad tiene, el de mantener su vida social y cultural. Sin una protección jurídica efectiva a ese derecho, estos pueblos son condenados a su desaparición étnica. Esta desaparición es forzada y, conociéndose en forma suficiente el proceso en la que esta ocurre, es, además, deliberada.

En momentos en los que el planeta se debate en una crisis ambiental de alcance total y que el mundo va consolidando sistemas jurídicos cada vez más estrictos en defensa de los derechos humanos, el desarrollo económico se ha mantenido como el paradigma intocable de transformación social. Pese a los impactos que ocasiona sobre ciertas comunidades, el tipo de desarrollo no ha sido sometido a restricciones en relación a su forma de intervención en los ecosistemas que mantienen a grupos comunitarios tradicionales.

Dado el vertiginoso avance de la economía sobre los últimos ecosistemas no alterados del planeta, el reconocimiento del derecho a mantener la cultura y la base natural de supervivencia de los pueblos tradicionales, es tarea pendiente para el sistema de protección de los derechos colectivos. Esta tarea es urgente cumplirla, en los ámbitos nacional e internacional, antes de que los últimos pueblos indígenas "ecosistémicos", vean colapsar sus culturas.

VII. Referencias bibliográficas

Alcorn, Janis y Antoinette G. Royo, Eds., Indigenous Social Movements and Ecological Resilience: Lessons from the Dayak of Indonesia. World Wildlife Fund, Inc, WWF, The Nature Conservancy, WRI, USAID. 2000

Associated Press, Breaking News: Ecuador Indian Leaders Probe Deadly Clash. Publicado en Mayo 29, 2003

Baleé, William, Landscape Transformation and Language Change: A Case Study in Amazonian Historical Ecology. En: Adams, Cristina, Rui Murrieta, Walter Neves and Mark Harris (Eds), Amazon Peasant Societies in a Changing Environment Political Ecology, Invisibility and Modernity in the Rainforest. Springer Netherlands. 2009

Bankoff, Greg, Frerks, Georg, and Hilhorst, Dorothea (Editors), Mapping Vulnerability. Disasters, Development and People. Earthscan. 2004.

Barker, Holly M., y Barbara Rose Johnston, Seeking compensation for radiation survivors in the Marshall Islands: The contribution of anthropology. *Cultural Survival Quarterly* 24(1). 2000.

Beck, Ulrich, Risk Society Revisited: Theory, Politics, and Research Programmes. In: Adam, Barbara, et al. 2000. The Risk Society and Beyond. Critical Issues for Social Theory. SAGE Publications. 2000

———, Risk Society. Towards a New Modernity. SAGE Publications. 1992.

Blaikie P, Cannon T, Davis I, Wisner B., At Risk: Natural Hazards, People's Vulnerability, and Disasters. London: Routledge. 1994.

Bodley, John H., Victims of Progress. Mayfield Publishing Company. 1990.

Brady, Jennifer E., The Huaorani Tribe of Ecuador: A Study in Self Determination for Indigenous Peoples. Harvard Human Rights Journal, Spring, 1997.

Cannon, Terry, "Vulnerability Analysis and the Explanation of 'Natural' Disasters." In *Disasters, Development and Environment,* A. Varley (ed.). London: Wiley, 1994.

Carpenter SR and Gunderson LH., Coping with collapse: Ecological and social dynamics in ecosystem management. *BioScience* 51:451-457. 2001

Carpenter SR, Walker B, Anderies JM and Abel N., From metaphor to measurement: Resilience of what to what? *Ecosystems* 4:765-781. 2001.

Carrere, R. y Fonseca, H. (editores), Pueblos Indígenas: sus bosques, sus luchas, sus derechos. Movimiento Mundial por los Bosques Tropicales, Montevideo (Uruguay). Secretariado Internacional, 2005.

Cernea, Michael M., El Trabajo Sociológico en un organismo de desarrollo: experiencias en el Banco Mundial. Madrid: Agricultura y Sociedad. Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación. 1994.

CESR (Center for Economic and Social Rights)., Rights Violations in the Ecuadorian Amazon: The Human Consequences of Oil Development. The Center for Economic and Social Rights. 1994.

Comfort, L., Wisner, B., Cutter, S., Pulwarty, R., Hewitt, K., Oliver-Smith, A., Weiner, J., Fordham, M., Peacock, W. and Krimgold, F., 'Reframing Disaster Policy: The Global Evolution of Vulnerable Communities', *Environmental Hazards* 1, 39–44. 1999.

CONAIE (Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador), *Las nacionalidades indígenas en el Ecuador: Nuestro proceso organizativo,* 2da ed. Quito: Ediciones Abya-Yala, 1989.

———, La Voz Indígena en el Mundo Moderno. Quito: Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador *http://conaie.nativeweb.org/folleto.html. s/f.*

Cumming, G. S., G. Barnes, S. Perz, M. Schmink, K. E. Sieving, J. Southworth, M. Binford, R. D. Holt, C. Stickler, and T. Van Holt, An Exploratory Framework for the Empirical Measurement of Resilience. Ecosystems. 2005.

Dillehay, Tom D., Mapuche ceremonial landscape. Social recruitment and resource rights. *World Archaeology* 22(2):223-241. 1990.

Dyer, Christopher L., and McGoodwin, James R., Punctuated Entropy as Culture-Induced Change. The Case of Exxon Valdez Oil Spill. In Hoffman, Susanna., and Oliver-Smith, Anthony (Editors) Catastrophe and Culture. The Anthropology of Disaster. School of American Research Press. 2001.

Escobar, Arturo., Antropología y Desarrollo. *http://www.unesco.org/issj/rics154/escobarspa.html.* 1997.

Folke, Carl, Social-Ecological Resilience and Behavioral Responses. Centre for Research on Natural Resources and the Environment. Stockholm University. s/f.

Folke, C., Carpenter, S., Elmqvist, T., Gunderson, L., Holling, C. S., Walker, B., Bengtsson, J. & Berkes, F., Resilience and sustainable development: Building adaptive capacity in a world of transformations. *ICSU Series on Science for Sustainable Development,* 3: 1-74. 2002.

Ghai, Dharam, Structural Adjustment, Global Integration and Social Democracy. UNRISD, United Nations Research Institute for Social Development. Discussion Paper No. 37, Octubre, 1992.

Glaser, Bruno, Haumaier, Ludwig, The 'Terra Preta' phenomenon: A model for sustainable agriculture in the humid tropics. *Naturwissenshaften* 88:37-41. 2001.

Gunderson, L. H., and C. S. Holling, editors, *Panarchy: understanding transformations in human and natural systems.* Island Press, Washington, D.C., USA. 2002.

Holling C.S., Surprise for Science, Resilience for Ecosystems, and Incentives for People. Ecological Applications, Vol. 6, No. 3 (Aug. 1966). 1996.

Houghton, Juan and Bell, Beverly 2004. Latin American Indigenous Movements in the Context of Globalization Interhemispheric Resource Center.

Huenchuan Navarro, Impactos Territoriales de la Globalización Económica en Territorios Indígenas de América Latina y el Caribe. Ponencia presentada en el XXII Congreso Latinoamericano de Sociología de la Asociación Latinoamericana de Sociología (ALAS). Universidad de Concepción, Concepción, Chile, 1999.

Kimerling, Judith, RIO + 10: Indigenous Peoples, Transnational Corporations and Sustainable Development in Amazonia. Columbia Journal of Environmental Law. 2002.

Kirsch, Stuart, Lost Worlds. Environmental Disaster, "Culture Loss," and the Law. Current Anthropology Volumen 42, Número 2, Abril 2001.

López Cando, Flavio; Héctor Castillo Castillo; y, Ángel Martines Espinoza, "Pilahuín, el Páramo y los Indios". COCAP, Corporación de Organizaciones Campesinas de Pilahuín. 2002.

Lyons, Maxi, A case study in multinational corporate accountability: Ecuador's indigenous peoples struggle for redress. Denver Journal of International Law and Policy. 2004.

Maggio, Greg and Lynch, Owen J., Human Rights, Environment, and Economic Development: Existing and Emerging Standards in International

Law and Global Society. Center for International Environmental Law. 1997.

Miller, Christian, Ecuador: Texaco Leaves Trail of Destruction. Los Angeles Times, November 30, 2003. Global Policy Forum. 2003.

Mutua, Makau, A Third World Critique of Human Rights. Seminar on Universalism and Local Knowledge in Human Rights CEU Humanities Center. Central European University, Department of Legal Studies. 2003.

Naciones Unidas, Dialogue Paper by Indigenous People. Multi-Stake Holder Dialogue Segment of the Second Preparatory Session. The preparatory committee for the World Summit on Sustainable Development. 2002.

Nash, Roderick, The rights of nature: a history of environmental ethics. Wisconsin, University of Wisconsin Press, 1989.

OEA (Organización de Estados Americanos), Reporte sobre la Situación de los Derechos Humanos en Ecuador. OEA/Ser.L/V/II.96. Organización de Estados Americanos: Comisión Inter-Americana de Derechos Humanos. 1997.

Oliver-Smith, Anthony, Here There Is Life: The Social and Cultural Dynamics of Succesful Resistance to Resettlement in Postdisaster Peru. In: Hansen, Art, and Oliver-Smith, Anthony (Editors), Involuntary Migration and Resettlement. The Problems and Responses of Dislocated People. Westview Press. 1999.

———, Peru's Five Hundred Year Earthquake: Vulnerability in Historical Contex. In: Varley, Ann (Edit), Disasters, Development and Environment. Wiley. 1994.

Oloka-Onyango, J. and Udagama, Deepika, The Realization of Economic, Social and Cultural Rights: Globalization and its impact on the full enjoyment of human rights. United Nations Organization, Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights. 2000.

Olson, Per, Building Capacity for Resilience in Social-Ecological Systems. University of Stockholm, Department of Systems Ecology. 2003.

Pelling, Mark, Paradigms of risk. In: Pelling, Mark (Editor) Natural Disasters and Development in a Globalizing World. Routledge. 2003.

Pennington, Kenneth, Bartolomé de Las Casas and the Tradition of Medieval Law. Church History 39 (1970) 149-61, revised and published in Popes, Canonists, and Texts 1150-1550. (Collected Studies Series 412; Aldershot: Variorum, 1993.

Peregil, Francisco, *Perseguidos, explotados y recluidos. La demanda de madera, soja y etanol se ceba con los indígenas latinoamericanos.* Diario El País. Madrid, 23/02/2009.

Peterson, Gary, Political ecology and ecological resilience: An integration of human and ecological dynamics. Ecological Economics, Volumen 35, Número 3, Diciembre del 2000, Pags. 323-336. 2000.

Plant, Roger, Issues in *Indigenous Poverty and Development.* Washington D.C. IADB. Inter-American Development Bank. 1998.

Real, Byron y Enríquez, M., Vida por Petróleo: el caso sobre el Parque Nacional Yasuní ante los Tribunales. Quito: CORDAVI / FESO. 1992.

Real, Byron, Plan Comunitario de Preparación para Desastres. PDA Pilahuín. Programa de Desarrollo de Área – Pilahuín. 2009.

Rival, Laura, Trekking Through History. The Huaorani of Amazonian Ecuador. New York: Columbian University Press. 2002.

Reuters, "At Least 22 Indians Killed in Ecuador Jungle Clash". Mayo, 29, 2003.

Robalino, Guillermo, Los Chachis de El Encanto por la defensa de su bosque. In: Ana María Varea et. al. Ecologismo Ecuatorial. CEDEP-Abya Yala. Quito, 1997.

Rose Johnston, Barbara, Environmental Degradation and Human Rights Abuse. In: Barbara Rose Johnston (Editor), Who Pays the Price? The Sociocultural Context of Environmental Crisis. Island Press. 1994.

SENPLADES (Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo), Reforma Democrática del Estado Rediseño de la Función Ejecutiva: De las Carteras de Estado y su Modelo de Gestión, y de la Organización Territorial Acercando el Estado a la ciudadanía, 2009.

Sponsel, Leslie E., The Master Thief: Gold Mining and Mercury in the Amazon. In: Barbara Rose Johnston (Editor), Life and Death Matters. Human Rights and the Environment at the End of the Millennium. Altamira Press. 1997.

Torry, William I., Anthropological Studies in Hazardous Environments: Past Trends and New Horizons. Current Anthropology, Vol. 20 No. 3, 1979.

Truman. Harry, Inaugural Address. Delivered at the Capitol. January 20th, 1949. The American Presidency Project. University of California, Santa Barbara. *http://www.presidency.ucsb.edu/ws/print.php?pid=13282* 1949.

UNDHA (United Nations Department of Humanitarian Affairs), Disasters. Acts of Nature, Acts of Man? Issues in focus series: No. 5. United Nations Department of Humanitarians Affaires. 1995.

UNWSSD (United Nations World Summit for Social Development), Declaration on Social Development - Part A. Report of the World Summit for Social Development. United Nations, Copenhagen, Denmark, 6-12, Marzo, 1995.

United Nations, Dialogue Paper by Indigenous People. Multi-Stake Holder Dialogue Segment of the Second Preparatory Session. The preparatory committee for the World Summit on Sustainable Development. 2002.

Vargas Zúñiga, Marco y Gálvez G., Marcelo, Emeeworani Piquenani, Omere Quewenani (Huaorani). Los Últimos Guerreros de la Selva. Puyo: Casa de la Cultura de Pastaza. 2007.

Vitousek, Peter M., Harold A. Mooney, Jane Lubchenco, Jerry M. Melillo, Human Domination of Earth's Ecosystems. Science. Vol. 293, 3 August 2001.

Wilford, John Noble, "Languages Die, but Not Their Last Words". The New York Times, 19 de septiembre, 2007. *http://www.nytimes.com/2007/09/19/science/19language.html?_r=1&em&ex=1190260800&en=f99a9eddaa0a504c&ei=5087*

V

Acciones de protección

Concepto de acción colectiva*

Antonio Gidi

Sumario:

I. Concepto de acción colectiva. **II.** Algunos errores en la definición de la acción colectiva. **III.** ¿Acción de clase o acción colectiva? **IV.** El consentimiento de los miembros ausentes (*opt in v. opt out*).

I. Concepto de acción colectiva

Es extremadamente difícil la tarea de definir el concepto de acción colectiva. Tal vez a eso se deba que la doctrina no haya intentado dar un concepto sistemático.

Decir, tan solo, que la acción colectiva es aquella propuesta para la defensa de los derechos difusos, colectivos o individuales homogéneos es incu-

* Adaptado de los libros de Antonio Gidi, *Coisa julgada e litispendência em ações colectivas,* Editorial Saraiva, 1995 y Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil.. Un modelo para países de derecho civil, Instituto de Investigación Jurídica de la UNAM, 2004, p. 31 y del artículo El concepto de acción colectiva, in Gidi y Ferrer, La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos, p. 14-24, 2003. Este trabajo es una breve introducción al tema de las acciones colectivas.

Traducción de Adriana León, licenciada en derecho por la Universidad Iberoamericana en la Ciudad de México y Maestría en Derecho por la Universidad de Pennsylvania. Revisión de Gidi.

rrir en un grave error. Es posible que la presentación de una acción en defensa de tales derechos sea en su estructura una acción individual. Es posible pensar por ejemplo que todos los asociados de una pequeña empresa de asistencia médica presenten una acción contra los aumentos ilegales en sus mensualidades. *El derecho material no deja de ser colectivo (o individual homogéneo), sin embargo es tutelado por una acción individual.*

Barbosa Moreira[1] observa que la idea fundamental de las acciones colectivas es que el litigio puede ser llevado a juicio por solo una persona. Já Rodolfo de Camargo Mancuso[2] considera a la acción colectiva cuando un grupo de personas es cubierto por la cosa juzgada o cuando los efectos de la sentencia son amplios.

Kazuo Watanabe[3] afirma que "la naturaleza verdaderamente colectiva de la demanda depende no solamente de la legitimación activa para demandar la acción y de la naturaleza de los intereses o derechos de los vinculados, sino también de la causa de pedir invocada y del tipo de proveimiento jurisdiccional postulado".

En verdad, la acción colectiva es la acción propuesta por un representante (legitimimación)[4] en la defensa de un derecho colectivamente considerado (objeto del proceso)[5] cuya inmutabilidad en la autoridad de la sentencia alcanzará a un

1 Barbosa Moreira, "Ações coletivas na Constituição Federal", en *Revista de Processo,* vol. 61, p. 186.

2 Rodolfo de Camargo Mancuso, *Ação popular,* p. 25.

3 Kazuo Watanabe, "Demandas colectivas e os problemas emergentes da práxis forense", en *As garantias do cidadão na justiça,* p. 195.

4 Cf. Antonio Gidi, Legitimación para demandar en las acciones colectivas, in Gidi y Ferrer, La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos, p. 107-117, 2003; *idem*, Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil.. Un modelo para países de derecho civil, Instituto de Investigación Jurídica de la UNAM, 2004, p. 69-94.

5 Cf. Antonio Gidi, Derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos, in Gidi y Ferrer, La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos, p. 25-38, 2003; idem, Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil.. Un modelo para países de derecho civil, Instituto de Investigación Jurídica de la UNAM, 2004, p. 45-68. Para evitar errores es importante dejar claro el nuestro pensamiento: cuando decimos "derecho colectivamente considerado" estamos nos refiriendo a todos los tipos de derecho del grupo, incluyendo los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. No ha comprendido bien nuestro pensamiento José Marcelo Menezes Vigliar, pues pensó que nos estábamos refiriendo solamente a los derecho "colectivos". V. *Tutela jurisdiccional Coletiva,* p. 99. El error de Vigliar fue percibido por Renato Rocha Braga, *A coisa julgada nas demandas colectivas,* p. 42.

grupo de personas (cosa juzgada)[6]*. En una acción colectiva los derechos del grupo son representados en juicio por un representante y la sentencia será respecto a toda la controversia colectiva, alcanzando a los miembros titulares del derecho del grupo*[7].

Ahí esta, en unas breves líneas, el bosquejo de nuestra definición de la acción colectiva. Consideramos elementos indispensables para la caracterización de una acción colectiva, la legitimidad para demandar, el objeto del proceso y la cosa juzgada[8].

Esto no significa que estas sean las únicas diferencias entre acciones colectivas e individuales. La propia estructura del proceso y del procedimiento se altera, interfiriendo en los poderes del magistrado, en la apreciación de la prueba, en lo solicitado, en la sentencia, en la ejecución, la litispendencia[9], etc. Pero la legitimidad, el objeto y la cosa juzgada son las principales diferencias, de las cuales todas las demás son derivadas.

II. Algunos errores en la definición de la acción colectiva

Algunos autores distinguen entre "acciones colectivas", "acciones civiles públicas" y "acciones organizacionales" (también conocidas como "acciones asociativas"). De acuerdo con esta distinción, las acciones colectivas (*class actions*) serian aquellas propuestas por los miembros del grupo, las acciones públicas

6 Cf. Antonio Gidi, *Coisa julgada e litispendência em ações colectivas,* p. 16, *idem,* Cosa juzgada en acciones colectivas, in Gidi y Ferrer, La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos, p. 261-295, 2003, *idem*, Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil.. Un modelo para países de derecho civil, Instituto de Investigación Jurídica de la UNAM, 2004, p. 69-94.

7 Hugo Nigro Mazzilli, utiliza apenas los dos primeros criterios. *A defesa dos interesses difusos em juízo,* pp. 27-29; *idem*, "Interesses coletivos e difusos", *in Justitia,* vol. 157, p.44; idem, "Ação civil pública", *in Livro de estudos jurídicos,* 4/96.

8 Ver Márcio Leal, *Ações colectivas: História, Teoria e Prática,* p. 39-45 (1998), que tiene una excelente investigación sobre el concepto de acciones colectivas.

9 Ver Antonio Gidi, Litispendencia en acciones colectivas, in Gidi y Ferrer, La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos, p. 314-329, 2003; *idem,* Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil.. Un modelo para países de derecho civil, Instituto de Investigación Jurídica de la UNAM, 2004, p. 115-123.

(*parens patriae civil actions*) serian aquellas propuestas por los miembros del gobierno (como el Ministerio Público o los organismos públicos) y las acciones organizacionales (*organizational actions o associational actions*), serian aquellas propuestas por asociaciones privadas (ONG)[10].

Esta clasificación sin embargo, es absolutamente inútil. En todos los casos mencionados se trata de una acción colectiva, donde el derecho tutelado en juicio pertenece a un grupo de personas y en donde la sentencia vinculará a todos los miembros de ese grupo. El tipo de representante es solamente un aspecto incidental del concepto de la acción colectiva. Lo importante es que el representante sea una persona (física o legal) diferente del grupo titular de los derechos que se están tutelando en juicio.

Con base en este error, algunos juristas defienden que las acciones colectivas no existen en Europa porque en el derecho europeo solo las asociaciones y las entidades públicas tienen legitimación para representar los derechos del grupo en un juicio. Estos autores piensan que para que una acción sea realmente colectiva (una *class action*), es necesario que el representante del grupo sea una persona miembro del grupo. En el contrário, esto seria "apenas" una acción organizacional. Sin embargo, las "acciones organizacionales" que existen en algunos países europeos (como Italia, Alemania y Francia)[11] son ejemplos típicos de acciones colectivas, tanto como las *class actions* americanas. La única diferencia es el tipo de representante que representa los intereses del grupo en el juicio[12].

10 Ver por ejemplo a Mauro Cappelletti, en "Governmental and Private Advocates for the Public Interest in Civil Litigation: A Comparative Study", *in Access to Justice. Promising Institutions,* vol. II, p. 773-75 (Cappelletti and Weisner eds., 1979) (donde el autor se referee a "public attorney general", *"organizational private attorney general"* e *"individual private attorney general"*); Bryant Garth, "Group Actions in Civil Procedure: Class Actions, Public Actions, Parens Patriae and Organization Actions", en el *XIIIth International Congress. Montreal,* p. 205 (1992). Existen otras clasificaciones semejantes, por ejemplo, en Francia, donde algunos juristas clasifican las acciones colectivas en "acciones asociativas" o "acciones de grupo", de acuerdo al tipo de proveimiento requerido. La primera categoría se refiere a una orden en beneficio del grupo como un todo (*injunction*) la segunda es una acción indemnizatoria en beneficio de los miembros del grupo. Estas clasificaciones no existen en el derecho brasileño que las considera acciones colectivas, independientemente del tipo de representante o del tipo de la naturaleza del proveimiento requerido.

11 La expresión utilizada en Alemania es "acción asociativa" (*Verbandsklage*).

12 Muchas *class actions* son propuestas en los Estados Unidos por asociaciones: el simple hecho de que una asociación es la representante del grupo no cambia la naturaleza de una acción colectiva.

Otro error común entre los autores europeos es pensar que las acciones colectivas no existen en Europa porque los proveimientos judiciales son declaratorios y condenatorios en una orden de hacer o no hacer (*injunction*)[13]. Este error es fruto de la falsa idea de que la verdadera acción colectiva necesariamente tiene un carácter indemnizatorio. El carácter indemnizatorio, sin embargo no es un elemento en la definición de la acción colectiva. En la realidad, aunque menos visible en los medios y aun mucho menos controvertidas en la practica, las acciones colectivas americanas de hacer o no hacer (injunctive class actions) han sido históricamente mas comunes en los Estados Unidos que las acciones colectivas de tipo indemnizatorio (*class actions for damages*).

Un estudio comparativo de las acciones colectivas exige una visión global del fenómeno de los "litigios colectivos" comparándolos con los "litigios individuales". Esta visión mas amplia de las acciones colectivas incluye en una misma categoría todos los tipos de acciones que protegen los derechos del grupo, independientemente del proceso jurisdicional solicitado (mandamiento judicial, declaración, indemnización), del tipo de representante (poder publico, asociaciones, miembros del grupo) o del tipo de derecho protegido en juicio (conflictos privados, litigios de interés publico). Esto no quiere decir sin embargo, por ejemplo, que todos estos tipos de litigio colectivo deban ser idénticamente regulados en cuanto a su procedimiento, porque cada una de las acciones puede envolver consideraciones políticas y practicas diferentes[14].

13 Desde principios del siglo XX, el sistema jurídico alemán tenía un tipo de acción colectiva en protección de los intereses comerciales. El *Unfair Competition Act* autoriza a las asociaciones y comerciantes a proponer acciones en contra de competidores por prácticas comerciales ilícitas. Ver Harald Koch, "Class and Public Interest Actions in German Law", in C.J.Q., vol. 5, p. 68 (1986).

14 Hay que tener en cuenta que no todas las "acciones civiles publicas" (*parens patriae actions*) son acciones colectivas, aunque muchas de ellas si lo son. Pero lo contrario también es cierto: no toda acción colectiva es una *parens patriae action o public interest litigation,* mas muchas de ellas lo son.

III. ¿Acción de clase o acción colectiva?

El derecho brasileño adopta acertadamente la expresión "acción colectiva" o "proceso colectivo", aunque algunos juristas insisten en usar la expresión "acción civil pública"[15].

Algunos autores sin embargo, insisten en traducir las acciones colectivas americanas (*class actions*) como "acciones de clase". Esta traducción literal es un error, la traducción más correcta para *class action* es "acción colectiva".

Aun mismo en inglés la expresión mas precisa debería de ser *collective action* (acción colectiva). Sin embargo, cuando se escribe en ingles lo ideal es mantener la expresión *class action* en lugar de la expresión mas adecuada *collective action.* En primera por que la expresión class action ya está consagrada en la lengua inglesa. Además la expresión collective action es usada en el campo económico para analizar el comportamiento de grupos[16].

Los países de tradición de derecho civil, sin embargo, deberían de adoptar la expresión "ação coletiva" como es frecuentemente usada en Italia (azione collettiva), en España y América Latina (*acción colectiva* o amparo colectivo), Brasil y Portugal (ação coletiva), y en Francia y Canadá (*action collective* o *recours collectif*)[17].

15 La primera ley brasileña que reguló las acciones colectivas de forma sistemática usaba la expresión errónea de "ação civil pública". V. Ley de acción civil Pública, N° 7.347/85. V. La crítica correcta de Márcio Flávio Mafra Leal, p. 187-88. V. también José Marcelo Menezes Vigliar, *Tutela jurisdicional coletiva,* p. 94-101.

16 Ver Mancur Olson, *The Logic of Collective Action* (1995).

17 El término usado en el derecho inglés y australiano ("acción representativa" – *representative action*) no es adecuado. Toda acción colectiva es una acción representativa (el grupo es representado en juicio por el representante), sin embargo, esta expresión es demasiado amplia e incluye varias situaciones de derecho procesal individual donde hay una representación. Para un análisis de las acciones representativas inglesas y de las *relator actions* en una comparación con las acciones colectivas americanas, v. J. A. Jolowicz, "Protection of Diffuse, Fragmented and Collective Interests in Civil Litigation: English Law", *Cambridge Law Journal,* vol. 42 p. 222 (1983); id., "Some Twentieth Century Developments in Anglo-American Civil Procedure", *in Studi in Onore di Enrico Tullio Liebman 218, 271-93 (1979); J. A. Jolowicz, On Civil Procedure,* vol. 1, p. 97-147 (2000); Keith Uff, "Class, Representative and Shareholders' Derivative Actions in English Law", C.J.Q., vol. 5, p. 50 (1986); Neil Andrews, Principles of Civil Procedure, p. 134-58 (1994); Christopher J. Maley, "Toxic Torts: Class Actions in United States and England", *Suffolk Transnational Law Review, vol. 19, P. 523 (1996); Sir Jack Jacob, The Fabric of the English Civil Justice,* p. 81-82 (1987).

Algunos autores prefieren el termino "acción de grupo" (*group action*)[18]. Esta expresión no difiere mucho del termino *class action,* pues utiliza la técnica para demostrar la existencia de un grupo (*class*) de personas, pero no demuestra el carácter inherentemente colectivo de la acción[19]. Otros autores utilizan el termino "acción de grupo" de forma mas amplia, incluyendo una serie de técnicas del proceso civil individual, como la consolidación de acciones semejantes (*consolidation*), casos ejemplos (*test cases*), preclusión de cuestiones incidentales (*collateral estoppel*), litisconsorcio (*joinder*) etc., que procuran solucionar, en la esfera individual, varios de los problemas de los conflictos en masa[20].

"Acción multi-partes" (*multi-party action*) es un termino usado por algunos autores como sinónimo de class action. Esta terminología es inadecuada. En una acción coletiva puede haber solamente una parte en el papel de representante del grupo, mas aun todos los miembros del grupo pueden ser considerados como partes ficticias en una acción coletiva. Además, cualquier acción individual en un litisconsorcio también puede ser una acción multi-partes. Este término debería de ser usado como referencia a las normas procesales relacionadas con la administración de acciones individuales semejantes. Ver William McBryde and Christine Barker, "Solicitors' Groups in Mass Disaster Claims", New L. J., vol. 141, p. 484 (1991) (discussing the formation of groups of solicitors in mass disaster claims); Keith Uff, "Recent Developments in Multy-Party Actions", C.J.Q., vol. 11, p. 345 (1992).

18 Ver Harald Koch, "(Non-Class) Group Litigation Under EU and German Law", *Duke J. Comp. Int'l L.,* vol. 11 (en prenta, 2001) (describiendo varias acciones colectivas de hacer o no hacer (*injunction*) europeas, pero rehusándose a llamarlas *"class actions"*); Catherine Kessedjian, "L'Action en Justice des Associations de Consommateurs et d'Autres Organisations Représentatives d'Intérêts Collectifs en Europe", *Rivista di Diritto Internationale Privato e Processuale,* vol. 33, p. 283 (1997). Las expresiones usadas en Suecia, por ejemplo, son *grupptalan and grupprättegång* [acción de grupo, litígios de grupo.] Ver Per Henrik Lindblom, *Grupptalan. Det Anglo-Amerikanska Class Actioninstitutet ur Svenskt Perspectiv [Group actions. The Anglo-American Class Action Suit From a Swedish Perspective]* (1989) e Per Henrik Lindblom, "Group Actions. A Study of the Anglo-American Class Action Suit from a Swedish Perspective", in Group Actions and Consumer Protection, p. 3 (Thierry Bourgoignie ed., 1992). En el Estado de Victoria, en Australia, las acciones colectivas son llamadas *"group proceedings".* Ver S. Stuart Clark e Christina Harris, "Multi-Plaintiff Litigation in Australia: A Comparative Perspective", Duke J. Comp. Int'l L., vol. 11 (en prenta, 2001). La expresión *group action* tiene un significado diferente en el derecho ingles. Ver *English Civil Procedure Rules,* Part 19.

19 En sentido contrario, ver Anne Morin, "L'Action d'Interêt Collectif Exercée par les Organisations de Consommateurs Avant et Aprés la Loi du 5 Janvier 1988", *in Group Actions and Consumer Protection,* p. 59 (Thierry Bourgoignie ed., 1992) (prefiriendo el termino *"action d'intérêt collectif"* [acción en tutela de intereses colectivos] porque considera que "no es la acción la que es colectiva, ni su ejercicio, sino el interesen el que esta fundada"). Como dijimos anteriormente, consideramos que, desde el punto de vista procesal, la acción colectiva es diferente de la acción individual.

20 Ver Mary Kay Kane, "Group Actions in Civil Procedure: The United States Experience", 38 *Am. J. Comp. L.,* p. 163 (1990) (Suplemento).

La legislación colombiana (Ley 472 de 1988) hace la diferencia entre acciones populares y acciones de grupo. Las acciones populares tutelan los intereses difusos que pertenecen al grupo como una unidad y las acciones de grupo tutelan los intereses individuales de cada uno de los miembros del grupo[21]. Es verdad que hay importantes diferencias entre las acciones colectivas que tutelan los derechos difusos y aquellas que tutelan los derechos individuales[22]. Sin embargo, esto no es motivo para adoptar dos nombres diferentes. El resultado en Colombia es desastroso porque mientras la acción popular es regulada de una forma muy avanzada y muy superior a muchos países, la acción de grupo tiene una regulación frágil.

El Código Modelo de Procesos Colectivos del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal ha adoptado la expresión "procesos colectivos" o "acciones colectivas"[23]. Lo mismo hace una iniciativa de reforma al Código Federal de Procedimientos Civiles mexicano[24].

Ecuador ha adoptado el nombre tradicional de acción popular en la Ley 37 de 1999 (Ley de Gestión Ambiental). La ley ecuatoriana es muy bien hecha y una substancial evolución en relación al art. 2236 del Codigo Civil de 1861. La Ley 37 no es muy detallada y contiene algunos vacíos que deben ser completados por construcción jurisprudencial. La ley permite un grande margen de discricionariedad para el magistrado. La Ley 37 debería ser aplicable para todos los casos de tutela de derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos y no solamente los derechos ambientales. Es el momento para Ecuador adoptar una ley procesal colectiva más completa y más sofisticada[25]. En esta oportunidad, seria mejor adoptar el nombre "acción colectiva" y no "acción popular".

21 Ver Ramiro Bejarano Guzmán, Procesos declarativos, 2005; Martín Bermúdez Muñoz, La acción de grupo, 2007; Pedro Pablo Camargo, Las acciones populares y de grupo, 2003.

22 Ver Antonio Gidi, Rumo a um Código de Processo Civil coletivo. A codificação das ações coletivas no Brasil, p. 201-223.

23 Ver Gidi & Ferrer (coord.), Código Modelo de Procesos Colectivos. Un diálogo iberoamericano. Comentários artículo por artículo, Editorial Porrúa, 2008.

24 Ver Benítez, Ferrer y Gidi, Iniciativa de reforma al Código Federal de Procedimientos Civiles, in Gidi & Ferrer (coord.), Código Modelo de Procesos Colectivos. Un diálogo iberoamericano. Comentários artículo por artículo, Editorial Porrúa, 2008, p. 447-453.

25 Para una propuesta de ley de acciones colectivas, ver Antonio Gidi, Código de Proceso Civil Colectivo. Un modelo para países de derecho civil, in Antonio Gidi, Las acciones colectivas y la tutela

IV. El consentimiento de los miembros ausentes (*opt in v. opt out*)

Es un error común decir que la acción colectiva es por definición propuesta sin el consentimiento de los miembros del grupo[26]. Ese aspecto aparentemente es la esencia de las acciones colectivas. Por este motivo, las antiguas *spurious class actions* americanas y la *action en représentation conjointe* francesa no son consideradas ejemplos de acciones colectivas, ya que estas acciones limitan la cosa juzgada a los miembros que expresamente accedieron ser incluidos en el grupo (*opt in* - optar por entrar) o que ellos expresamente hayan autorizado a la asociación a representar sus intereses en juicio a través de un documento firmado[27].

Por otro lado, al menos en la teoría, si el derecho permite una amplia publicidad de la acción propuesta y se da una adecuada notificación a los miembros del grupo y crea instrumentos que facilitan la manifestación de voluntad de los miembros, el numero de miembros que participen en la acción puede ser tan grande como el numero total de miembros del grupo in-

de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil.. Un modelo para países de derecho civil, Instituto de Investigación Jurídica de la UNAM, 2004, p. 137. Para una crítica al Código Modelo del Instituto Iberoamericano, ver Antonio Gidi, Notas críticas al Anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, in Gidi y Ferrer, La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos, p. 405-422, 2003.

26 Ver William Fisch, "European Analogues to Class Actions: Group Action in France and Germany", *Am. J. Comp. L.,* vol. 27, p. 78 (1979) (definiendo a las acciones colectivas como el derecho de un miembro del grupo de personas proponiendo una acción en beneficio de todos sin el consentimiento de todos los demás miembros); Louis Boré, "L'Action en Représentation Conjointe: Class Action Française ou Action Mort-Née?", *Recueil Dalloz Sirey,* p. 267 (1995); Per Henrik Lindblom, *Group Actions and the Role of the Courts - A European Perspective,* p. 12 (considerando que las verdaderas acciones colectivas son propuestas por el representante sin el permiso de los miembros del grupo y la sentencia vincula a todos, ya sea favorable o contraria).

Esta es la definición constante en el Art. 999(d) del Código de Proceso Civil de la Provincia de Québec ("'class action' es el procedimiento que permite a un miembro del grupo proponer una acción sin poder en beneficio de todos los miembros.") Ver Nöel Mazen, "Le Recours Collectif: Réalité Québécoise et Projet Français", *R.I.D.C.* vol. 39, p. 383-86 (1987). Esta definición, todavía, es limitada al derecho de Québec y no puede ser una definición académica en el derecho comparado.

27 Sobre el derecho de opt out, ver Antonio Gidi, A class action como instrumento de tutela dos direitos, p. 291-305, 2007.

teresados en participar en el litigio[28]. Si la ley permite el tratamiento colectivo de la controversia a través del mecanismo de representación de los derechos de los miembros del grupo, sin la necesidad de evaluar cada pretensión individual, la acción será una acción colectiva independientemente del consentimiento de los miembros del grupo.

Naturalmente, la opción en un determinado derecho nacional entre los sistemas de *opt in* u *opt out,* es crítica y extremadamente controvertida[29]. La

28 La *accion en représentation conjointe,* en la ley francesa expresamente prohíbe que se obtenga el consentimiento de los miembros del grupo a través de carta, distribución de folletos, posters, o anuncios de radio y televisión. El representante solamente podrá usar los periodicos como forma de notificación para los miembros del grupo. Ver Louis Boré, "L'Action en Représentation Conjointe: Class Action Française ou Action Mort-Née?", *Recueil Dalloz Sirey,* p. 267 (1995); Raymond Martin, "L'Action en Représentation Conjointe des Consommateurs", JCP 1994 I 3756; Loïc Cadiet, "Chronique de Droit Judiciaire Privé", *JCP* 1992 I 3587, n. 6.

El artículo 30 del Código de Proceso Civil de Japón creo un sistema representativo limitado, a través del cual las personas que tengan un interés común podrán nombrar a un miembro del grupo como representante de los demás. Este nombramiento puede ser realizado antes o después de la presentación de la acción. Antes de promulgar la ley, el gobierno japonés rechazó la propuesta a través de la cual el juez daría una notificación al grupo a través de los periódicos. Esta propuesta fue rechazada porque se considero que el juez estaría endosando la legitimidad de la acción propuesta. Sin embargo contrario a lo que sucede en la *action de représentation conjointe* del derecho francés el representante podrá dar publicidad a la acción de la forma en que estime conveniente, para reclutar a otros miembros del grupo. Ver Yasuhei Taniguchi, "The 1996 Code of Civil Procedure of Japan - A Procedure for the Coming Century?", *Am. J. Comp. L.,* vol. 45, p. 782-3 (1997).

La propuesta del *Scottish Law Commission* también consideró un sistema de tipo *"opt in"* para el derecho escocés, claramente reduciendo la efectividad de la acción colectiva. La propuesta sin embargo, prevé la notificación por parte del juez. Ver *Multi-Party Actions,* p. 21-6 (1996). Ver también Note, *"Class Action Litigation in China", Harv. L. Rev.,* vol. 111, p. 1526-7 e 1535 (1998) (discutiendo una ley Antigua en el derecho chino); BERNARD CAIRNS, AUSTRALIAN CIVIL PROCEDURE 267 (1992); S. Stuart Clark and Christina Harris, "Multi-Plaintiff Litigation in Australia: A Comparative Perspective", *Duke J. Comp. Int'l L.* Vol. 11 (en prenta, 2001) (donde discuten una antigua ley en el Estado de Victoria que preveía una acción colectiva de tipo *"opt in".* Esta ley fue derogada en el año 2000 y la acción colectiva de tipo *"opt out"* fue adoptada); Roberth Nordh, "Group Actions in Sweden: Reflections on the Purpose of Civil Litigation, the Need for Reforms and a Forthcoming Proposal", *11 Duke.J.Comp & Int'l L.* (2001, impreso) (observando que todavía no se sabe si la ley sueca será de tipo *"opt out"* o *"opt in"*). Es preciso observar que el concepto de "opt in" es diferente al de "intervención". En la "opt in" la persona se convierte en un miembro del grupo no parte del proceso.

29 Ver Ontario Law Reform Commission, *Report on Class Action,* vol. II, p. 467 (1982) (observando que "una de las cuestiones mas controvertidas en la creación de un procedimiento para las acciones

opción podrá interferir seriamente con el tamaño del grupo que será representado en juicio y consecuentemente con el poder de solicitar y de efectividad del instrumento de la acción colectiva[30]. Sin embargo, cualquier tipo de acción ya es opción de entrar o opción de salir, la acción será siempre de carácter colectivo[31].

colectivas es la de si los miembros del grupo serán vinculados automáticamente por el juicio a menos que soliciten ser excluidos del grupo (*opt out*) o si los miembros del grupo deben solicitar expresamente ser incluidos antes de que puedan ser vinculados por la sentencia (*opt in*)"). Pensamos que la acción colectiva de tipo *opt out* es una técnica superior a la acción colectiva de tipo *opt in* y debería ser adoptada en todos los países como regla general.

30 En la práctica se espera que pocos miembros del grupo soliciten ser excluidos en una acción colectiva. Ver Thomas Willging, et al., *Empirical Study of Class Actions in Four Federal District Courts,* p. 52-55 (Federal Judicial Center, 1996) (observando que, de acuerdo a una encuesta realizada en algunos tribunales americanos, el porcentaje de los miembros que requerirían ser excluidos del grupo (*opt out*) fue entre 0.1 y 0.2% del total de los miembros del grupo).

31 Estados Unidos, Canadá y Australia adoptaron un sistema de *class action* de tipo *opt out.* Sin embargo hay ejemplos importantes en que las acciones colectivas de tipo opt in pueden ser una solución saludable. Ver Edward Cooper, "Rule 23: Challenges to the Rulemaking Process", *N.Y.U.L. Rev.,* vol. 71, P. 33-4 y 70-1 (1996) (proponiendo una reforma de las acciones colectivas americanas, dando un poder discrecional al juez para decidir si la acción debiera de ser procesada como *opt in* o *opt out*); Edward Cooper, "Class-Action Advice in the Form of Questions", Duke J. Comp. Int'l L., vol. 11 (impreso, 2001); Lord Woolf, *Access to Justice. Final Report,* p. 235-36 and 249 (2000) (argumentando que el juez debe tener el poder de mantener una acción colectiva en forma de (*opt in* o *opt out*) lo que sea mejor para el desarrollo eficiente y efectivo del caso. Esta técnica más flexible es la regla en el estado de Pensilvania. Ver regla 1711 de las normas procesales del Estado de Pensilvania. Ver además una propuesta de la ley de Sudáfrica, que da discreción al juez. Ver South African Law Commission, *The Recognition of a Class Action in South African Law,* p. 38 (1995); Wouter de Vos, "Reflections on the Introduction of a class action in South Africa", *in Tydskrif Vir Die Suid-Afrikaanse Reg,* p. 646-8 (1996).

Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos colectivos e individuales en Brasil

Antonio Gidi

Sumario:

I. La resistencia en el derecho civil a la legitimación colectiva. **II.** Selección del representante de grupo. **III.** El enfoque brasileño en la legitimación colectiva. **IV.** El papel de las asociaciones en la protección de los derechos de grupo. **V.** El papel del Ministerio Público en la protección de los derechos de grupo. **VI.** La legitimación del Ministerio Público y de las asociaciones en las acciones colectivas norteamericanas.

I. La resistencia en el derecho civil a la legitimación colectiva

Una vez que el derecho sustantivo reconoce la protección legal de los derechos de grupo, surge otro problema fundamental: ¿a quién debe reconocer la ley como poseedor de "legitimación colectiva" (*class standing*) para representar los intereses del grupo ante un tribunal?[1]

1 *Standing to sue,* la doctrina expresada como *locus standi* en el *common law* es la única traducción válida del concepto del derecho civil *legitimatio ad causam.* Estos dos conceptos, sin embargo, no coinciden precisamente. Véase Parker, Douglas L., "Standing to Litigate 'Abstract Social Interests' in the United States and Italy: Reexamining 'Injury in Fact'", *Colum. J. Transnat'l L.,* núm. 33, 1995, pp. 259 Y 278-282 (advierte que *legitimatio ad causam* "puede ser traducido como el poder o autoridad para actuar en un procedimiento legal, o el poder de buscar una sentencia judicial sobre

Ha sido muy difícil asimilar el nuevo concepto de una demanda colectiva en los dogmas tradicionales de la ciencia jurídica procesal establecidos por los juristas. Para que los tribunales puedan proteger derechos de grupo, los sistemas de derecho civil (*civil law systems*) deben abandonar los principios ortodoxos e individualistas del procedimiento civil, los cuales tradicionalmente han demandado la existencia de un interés personal y directo en el resultado del litigio, y que por esto no han permitido la representación de un grupo de personas[2].

La lucha para el reconocimiento de los derechos de grupo para la protección del medio ambiente ha sido particularmente difícil. Harald Koch da un ejemplo en el cual las focas del Mar del Norte fueron los actores en una acción contra la República Federal de Alemania porque había un grande desecho en ese mar. Las focas fueron representadas ante el tribunal por grupos

el mêrito de una demanda legal"). En este artículo, en ausencia de un término mejor, la expresión "legitimación colectiva" (*class standing*) designa la clase de personas autorizadas por el derecho nacional para promover una acción colectiva que proteja los derechos de grupo.

2 Los países de derecho civil generalmente prohíben un juicio para proteger los derechos de terceras personas, a menos que lo permita la ley o esa persona. Véase Codice di Procedura Civile, artículo 81 (Italia); Código de Processo Civil, artículo 60. (Brasil); Cappclletti, Mauro, "Governmental and Private Advocates for the Public Interest in Civil Litigation: A Comparative Study", *Access to Justice. Promising Institutions* (Cappelletti & Weisner ed., 1979), t. TI, pp. 834 Y 835; Watanabe, Kazuo, "Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitirnacáo para agir", *A tutela dos interesses difusos* (Ada P. Grinover ed., 1984), p. 85; Koch, Harald, "Cross Border Consumer Complaints and the Public Interest. The German Pcrspectivc", *Public Interest litigation Before European Courts* (Hans-W. Micklitz & Norbert Reich eds., 1996, pp. 427 Y 431 ("Los tribunales parecen temerosos de tener abundantes litigios de toda clase de personas, que solamente persiguen el interés de otras o el interés público... Pero parece dudoso que este riesgo sea realmente inminente y aun as?, si este no puede ser tolerado"); Scott, "Standing in the Supreme Court. A Functional Analysis", *Harv. L. Rev.,* núm. 86, 1973, pp. 645 Y 674 (opina que "el demandante caprichoso, el diletante que litiga por mero espíritu de aventura, es un espectro que atormenta la literatura jurídica, no los tribunales"); Kotz, Hein, "Civil Litigation and the Public Interest", *C. J. Q.,* núm. 1, 1982, pp. 237 Y 251 (opina que" las reglas tradicionales de la legitimación están basadas sobre un prejuicio que indebidamente favorece a los intereses de propiedad y otros intereses económicos que tienen los individuos, pero discrimina los intereses fragmentarios y difusos que tiene el público o grandes segmentos de éste"); Sassani, Bruno, "Dêfinition dintêrêt collectif justifiant les diffêrentes action en justice des organi*sations de consommateurs dans les États membres de la Communautê Europêennc", Roma e America,* núm. 5, 1998, pp. 121, 161 Y 162. Compárese la regla más liberal canadiense en Hogg, Peter W., *Constitutional Law of Canada,* pp. 1263-1274 con la regla más restrictiva en los Estados Unidos, en H. Tribe, Lawrence, *American Constitutional Law,* 1988, pp. 107-156.

ambientalistas. Como se predecía, el caso fue desechado por falta de legitimación de las focas. Sin embargo, el objetivo de los grupos fue hacer pública su causa e informar a la opinión pública[3].

El problema de quién debe representar a los intereses de un grupo en el tribunal puede no haber sido una grave preocupación en los primeros años del litigio colectivo en los Estados Unidos, porque el asistemático desarrollo histórico de los juicios representativos (r*epresentative suits*) condujeron a la selección de un miembro del grupo como su representante.[4] Sin embargo, los sistemas contemporáneos de derecho civil, al incorporar el litigio colectivo en el procedimiento civil nacional, pueden tomar en cuenta, a través de consideraciones sistemáticas y comparativas, un número de modelos que no existían en los primeros años de las acciones colectivas en el *common law.* Así, mientras los sistemas de derecho civil no son tan flexibles como los del *common law* para adaptarse a cambios y al surgimiento de nuevas situaciones, éstos pueden beneficiarse aprendiendo de los desarrollos procesales de otras jurisdicciones. En este sentido, los sistemas de derecho civil en última instancia pueden aprovecharse de su inherente resistencia al cambio[5].

II. Selección del representante de grupo

Las reglas de legitimación y de la cosa juzgada en las acciones colectivas representan las dos caras de la misma moneda. Atrás de cada una existe la ne-

3 Véase Koch, Harald, "Group and Representative Actions in West German Procedure"; *German National Reports in Civil Law Matters for the XIllth Congress of Comparative Law in Montréal,* 1990, pp. 27, 33 Y 34; Stone, Christopher, "Should Trees Have Standingí Toward Legal Rights for Natural Objects", *S. Cal.* L. Rev., núm. 45, 1972, p. 450; Mendelson, Joseph, III, "Should Animals Have Standingí A Review of Standing Under the Animal Welfare Act", *B. C. Envtl. Aff L. Rev.,* núm. 24,1997, p. 795; Sunstein, Cass R., "Standing for Animals (With Notes on Animal Rights)", UClA L. Rev., núm. 47, 2000, p. 1333; Note, Adam Kolber, "Standing Upright: The Moral and Legal Standing ofHumans and Other Apes", *Stan. L. Rev.,* núm. 54, 2001, p. 163.

4 Véase Yeazell, Stcphen, *From Medieval Group Litigation to the Modem Class Action,* 1987.

5 Otros países del *common law* pueden también ser beneficiados de un modo semejante por el retraso al adoptar los procedimientos de la acción colectiva. Véase Ontario Law Reform Commission, *Report on Class Actions,* 1982, t. I, pp. 279-308 (considera si los procedimientos colectivos deben ser iniciados por los miembros del grupo o por funcionarios del gobierno).

cesidad de proteger los derechos de los miembros ausentes. Aunque la cuestión de la legitimación colectiva precede temporalmente al problema de la cosa juzgada en el curso del litigio, para el legislador esto es lógicamente posterior, porque sólo después de que el legislador decida que la sentencia de grupo es obligatoria para todos los miembros ausentes él tiene que decidir quién es capaz de representar adecuadamente sus intereses en el tribunal.

Uno de los componentes más importantes de cualquier legislación de acción colectiva es determinar quién puede representar los intereses del grupo en el tribunal. Hay muchas bases para identificar un representante adecuado para los intereses del grupo. La ley puede dejar esta facultad en un individuo (sea o no miembro del grupo), en una asociación privada (esté o no previamente autorizada por el gobierno, por el juez o por sus miembros), o en el gobierno (a través de órganos o funcionarios públicos, el *ombudsman,* o del Ministerio Público).

Estas opciones no son necesariamente mutuamente excluyentes. Cada alternativa tiene tanto ventajas como desventajas, y ningún enfoque único puede lograr un sistema ideal por sí solo. Limitar la selección de la representación del grupo a sólo una de las tres alternativas puede ser más perjudicial que benéfico a la integridad del sistema, a los miembros ausentes y a los demandados. Una combinación de las tres opciones, capacitando individuos, así como a entidades públicas y privadas para tener legitimación colectiva, promueve los aspectos positivos de cada enfoque en tanto que mitiga los problemas inherentes y riesgos de los otros[6]. Las leyes brasileñas sobre acciones

6 Véase Cappclletti, Mauro, "Governmental and Private Advocates for the Public Interest in Civil Litigation: A Comparative Study", *Access to Justice. Promising Institutions* (Cappelletti & Weisner ed., 1979), t. TI, pp. 856 y 861-865 ("creo que la lección es una de pluralismo; acción 'privada' y 'gubernamental" deben complementarse una a otra"; "la respuesta a este problema, aunque difícil de ser implementada, es combinar soluciones, fortaleciendo la actividad individual con la de las organizaciones por el interés público, además de la intervención y control del gobierno"); Cappelletti, Mauro, *The Judicial Process in Comparative Perspective,* 1991, pp. 283-287 Y 297-299 (da ejemplos en el derecho comparado de los "miles de caminos a combinar e integrar mutuamente, entre el celo partidario de los grupos de intereses privados (*public interest groups*) con el desapego, equilibrio y neutralidad de un funcionario del gobierno, cuya posición es intermediaria entre un juez y un administrador público"); Pisani, Proto, "Appunti preliminari per uno studio sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi (o piü esatamente: superindividuali) innanzi al giudice civile ordinario", *Le azioni a tutela degli interessi collettivi* (Vittorio Denti ed., 1976), pp. 263 y 274-279; véase Barbosa Moreira, "A legitimacáo para a defesa dos 'interesses difusos' no direito brasileiro", *Temas de Direito*

colectivas han adoptado un modelo pluralista, dando legitimación a una amplia y diversa lista de entidades. Sin embargo, no hay un modelo ideal. Otras jurisdicciones, al decidir sobre la legitimación en las acciones colectivas, deben considerar las peculiaridades y necesidades de su sociedad.

III. El enfoque brasileño en la legitimación colectiva

El artículo 82 del Código brasileño del Consumidor confiere legitimación exclusiva para iniciar una acción colectiva en representación de los intereses del grupo al Ministerio Público, a la República Federal de Brasil, los estados, los municipios y al Distrito Federal, a órganos administrativos y a asociaciones privadas (organizaciones no gubernamentales). Estas entidades pueden promover una acción colectiva en forma independiente o conjunta[7].

Adoptando la terminología legal norteamericana, la filosofía que yace en las acciones colectivas brasileñas podría ser vista como las acciones civiles públicas (*"parens patriae civil actions"*) más que como "procurador general privado" (*private attorney general*), debido a la legitimación colectiva del gobierno. Sin embargo, la doctrina brasileña sobre la acción colectiva realmente está apoyada entre estos dos conceptos, en tanto no solamente el gobierno, sino también las asociaciones privadas tienen legitimación para representar al grupo en el tribunal. Una asociación de consumidores o de ambientalistas desempeña un papel que se asemeja mucho al "procurador general privado", como lo hace un miembro individual del grupo[8].

Processual. Terceira Serie, 1984, pp. 184 y 185; Cappclletti, Mauro y Garth, Bryant, "Finding an Appropriate Compromise: A Comparative Study ofIndividualistic Models and Group Rights in Civil Procedure" , *Effectiveness of Judicial protection and Constitutional Order. The General Reports for the vtt" Intemational Congress on Procedural Law. Würzburg* (Walter Habscheid ed., 1983), p. 117; Kojima, Takeshi, "Protection of Diffuse, Fragmented and Collective Interests in Civil Litigation", P*erspectives on Civil Justice and ADR: Japan and the U.S.A,* núm. 3, 1990, pp. 3 y 4 (argumentan que "especialmente en el campo de los intereses difusos y colectivos, una competencia sana entre los sectores públicos y pri vados debe ser estimulada").

7 Véase Código del Consumidor brasileño, artículo 82, traducido *infra,* capítulo dêcimo, sección 1.

8 Véase Cappclletti, Mauro, "Governmental and Private Advocates for the Public Interest in Civil Litigation: A Comparative Study", *Access to Justice. Promising Institutions* (Cappelletti & Weisner ed., 1979), t. II, pp. 773-775 (distingue con propósitos de clasificación entre "procurador general privado individual" (*individual private attorney general*) y "procurador general privado organizacional"

El artículo 82 establece una lista exhaustiva: solamente las partes antes enumeradas –el Ministerio Público, la República Federativa de Brasil, los estados, los municipios, el Distrito Federal, los órganos administrativos y las asociaciones privadas– tienen legitimación para demandar en representación de un grupo[9]. Nuevas leyes o reformas pueden alterar esta regla general, ya sea extendiendo o restringiendo la lista de representantes. Sin embargo, por ahora los individuos, sean o no miembros del grupo afectado, carecen de legitimación para demandar a nombre de los intereses del grupo, con excepción de la limitada finalidad de la acción popular[10].

Puesto que los miembros individuales del grupo no tienen legitimación para demandar en nombre del grupo, el requisito de la tipicidad (*typicality*) –común en el derecho norteamericano– no existe en el derecho brasileño. El legislador dio legitimación colectiva a entidades en reconocimiento a un interés social o comunitario de una acción colectiva y no –como en los Estados Unidos– en referencia a un interês e iniciativa individual[11]. Haciendo esto explícitamente, el legislador brasileño también sobrepasó las

(*organitational private attorney general*). La frase "procurador general privado" (*private attorney general*) es relativamente reciente. Fue primero usada por el juez Frank en Associated Industries, Inc. v. Ickes, 134 F.2d 694, 704 (2d Cir. 1943) (Frank J.), *vacated* 320 U.S. 707 (1943). Véase Jaffe, Louis, "Thc Citizen as Litigant in Public Actions: Tbe Non-Hohfeldian or Ideological Plaintiff", *U. Pa. L. Rev.,* núm. 116, 1968, p. 1033 (donde usa la frase "actor ideológico").

9 Véase Código del Cosumidor brasileño, artículo 82, traducido *infra,* capítulo capítulo décimo, sección 1.

10 La acción popular es el único tipo de acción colectiva en Brasil que es realizada exclusivamente por personas privadas, pero su fin es muy limitado. La Ley de la Acción Popular da a los ciudadanos brasileños legitimación para demandar sólo por la violación de derechos políticos (nulidad de actos públicos que violan el patrimonio público, el medio ambiente, derechos históricos o de valor cultural o de moralidad en la administración pública). Véase Constitución brasileña, artículo 50., LXXIII. *Vid. supra,* nota 26.

11 Véase Homburger, Adolf, "State Class Actions and the Federal Rules", *Colum. L. Rev.,* núm. 71, 1971, pp. 610 y 690 (opina que "la filosofía básica de las acciones colectivas [en Estados Unidos] ha permanecido sin cambios a través de los siglos. El interés propio –la fuerza motivadora que mueve al sistema contencioso– también sostiene a la doctrina de las acciones colectivas. Pode mos confiar en un hombre que ayuda a los demás si por hacerlo se ayuda a sí mismo, en particular si solamente ayudando a los otros será capaz de proteger y promover sus propios intereses. Construyendo sobre esta simple premisa, las acciones colectivas se apoyan en los instintos naturales del hombre a actuar en su mejor interés para lograr la justicia y la eficiencia procesal en el litigio de masas"); véase Degnan, Ronan, "Foreword: Adequacy of Representation in Class Action", *Cal. L. Rev.,* núm. 60, 1972,

reglas técnicamente complejas de la legitimación creada por los tribunales sobre la legitimación de las asociaciones (*associational standing*)[12].

Por otra parte, no hay un requisito formal respecto a la representación adecuada. Esto no significa que la cuestión de una representación correcta, o la justicia para los ausentes, sea irrelevante en Brasil. Más bien, la representación adecuada no es generalmente una materia dejada a la discreción judicial. El legislador prescribió *a priori* un cierto tipo de demandantes que podían con equidad y adecuadamente representar los intereses del grupo. Así, estuvo implícito en el razonamiento del legislador que estas entidades seleccionadas representarían los intereses del grupo más justamente que lo haría uno de los miembros del grupo[13].

Para asegurar un trato justo a los miembros ausentes del grupo, la ley brasileña exige que el Ministerio Público sea notificado de la aceptación de cualquier acción colectiva y que sea invitado a intervenir como observador[14]. En el contexto de la tradición del derecho civil, como una parte neutral de-

p. 705. Compárese Wouter de Vos, "Reflcctions on the Introduction of a Class Action in South Africa", *Tydskrif Vir Die Suid-Afrikaanse Reg.,* 1996 pp. 639, 643 y 644 (advierte que "el representante puede también estar inclinado hacia sus propios intereses en detrimento de los otros miembros del grupo").

12 El requisito de la numerosidad (*numerosity*) también es inexistente en Brasil. Algunos sistemas requieren un grupo compuesto al menos de 2 o más miembros (Canadá), en otros por lo menos 7 o más (Australia), o 10 o más (China). En los Estados Unidos, la regla federal 23 (a)(l) exige grupos cuyo litisconsorcio sea impracticable (" el grupo es tan numeroso que la reunión de todos los miembros es impracticable") (*joinder impracticability*). El criterio adoptado en el derecho norteamericano es flexible, cuando el grupo es relativamente pequeño (20 a 40 miembros). El tribunal toma en cuenta miles de factores en la determinación de este requisito. Véase Newberg, Herbert y Cante, Alba, *Newberg on Class Actions,* núm. 1, 1992, pp. 3, 13,33 Y 45; Verner, Jimmy, Jr., "Numerosiry and Federal Rule 23: How Many is Too Many?" *UMKC L. Rev.,* núm. 49, 1981, p. 312. No hay una razón forzosa, sin embargo, para la existencia de este requisito, otro que no sea la historia y la tradición de las acciones colectivas. Véase *Federal Equity* Rule 48, 1842; *Federal Equity* Rule 38, 1912.

13 *Vid. infra,* capítulo sêptimo, sección V, "Cosa juzgada e insuficiencia de pruebas" (discute la representación adecuada a la luz de la producción de pruebas insuficientes).

14 Véase Ley de Acción Popular, artículos 50. y lo.; Código del Consumidor brasileño, artículo 92. Éste es un tema recurrente en las propuestas legislativas de acciones colectivas en los Estados Unidos. Véase *H. R. 5103, 96th Cong.,* 1979 y *Class Action Fairness Act, S. 353, 106th Cong.,* 1999. Sin embargo, en los Estados Unidos el único control formal sobre el representante del grupo (en la práctica, sobre los abogados del grupo) es conducido por el juez.

sinteresada, el Ministerio Público puede estar en una posición mejor que el juez para monitorear el procedimiento, evaluando la representación adecuada y protegiendo los intereses del grupo y de sus miembros[15]. Además, entre la amplia lista de entidades con legitimación para promover acciones colectivas, cualquiera de ellos tiene el derecho de intervenir en el procedimiento colectivo para ayudar al demandante original[16]. La parte interviniente puede ejercer un papel activo, incluso apelar o asumir el papel de representante si el demandante original abandona el procedimiento. Por lo menos en teoría, esto mitiga algunas preocupaciones que puedan surgir respecto a la representación adecuada. El hecho de que la legitimación colectiva esté limitada a organizaciones y entidades oficiales reduce aún más la necesidad del juez de ser activo para controlar la adecuación del representante.

La renuencia de las jurisdicciones de derecho civil para otorgar legitimación colectiva a individuos puede ser mejor entendida si se recuerdan algunas características de los sistemas de derecho civil, particularmente la falta de una barra empresarial, la existencia de la regla de que el vencido es condenado a pagar los honorarios del abogado del vencedor y las bajas cantidades otorgadas por daños y por honorarios de abogados[17]. En verdad, en un sistema que está considerablemente orientado a proteger al demandado (*defendant oriented*), como en los sistemas de derecho civil, la principal preocupación no es la de demandas de mala fe o chantajistas (los demandantes no tienen poder suficiente para esto), sino la representación adecuada de derechos de grupo ante el tribunal. Además, en las acciones colectivas los demandados son usualmente litigantes expertos (*repeat players*), tales como corporaciones y el gobierno[18].

15 Una importante diferencia entre los sistemas norteamericano y brasileño es el papel del Ministerio Público en cuestiones no criminales. Véase "Govcmmental and Private Advocates for the Public Interest in Civil Litigation: A Comparative Study"; *Access to Justice. Promising Institutions* (Cappelletti & Weisner ed., 1979), t. n, pp. 802-808; Hazard, John, "The Role of the Ministere Public in Civil Proccedings", *Law in the United States of America in Social and Technological Revolution* (John Hazard & Wenceslas Wagner eds., 1974) p. 209; Vera Langer, "Public Interest in Civil Law, Socialist Law, and Common Law Systems: The Role of the Public Prosecutor", *Am. J. Comp. L.,* núm. 36, 1988, p. 279.

16 Véase Gidi, Antonio, "Assistência em acóes coletivas", *Código de Processo Civil. 20 años de vigencia* (Cruz e Tucci ed., 1985).

17 Véase *infra,* capítulo segundo, sección III, "El sistema brasileño de procedimiento civil".

18 Los juristas de derecho civil han sentido tan fuertemente sobre este punto que han usado el poder retórico de la metáfora literaria y bíblica. Mauro Cappelletti pregonó contra dar a los individuos

Es indudable que en el sistema estadounidense el verdadero representante de los intereses de grupo en el tribunal, y, en última instancia, el *dominus litis,* es el abogado del grupo, y no los miembros del grupo ni el representante. El abogado es abiertamente considerado como un empresario, y la acción colectiva es considerada como una inversión privada del abogado[19]. El representante es meramente una "llave" que el abogado necesita para abrir las puertas del tribunal. Esta realidad ha conducido al concepto intelectualmente honesto de sugerir la eliminación del miembro del grupo como un representante, dando legitimación colectiva directamente a los abogados[20]. Sin em-

legitimación colectiva, comparándola a la batalla patética de Don Quijote contra los molinos de viento. Barbosa Moreira comparó esto a la batalla de David sin su honda. Véase Cappelletti, Mauro, "Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile", *Rivista di Diritto Processuale,* núm. 30, 1975, p. 361; *idem,* "La protection d'intêrêts collectifs et de groupe dans le preces civil (mêtamorphoses de la procêdure civile)", R. 1. D. e; núm. 27, 1975, pp. 571 Y 576; idem, "Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi", *Le azioni a tutela degli interessi collettivi* (Vittorio Denti ed., 1976), pp. 191, 210-220; Barbosa Moreira, "A protecáo jurídica dos interesses coletivos", *Temas de Direito Processual. Terceira serie,* 1984, p. 176. Estas imágenes estan fuertemente establecidas en el folklore comparativo de las investigaciones sobre las acciones colectivas en los países de derecho civil.

19 Véase Coffee, John Jr., "Understanding the Plaintiff' s Attorney: The Implications of Economic Theory for Private Enforcement of Law Through Class and Derivative Actions", *Colum. L. Rev.,* núm 86, 1986, p. 669; *idem,* "The Regulation of Entrepreneurial Litigation: Balancing Fairness and Efficiency in the Large Class Action", *U. Chi. L. Rev.,* núm. 54, 1987, p. 877; Kay Kane, Mary, "Of Carrots and Sticks: Evaluating the Role of the Class Action Lawyer", *Tex. L. Rev.,* núm. 66, 1987, p. 385; Macey, Jonathan y Miller, Geoffrey, "Auctioning Class Action and Derivative Suits: A Rejoinder", *Nw. U. L. Rev.,* núm. 87, 1993, p. 458.

Esta proposición es inaceptable en la tradición del derecho civil. Pero véase Note, "Class Action Litigation in China", *Harv. L. Rev.,* núm. 111, 1998, pp. 1523, 1533-1534 Y 1536-1540 (advierte que una profesión legal dirigida al mercado (*market-driven legal profession*) puede ser esencial no sólo para aumentar el acceso a los tribunales de China, sino también para implementar el estado de derecho).

20 Véase Wegman Burns, Jean, "Dccorative Figureheads: Eliminating Class Representative in Class Actions", Hast. L. J., núm. 42, 1990, p. 165; Macey, Jonathan, y Miller, Gcoffrey, "The Plaintiff's Attorney's Role in Class Action and Derivative Litigation: Economic Analysis and Recommendations for Reform", *U. Chi. L. Rev.,* núm. 58, 1991, p. 1.

Este tema no es nuevo en los Estados Unidos. Fue primero examinado en 1940 por Harry Kalven, Jr. y Maurice Rosenfield. Véase Kalven, Harry, Jr. y Rosenfield, Maurice, "Thc Contemporary Function ofthe Class Suit", *U. Chi. L. Rev.,* núm. 8,1940, pp. 684, 718 y nota 98 (opinan que "el requisito de que exista un cliente inicial [representante] parece anacrónico, porque el grupo es el cliente real, y la situación no se ajusta completamente a las nociones ortodoxas de la relación cliente-abo-

bargo, en la práctica, esta facultad tan extensa del abogado en la acción colectiva ha conducido a abusos y ha generado una hostilidad acentuada al litigio colectivo por parte de los tribunales, las empresas y los medios de comunicación. Una reciente reacción legislativa en el derecho federal norteamericano del mercado de valores de 1995 (Private Securities Litigation Reform Act), trata de quitar parte del poder de los abogados para dárselo de nuevo al representante[21].

gado ... El problema surge naturalmente ¿por què no permitir al abogado promover una acción colectiva sin un cliente inicial [representante]?)" Véase Comment, "Adcquate Representation, Notice and the New Class Action Rule: Effectuating Remedies Provided by the Securities Iaws", *U. Pa. L. Rev.,* núm. 116, 1968, pp. 889 Y 903 (" el cliente es, en realidad, el grupo").

Sin embargo, desgraciadamente, los tribunales y juristas norteamericanos no han aprendido aún esta lección. Varios libros (libros de casos, tratados y publicaciones profesionales) continúan considerando a las acciones colectivas como un medio de reunión de partes (*joinder device*) o acción repre sentativa (*representative action*), estudiándolas junto con el litisconsorcio, intervención y agregación de partes. El origen del error está en las mismas leyes norteamericanas (*Federal Rules of Civil Procedure*), las que incluyen a las acciones colectivas en el capítulo sobre "partes". (Véase Federal Rules of Civil Procedure, capítulo IV, reglas 17-25). Una de las pocas excepciones es Friedenthal, Kane & Miller, *Civil Procedure,* 1999 (que trata a las acciones colectivas en un capítulo separado sobre "procedimientos especializados").

Tal vez porque la evolución de la acción colectiva ha sido un proceso largo, asistemático y lento en los Estados Unidos, que ha ocurrido durante varios siglos, los norteamericanos realmente nunca han captado totalmente que la naturaleza de las acciones colectivas es que constituyen una rama separada del procedimiento civil, con su propia esfera, y diferente del litigio individual. En consecuencia, los norteamericanos siempre tienen el confort de ver a las acciones colectivas solamente como otra acción representativa o, lo que es peor, como casi un litis consorcio (*joinder device*). Más de medio siglo ya ha pasado desde que Kalven y Rosenfield advirtieron por primera vez que "el grupo es el verdadero cliente" . Esta vieja y bastante obvia lección puede aun ser considerada por algunos como revolucionaria y no ortodoxa. Véase Shapiro, David, "Class Actions: the Class as Party and Client", *Notre Dame L. Rev.,* núm. 73, 1998, pp. 913 y 960 (que dice que "el lector de este ensayo puede ver las ideas en este artículo como una ruptura radical de nociones tradicionales, o en otro extremo, como justamente una descripción de acontecimientos que han estado haciêndose ... Si nosotros aceptamos la noción que el grupo mismo es –o por lo menos debería ser– el demandante y el litigante representado, estaremos en una mejor posición de hablar sobre los cambios que son necesarios [para que la acción colectiva realice su total potencial], y los problemas institucionales que deben ser confrontados al intentar implementar esos cambios").

21 Wright, Miller y Kane, *Federal Practice and Procedure,* núm. 7B, 2a. ed., Pocket Part ñ 1806; Weiss, Elliott y Beckerman, John, "Let the Money Do the Monitoring: How Institutional Investors Can Reduce Agency Costs in Securities Class Actions", *Yale L. J.,* núm. 104, 1995, p. 2053; Burbank, Stephcn, "Thc Class Action in American Securities Regulation", *ZZPlnt,* 1999, p. 4.

La literatura norteamericana, sin embargo, ha reconocido ya que los más efectivos supervisores de los abogados de grupo son con frecuencia organizaciones que no son miembros del grupo, pero que tienen un interés especial en el tema del litigio[22]. Por otra parte, "una organización con experiencia podría dar al juez toda la información que necesita para entender las consecuencias de sus decisiones; en verdad, una organización probablemente sería más capaz de dar esta clase de información que un individuo cuyas preocupaciones estuviesen centradas solamente en sus intereses inmediatos"[23].

Tal vez, la representación adecuada no está completamente regulada en las leyes brasileñas de las acciones colectivas porque los derechos individuales de los miembros del grupo no deben comprometerse si la sentencia judicial está contra los intereses del grupo[24]. Además, no debe haber cosa juzgada en lo absoluto si la acción no tiene éxito debido a la insuficiencia de pruebas[25]. En el último caso, la misma acción colectiva puede intentarse de nuevo si es presentada con nuevas pruebas[26]. Sin embargo, aunque los derechos individuales de los miembros del grupo puedan no estar implicados si la sentencia es contraria a los intereses del grupo, un nuevo litigio de un derecho transindividual (difuso y colectivo) estaría impedido por la cosa juzgada, impidiendo una segunda acción colectiva en protección al mismo derecho del grupo[27]. El legislador brasileño erró al no fijar guías que expresamente dieran poder a los jueces para que activamente evaluaran la representación adecuada en cada caso.

22 Véase Wegman Burns, Jean, "Dccorative Figureheads: Eliminating Class Representative in Class Actions", *Hast. L. J.,* núm. 42, 1990, pp. 165 y 196 (opina que "a diferencia de muchos individuos privados, [las organizaciones] a menudo tienen la sofisticación y los recursos financieros para supervisar un litigio por muchos años"). Véase Farole, Donald, Jr., *Interest Groups and Judicial Federalism,* 1988 (que discute la importancia de los grupos organizados de intereses [*organized interest groups*] en el proceso judicial norteamericano).

23 Véase Parker, Douglas L., "Standing to Litigate 'Abstract Social Interests' in the United States and Italy: Reexamining 'Injury in Fact'", *Colum. J. Transnat'l L.,* núm. 33, 1995, pp. 259, 312 Y 316 (opina que "hay un riesgo de que las demandas de una persona lesionada sea tan peculiar que pueda realmente engañar al tribunal sobre los efectos de su sentencia").

24 Véase *infra,* capítulo sêptimo, "Cosa juzgada" .

25 Véase *infra,* capítulo séptimo, sección V, "Cosa juzgada e insuficiencia de pruebas".

26 I*dem.*

27 La reglamentación de la cosa juzgada en las acciones colectivas brasileñas es bastante compleja e interesante, y será desarrollada más completamente adelante. Ver *infra,* capítulo séptimo, "Cosa juzgada".

De acuerdo con la opinión predominante en Brasil, lo que es realmente importante es que el representante sea una de las entidades autorizadas por la ley[28]. En consecuencia, la ausencia de una representación adecuada de los intereses del grupo en el procedimiento no afecta a la cosa juzgada en la acción colectiva brasileña[29]. Algunos juristas opinan que el juez esté prohibido de evaluar la adecuación de la representación[30]. Una vez otorgada y firme la sentencia colectiva, ésta sólo puede ser anulada por medio de un procedimiento independiente para revisión de sentencias firmes limitado a reglas muy estrictas (*acao rescisória*)[31].

Es perturbante que la representación adecuada, la clave del debido proceso en las acciones colectivas norteamericanas, sea regulada en Brasil tan débilmente[32]. Es un miedo en general que los jueces de derecho civil no tengan el poder, la inclinación o la capacidad profesional de examinar la representación adecuada en cada caso[33]. Aunque es difícil de hacerlo, el control de la adecua-

28 Véase Código del Consumidor brasileño, artículo 82, traducido *infra,* capítulo dêcimo, sección 1.

29 Véase Grinover, Ada P., *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor,* 1999, pp. 805 Y 806.

30 Véase Nery, Nelson Junior, y Nery, Rosa, *Código de Processo Civil comentado,* 1997, p. 1137; Arruda Alvim et al., *Código do Consumidor comentado,* 1995, pp. 381 Y 382.

31 Véase Código de Proceso Civil brasileño, artículos 485-495 (*acao rescisória*). El juicio debe estar fundamentado sobre bases muy estrechas (fraude, error, nuevas pruebas descubiertas, etcêtera) y debe ser comenzado dentro del plazo de dos años. Después de que expire este periodo, todas las irregularidades procesales, injusticias e ilegalidades son consideradas muertas. Este procedimiento es el equivalente funcional de la regla 60(b) del procedimiento norteamericano.

32 Véase Cappelletti, Mauro, *The Judicial Process in Comparative Perspective,* 1991, p. 304 (considera que la representación adecuada es un instrumento para un nuevo concepto social o colectivo del debido proceso, adapatado a conflictos masivos). Comment, "Adcquate Representation, Notice and the New Class Action Rule: Effectuating Remedies Provided by the Securities Laws", *U. Pa. L. Rev.,* núm. 116, 1968, p. 889; Comment, "Thc Importance of Being Adequate: Due Process Requirements in Class Actions Under Federal Rule 23", U. Pa. L. Rev., núm. 123, 1975, p. 1217.

33 Véase Cappalli, Richard y Consolo, Claudio, "Class Actions for Continental Europeí A Preliminary Inquiry", *Temple lnt'l & Comp. L. J.,* 1992, pp. 217 y 291 (observan que los jueces italianos y tal vez aun otros del continente europeo, serían "absolutamente incapaces de cumplir de un modo creíble las mismas funciones que el juez norteamericano", incluyendo la evaluación de la adecuación del representante). Véase Giussani, Andrea, *Studi sulle "class actions",* 1996, pp. 371 y 387.
Compárese Koch, Harald, "Group and Representative Actions in West German Procedure"; *German National Reports in Civil Law Matters for the XIllth Congress of Comparative Law in Montréal,* núm. 27, 1990, pp. 34 y 35 (da ejemplos de los tribunales alemanes que evaluaron la representación adecuada en acciones colectivas); Cooper, Edward, "Class-Action Advice in the Form of Questions".

ción de la representación de los intereses de los miembros ausentes no puede ser dejado completamente fuera del escrutinio judicial. El papel desempeñado por los jueces de derecho civil puede diferir sustancialmente del desarrollado por los jueces del *common law.* Sin embargo, esto no significa necesariamente que los jueces de derecho civil sean incapaces de ejercer algún control sobre la representación adecuada, especialmente si están apoyados por otros medios[34].

Un anteproyecto de ley sobre acción colectiva que fue propuesto en Brasil había dado a los jueces la facultad de controlar la representación adecuada en cada caso. Este anteproyecto nunca fue promulgado, pero ofrecía una mejor solución a los problemas inherentes a las acciones colectivas que la ley que fue promulgada posteriormente por el legislador[35].

Esto significa en la práctica que el representante puede litigar pobremente, o aun peor, perder el caso intencionalmente. Los intereses de los miembros ausentes del grupo pueden ser mal representados o ser víctimas de fraude. Sin embargo, los miembros ausentes no deben estar obligados por los actos de una representación inadecuada. La misma noción de una "representación inadecuada" debe ser vista como una contradicción en sus términos: una inadecuada representación es una no-representación. En consecuencia, aunque la legislación de la acción colectiva brasileña no aborda este tema, y aun no sea la opinión general entre los juristas brasileños, yo sugiero que una representación incompetente de los derechos del grupo por un representante debe ser considerada como una violación al debido proceso legal garantizado por la Constitución brasileña[36]. En tales circunstancias, el

Duke J. Comp. lnt'l L., núm. 11,2001 (opina que la "participación y control individual pueden indicar un punto donde los sistemas inquisitoriales de derecho civil (*inquisitorial*) tienen ventaja sobre el sistema contencioso del *common law* (*adversarial*). Cada aumento en el nivel de responsabilidad del juez para dirigir y definir el litigio reduce la importancia de la participación de las partes y de los intereses en conflicto. Con el tiempo, las acciones colectivas pueden demostrar ser más adaptables a los sistemas de derecho civil que a los del *common law,* que las crearon").

34 Algunos de estos medios pueden incluir una selección legislativa cuidadosa de categorías de representantes; previa acreditación administrativa de asociaciones privadas y notificación al Ministerio Público, a otras asociaciones interesadas y a algunos miembros ausentes. Estos medios son discutidos en este ensayo en otra sección.

35 Véase Anteproyecto de Ley de Acciones Colectivas No. 3,034/1984, reproducido en *A tutela dos interesses difusos* (Ada P. Grinover ed., 1984), p. 189.

36 Véase Constitución brasileña, artículo 50., LIV ("Ninguna persona será privada de su libertad o de su propiedad sin el debido proceso legal").

tribunal debe desechar el caso. Si el tribunal no lo hace e inadvertidamente decide sobre el fondo del caso, la sentencia no debe tener efectos de cosa juzgada[37].

IV. El papel de las asociaciones en la protección de los derechos de grupo

La ideología política tradicional del derecho civil generalmente mira hacia el gobierno para la protección del interés público[38]. Sin embargo, hay un sentimiento creciente, de que como el gobierno tiene conocimientos y recursos limitados, no sería deseable ni posible asegurarle una representación adecuada de algunos intereses de grupo en el tribunal[39]. Puesto que el legis-

37 Véase Gidi, Antonio, "A representacáo adequada nas acóes coletivas brasileiras. Urna Proposta", *RePro,* núm. 108, 2002, p. 61 (presentación dirigida a las IV Jornadas de Direito Processual Civil en Fortaleza, 8 de agosto de 2001).

38 La regla no es diferente en el enfoque tradicional del *common law.* Véase *Gouriet v. Union of Post Office Workers* [1977] 3 WLR 300 ("es un principio fundamental del derecho inglês que los derechos privados pueden hacerse valer por individuos, pero que los derechos públicos sólo pueden ejercitarse por el Procurador General (*Attomey General*) como representante del público. En têrminos del derecho constitucional los derechos del público están radicados en la Corona, y el Procurador General los aplica como un funcionario de la Corona"). Esta es la base de las "*relator actions"* inglesas, en las que "una persona debe primero obtener el consentimiento del Procurador General para promover ciertas acciones a su nombre, y evitar así interferencia con un derecho público, evitar un percance público, u obligar la realización de un deber público". Véase Sir Jack Jacob, *The Fabric of the English Civil Justice,* 1987, p. 81; Harlow, Carol y Rawlings, Richard, *Pressure Through Law,* 1992, pp. 144 Y 145; Jolowicz, J. A., *On Civil Procedure,* 2000, pp 133-142; Vera Langer, "Public Interest in Civil Law, Socialist Law, and Common Law Systems: The Role of the Public Prosecutor", *Am. J. Comp. L.,* núm. 36, 1988, p. 279. Pero véase Sir Jack Jacob, *The Fabric ofthe English Civil Justice,* 1987, p. 81 (opina que la práctica de las relator actions en Inglaterra "debería extenderse para permitir que tales acciones sean promovidas sin el previo consentimiento del Procurador General cuando una persona puede mostrar que tiene suficiente interés en el procedimiento, apliamente interpretado").

39 Véase Cappelletti, Mauro y Garth, Bryant, "Finding an Appropriate Compromise: A Comparative Study of Individualistic Models and Group Rights in Civil Proccdure", *Effectiveness of Judicial Protection and Constitutional Order. The General Reports for the vtt" International Congress on Procedural Law. Würzburg,* Walter Habscheid ed., 1983, pp. 117 Y 130 (opinan que las agencias del gobierno han limitado recursos y ellas frecuentemente permanecen dependientes del gobierno en el poder). Véase más recientemente Afialo, Ari, "Towards a 'Common Law' of Europe: Effective Judicial Protection, National Procedural Autonomy, and Standing to Litigate Diffuse Interests in the European

lador brasileño determinó que las acciones colectivas estarían mal representadas si esta responsabilidad recayera en un miembro del grupo, la mejor opción fue que las leyes sobre acciones colectivas atribuyeran legitimación a las asociaciones privadas[40].

Para asegurar la representación adecuada y preservar los derechos del grupo, las asociaciones deben tener un programa bien definido. En consecuencia, una asociación debería poder promover una acción colectiva solamente para proteger intereses esencialmente relacionados con los fines institucionales establecidos en sus estatutos[41]. Por ejemplo, una asociación de protección al consumidor puede promover una acción colectiva de consumidores; en principio no tendría legitimación ("interés legal" en la terminología del derecho civil) para presentar una acción de protección al medio

Union", *Suffolk Transnat'l L. J.,* núm. 22, 2000, pp. 349 Y 371-376 (opina que dejar el cumplimiento de las leyes ambientales de la Comunidad Europea al gobierno resultaría en su inaplicabilidad); Leal, Márcio, A?,<'ies coletivas: história, teoria e prática, 1998, p. 131.

40 Véase Sassani, Bruno, "Dêfinition d'intêrêt collectif justifiant les diffêrentes action enjustice des organisations de consommateurs dans les États membres de la Communautê Europêennc", *Roma e America,* núm. 5, 1998, pp. 121, 147 y 148 (opina que atribuir legitimación colectiva a las asociaciones privadas es 10 menos problemático y la têcnica más fructífera para las acciones colectivas, y advierte que es la têcnica elegida por las directivas de la Comunidad Europea y por las leyes nacionales que las siguen).

41 Véase Barbosa Moreira, "Acóes coletivas na Constituicáo Federal de 1988", *Revista de Processo,* núm. 61,1991, pp. 187 y 191; Milarê, Édis, "A acáo civil pública em defesa do ambiente", *Acao civil pública. Reminiscencias e reflexoes após de: anos de aplicacáo* (Édis Milaré ed., 1995), pp. 193,248 y 249; Araújo Filho, Luiz, *Acaos coletivas: a tutelajurisdicional dos direitos individuais homogêneos,* 2000, pp. 95-97; Mancuso, Rodolfo, *Acao civil pública,* 2000, pp. 50-61; Fidêlis dos Santos, Emane, "Mandado de seguranca individual e coletivo. Legitimacáo e interesse", *Ajuris,* núm. 28, 1995, pp. 25 Y 33; Mazzilli, Hugo, *A defesa dos interesses difusos em juizo,* 20001, p. 223. Compárese Nery, Nelson, Junior y Nery, Rosa, *Código de Processo Civil comentado,* 1997, p. 1138 (opinan que expresar provisiones en los estatutos no es necesario: la existencia de una política práctica que apoye la protección de estos intereses debería bastar para su legitimación colectiva). Las leyes brasileñas, sin embargo, no son claras en esta materia.

Véase Thewes, Marc, "Les actions en justice des groupements en droit comparê", *Annales du Droit Luxembourgeois,* núm. 5, pp. 39, 48, 58, 61, 66, 70, 73, 80 (expone que en Europa las leyes sobre acciones colectivas claramente requieren que los estatutos expresamente asignen a la asociación el objetivo de proteger los derechos de sus miembros); el Código de Procedimientos Civiles de Quebec, artículo 1048, autoriza que personas legales, cooperativas y asociaciones soliciten el papel de representantes cuando uno de sus miembros sea también uno de los miembros del grupo y el juicio se proponga proteger intereses relacionados con "los fines por los cuales fue constituida esa persona").

ambiente o a los derechos humanos. La misma regla aplica a los sindicatos, los cuales son asociaciones en la ley brasileña; los sindicatos pueden proteger solamente el trabajo y los derechos de los trabajadores en áreas que ellos representan por su especialidad.

Las asociaciones son consideradas los representantes naturales de los derechos de grupo, no en virtud de sus propias declaraciones en sus estatutos, sino porque existe una correspondencia natural entre el carácter *transindividual* del derecho que se exige ante el tribunal y la necesidad de un representante *transindividual*[42]. Más aún: las asociaciones deben estar autorizadas a iniciar acciones colectivas no porque representen los intereses de sus miembros, sino porque ellas a menudo pueden conservar aquellos derechos de grupo más efectivamente que los propios individuos[43].

Una vez que una asociación inicia una acción colectiva en Brasil, el fin de la representación no se limita a proteger los derechos de sus propios miembros. Más bien los derechos que disfruta el grupo entero deben ser protegidos en la acción, y así todos aquellos perjudicados por el demandado a quien se le imputa una conducta ilegal serán representados en la acción colectiva[44]. Todos los miembros del grupo, sean o no miembros de la asociación que inicia un litigio, serán beneficiados del fallo y vinculados por la cosa juzgada. En consecuencia, es necesario distinguir entre "miembros del grupo" y "miembros de la asociación": un miembro del grupo puede ser o no ser miembro de la asociación actora, y un miembro de la asociación puede ser o no ser un miembro del grupo. Por ejemplo, el miembro de una asociación actora de una acción colectiva no será miembro del grupo a menos que esté perjudicado por la conducta ilegal que se alegue del demandado. Igualmente, el miembro de un grupo lesionado por la conducta del demandado puede que jamás haya sido un miembro de la asociación.

42 Véase Antunes, Luís, *A tutela dos interesses difusos em direito administrativo: para urna legitimacáo procedimental,* 1989, pp. 26 Y 27; Cresti, Marco, *Contributo allo studio della tutela degli interessi diffusi,* 1992, p. 59; Mancuso, Rodolfo, A,ao civil pública, 2001, p. 101.

43 Véase Koch, Harald, "Group and Representative Actions in West Germany Procedure"; *German National Reports in Civil Law Matters for the XIlth Congress of Comparative in Montréal,* 1990, pp. 27 Y 34 (opina que el interés público en otorgar una protección efectiva a los derechos de grupo es tan fuerte que el control no debería dejarse a la aplicación indirecta por los individuos).

44 Véase Gidi, Antonio, Coisajulgada e litispendencia em a,oes coletivas, 1995, p. 128; Watanabe, Kazuo, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor,* 1999, p 724.

En contraste con la tendencia de Brasil y de algunos países europeos, la Suprema Corte de los Estados Unidos decidió en *Sierra Club v. Morton* que para tener legitimación una asociación debe alegar que ya sea ella o alguno de sus miembros han sido o podrían ser lesionados por la conducta del demandado[45]. De acuerdo con el caso Sierra Club, un mero interés propio de la organización (*organizational interest*) y la constante preocupación por la protección de los recursos naturales, sumado a una larga experiencia con litigios, es insuficiente para dar legitimación a la asociación como representante del interés público en una acción colectiva ambiental[46].

Ciertamente, el dar una amplia legitimación colectiva a las asociaciones no puede ser una opción en los Estados Unidos aun a través de la legislación. En *Lujan v. Defenders of Wildlife,* la Suprema Corte pudo haber cerrado las puertas de los tribunales cuando sostuvo que el Congreso no podía conceder constitucionalmente legitimación a una asociación para demandar sin alegar daño específico a la asociación o a sus miembros (*injury offact*)[47].

45 Véase Sierra Club v. Morton, U. S. núm. 405, 1972, p. 727. Alan Wright, Charles, *Law of Federal Courts,* 1994, p. 74; Wright, Miller & Cooper, *Federal Practice and Procedure: Jurisdiction* 2d 3531.1, p. 370 Y nota 52 (advierte que en Sierra Club el tribunal desaprobó algunas sentencias de tribunales inferiores que reconocieron legitimación sobre la base de un interés propio de la organización en problemas de protección al medio ambiente o a los consumidores (associational standing). No obstante, la sentencia reconoció que las asociaciones tienen legitimación para proteger los intereses de cualquiera de sus miembros, incluso daños de carácter no económico, como uso para recreación o apreciación estêtica. Así Sierra Club podría simplemente corregir la demanda y alegar que alguno de sus miembros fueron, de hecho, perjudicados por el demandado).

46 Véase Sierra Club v. Morton, 405 U.S. 727 (1972).

47 Véase Lujan v. Defenders ofWildlife, 112 S.Ct., núm. 112, 1992, p. 2130. Compárese la ley italiana sobre la protección al medio ambiente (*legge 8 luglio 1986* n. 349, artículos 13 y 18) (la cual da legitimación a las asociaciones que buscan anular judicialmente en tribunales administrativos actos del gobierno que dañen al medio ambiente, independientemente de cualquier alegato sobre daño específico a la asociación o a sus miembros).

Para un análisis comparativo sobre las leyes de legitimación norteamericanas e italianas, que tienen relación estrecha con el objeto de este ensayo, véase Parker, Douglas L., "Standing to Litigate 'Abstract Social Interests' in the United States and Italy: Reexamining 'Injury in Fact'", *Colum. J. Transnat'l L.,* núm. 33, 1995, p. 259 (considera que la ley italiana que da legitimación a asociaciones como representantes del interés público es más avanzada que el derecho norteamericano y propone cambios en êste). El tema no es nuevo, ni la conclusión es original. Véase Grirnes, Warren, "Control of Advertising in the United States and Germany: Volkswagen Has a Better Idea", *Harv. L. Rev.,* núm. 84, 1971, pp. 1769 Y 1800 (opina que el sistema alemán de dar legitimación a las asociaciones

Por otra parte, sospechando del litigio privado en interés público, el legislador brasileño otorgó legitimación colectiva solamente a asociaciones que se habían establecido legalmente al menos por un año. La razón de esta regla (de efectividad dudosa) era la de favorecer organizaciones que tuvieran una duración efectiva en la protección de derechos de grupo y la de prevenir tanto el abuso contra los demandados como el perjuicio contra los miembros ausentes. Sin embargo, para permitir cierta flexibilidad, el artículo 82, párrafo primero, autorizó a los jueces, en casos de evidente interés social, a dispensar el requisito de la creación previa, y permitió que una asociación *ad hoc,* establecida después de los hechos, presentase una acción colectiva[48].

Más aún, para facilitar el acceso a la justicia y al contrario de la tendencia en Europa, una asociación no necesita estar previamente autorizada, reconocida o certificada por el gobierno antes de que se le permita promover una acción colectiva. Sólo requiere satisfacer los dos criterios legales generales de haber sido creada previamente y correspondencia entre los derechos protegidos y sus fines institucionales. Existe un elemento peligroso oculto en esta

como representantes del interés público debería ser adoptado en los Estados Unidos); Owens, Jon, "Comparative Law and Standing to Sue: A Petition for Redress for tbe Environment", *Envt'l. Law,* 2001, p. 321 (comenta sobre las ventajas de varios sistemas extranjeros, sugiere una aplicación más amplia a la doctrina de la legitimación en los Estados Unidos y sugiere que la Suprema Corte de los Estados Unidos reduzca sus restricciones sobre legitimación para permitir mayor acceso a los tribunales a aquellos que buscan justicia por violaciones al derecho público). Véase Cappelletti, Mauro, *The Judicial Process in Coyparative Perspective,* 1991, pp. 298 Y 299; Guinchard, Serge, "L'action de groupe en procêdure civile francaise", R. 1. D. e; núm. 42, 1990, pp. 599, 613-626 y 632-635 (nota que en ausencia de una ley escrita, en principio el derecho francês no otorga legitimación a asociaciones para promover acciones en protección del interés público. Sin embargo, hay una tendencia para aceptar este tipo de acciones); Thewes, Marc, "Les actions enjustice des groupements en droit comparê", *Annales du Droit Luxembourgeois,* núm. 5, 1995, p. 39 (describe las "acciones de asociaciones" en el derecho francês, belga, luxemburguês, alemán y suizo); Afialo, Ari, "Towards a 'Cornmon Law' of Europe: Effective Judicial Protection, National Procedural Autonomy, and Standing to Litigate Diffuse Interests in tbe European Union", *Suffolk Transnat'l L. J.,* núm. 22, 2000, p. 349 (opina que la Corte Europea de Justicia debería desarrollar precedentes sobre la legitimación de asociaciones en la Unión Europea); Jaffe, Louis, "Thc Citizen as Litigant in Public Actions: The Non-Hohfeldian or Ideological Plaintiff", *U. Pa. L. Rev.,* núm. 116, 1968, p. 1033 (opina que un "actor ideológico" (*ideological plaintiff*) no es incompatible con el requisito de una real controversia entre las partes (*case or controversy*) en el derecho constitucional norteamericano).

48 Véase Código del Consumidor brasileño, artículo 82, párrafo primero, traducido *infra,* capítulo dêcimo, sección I.

regla liberal que no fue previsto por el legislador. En primer lugar, no todas las asociaciones representan intereses sociales legítimamente. En segundo término, los requisitos legales para establecer una asociación son mínimos. Para crear legalmente una asociación la ley exige solamente que dos personas lo acuerden. En tercer lugar, la ley no exige que la asociación reciba una autorización previa de la asamblea general de sus miembros para promover la acción colectiva. Esta situación da a los directores de la asociación la facultad de olvidar los intereses de los miembros y de actuar para su beneficio personal o por motivos políticos. Al haber creado los medios procesales por los cuales las asociaciones, como la anterior, pueden tener legitimación colectiva, el legislador perjudicó el mecanismo de la acción colectiva.

No existe un control de la representación adecuada en el sistema brasileño[49]. Para funcionar eficientemente, las leyes brasileñas sobre acciones colectivas presuponen que una asociación simboliza los intereses de su comunidad. Como los funcionarios de la asociación no necesitan obtener una previa aceptación del gobierno ni la autorización de los miembros de la asociación para iniciar una acción, existe un riesgo creciente de abuso que puede perjudicar a los miembros del grupo y al demandado. La única limitación a las acciones de los funcionarios es que en casos de litigios de mala fe las asociaciones y sus funcionarios responsables de iniciar la acción colectiva son ambos responsables de los honorarios de los abogados, de una multa limitada y de los daños[50]. Estas penas pueden ser efectivas en casos en que la asociación o los funcionarios tengan suficiente dinero para pagarlos. Sin embargo, no es factible que esto sea una amenaza efectiva porque solamente tipos muy limitados de mala conducta constituyen "litigios de mala fe"[51].

En un esfuerzo por disminuir el uso del litigio colectivo por razones políticas, en especial con el fin de protestar contra políticas impopulares o de

49 *Vid. supra* capítulo sexto, sección III, "Enfoque brasileño sobre legitimación colectiva" (opina que se require un más rígido control de la representación adecuada en la cláusula del debido proceso en la Constitución brasileña).

50 Véase Código del Consumidor brasileño, artículo 87.

51 Véase *Abuse of Procedural Rights: Comparative Standards of Procedural Fairness* (Michele Taruffo ed., 1999); Stuart Clark, S. y Harris, Christina, "Multi-Plaintiff Litigation in Australia: A Comparative Perspcctivc", *Duke J. Comp. & Int'l L.,* núm. 11,2001 (discute la regla australiana que permite a los demandados solicitar" órdenes para cobrar gastos a los abogados de los actores en circunstancias en que se ha considerado que la acción colectiva ya comenzada no tenía probabilidades de triunfo").

obstruir acciones gubernamentales impopulares, el gobierno federal de Brasil recientemente promulgó una legislación que restringió la legitimación colectiva de las asociaciones. Las nuevas reglas exigen una autorización previa de la asamblea de los miembros cuando la acción colectiva es promovida contra el gobierno[52]. La regla que requiere autorización de los miembros de la asociación no es por sí misma objetable. Sin embargo, podría violar el principio de igualdad establecido en la Constitución Federal, porque esta regla se aplica solamente en las acciones colectivas contra el gobierno. En consecuencia, esta regla puede ser considerada inconstitucional y no ser aplicada por los jueces[53].

Una solución a los problemas antes mencionados puede ser limitar la legitimación colectiva a asociaciones previamente acreditadas por el gobierno (*government accreditation*)[54]. En un procedimiento administrativo breve el gobierno evaluaría la capacidad, independencia, seriedad y representatividad de la asociación (en una palabra, su "adecuación"). La ley crearía diferentes niveles de "representatividad" para casos de diferentes objetos: asociaciones locales, regionales y nacionales podrían tener legitimación para promover acciones colectivas locales, regionales y nacionales.

Sin embargo, este enfoque es problemático, porque el gobierno es constantemente demandado en Brasil en las acciones colectivas. En consecuencia, el proceso de acreditación debería estar libre de interferencia política, y las decisiones no deberían ser discrecionales, sino más bien reguladas por requisitos objetivos tales como el número de los miembros de la asociación, el tiempo en que fue creada, el propósito altruista de la organización, el carácter

52 Véase Medida Provisória n. 1,798-1, de 11 de fevereiro de 1999.

53 *Vid. supra,* capítulo tercero, sección UI, "La acción colectiva brasileña: una generación posterior" (discute el sabotaje del gobierno brasileño a la regla de la acción colectiva).

54 Ésta es la regla actual, por ejemplo, en Francia, Loi Royer, artículo 46, ley n. 73-1193 de Dec 27, 1973 y Dêcret n. 90-235, March 16, 1990, JCP 1990, Éd. G., III, 63718, e en Italia, legge 30 luglio 1998, n. 281, article 50. (acciones colectivas del consumidor) y legge 8 luglio 1986, n. 349, artículo 13 (acciones colectivas del medio ambiente). En estos países el gobierno tiene una lista de asociaciones acreditadas. Una detallada relación de la práctica francesa de agrêments administratifs se encuentra en Borê, Louis, *La dêjense des intêrêts collectifs par les associations devant les jurisdictions administratives et judiciaires,* 1997, pp. 64-82. La práctica italiana es discutida por Parker, Douglas L., "Standing to Litigate 'Abstract Social Interests' in the United States and Italy: Reexamining 'Injury in Fact'", *Colum. J. Transnat'l L.,* núm. 33, 1995, p. 259.

democrático de sus deliberaciones y elecciones, la fuente de sus ingresos, su historia de activismo político, social y legal, etcétera. La acreditación podría ser en forma temporal y renovable, o permanente y revocable por causa justa.

Requisitos legales como éstos deberían ser suficientemente estrictos para excluir representantes inadecuados de los derechos de grupo, pero no deberían serlo tanto como para limitar la prerrogativa de presentar acciones colectivas a unas pocas asociaciones estrechamente vinculadas al gobierno. Si los requisitos para acreditación son estrictos, esto puede reducir el número de asociaciones autorizadas, fortaleciendo el poder de pocas y ultimadamente separarlas de sus miembros individuales. Esas entidades pueden desarrollar una vida propia y llegar a ser centros de poder y opresión tan caprichosas y excesivas como aquellos cuerpos contra los cuales las acciones colectivas han sido creadas para combatir[55].

En circunstancias excepcionales, como en un caso urgente, o cuando no hay otra asociación que pudiese presentar la acción, la previa acreditación por parte del gobierno puede ser pospuesta o dispensada por los tribunales. Esta práctica sería especialmente importante durante los primeros años de tal régimen de regulación, cuando pocas asociaciones estuviesen acreditadas, pero declinaría en importancia cuando las asociaciones se hiciesen de una mayor fuerza y una forma más estable de organización social en Brasil[56]. Otro ejemplo en el cual la acreditación del gobierno podría ser particularmente importante es cuando el grupo estuviese compuesto de extranjeros y la asociación, siendo una entidad extranjera, no estuviese acreditada en la jurisdicción[57]. Cuando el juez dispense la acreditación del gobierno, el juez debe

55 Véase Cappclletti, Mauro, *The Judicial Process in Comparative Perspective,* pp. 297 y 298 (precave que" sindicatos, partidos políticos, empresas nacionales y transnacionales y organizaciones profesionales pueden llegar a ser centros temerosos de opresión tanto contra sus miembros como contra terceros").

56 Con la misma forma de razonar, los requisitos para ser acreditado por el gobierno pueden ser liberales en los primeros años y restringidos después de que un número suficiente de asociaciones ya están acreditadas.

57 Este problema es particularmente grave en la Unión Europea. Véase Kessedjian, Catherine, "L'action en justice des associations de consommateurs et d'autres organisations reprêsentatives d'intêrêts collectifs en Europe", *Rivista di Diritto Internationale Privato e Processuale,* núm. 33, 1997, pp. 281 Y 283-285; Sassani, Bruno, "Dêfinition dintêrêt collectif justifiant les diffêrentes action en justice des organisations de consommateurs dans les États membres de la Communautê Europêennc", *Roma*

proveer una acreditación *ad hoc* de la asociación, examinando más de cerca la representación adecuada en cada caso.

La "acreditación del gobierno" (*govemment accreditation*) anteriormente descrita, común en Europa, debe distinguirse de la "certificación del tribunal" (*court certification*), común en la práctica estadounidense. Ambos sistemas son instrumentos de control de la representación adecuada. Sin embargo, mientras que la "certificación del tribunal" concierne a la conducta del representante en un litigio específico, la "certificación del gobierno" es genêrica: la asociación está acreditada como un "representante adecuado", independiente de la existencia de un litigio concreto. Como Douglas Parker comenta correctamente, una vez que una organización ha sido aceptada por el gobierno como una organización privada de interés público, esta certificación le da carta blanca para demandar la protección de los intereses establecidos en sus estatutos[58]. Esta medida se distingue además del sistema de "certificación gubernamental" de las *relator actions* inglesas en las cuales una autorización del Procurador General es esencial para que una persona o asociación pueda promover una demanda.

Sin embargo, una forma de certificación o acreditación no excluye necesariamente a la otra. El hecho de que una asociación esté acreditada por el gobierno no la autoriza a representar inadecuadamente los intereses del grupo en el tribunal. El juez debe retener el poder de controlar la representación adecuada en cada caso específico, aunque la certificación previa del gobierno haga el control judicial de la representación una tarea considerablemente más fácil.

---

e America, núm. 5, 1998, pp. 121 y 123-125; Cabrera Acevedo, Lucio, "La tutela de los intereses colectivos o difusos", *XIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal,* 1993, pp. 211, 215, 217, Y 234 (advierte que la violación de derechos de grupo tiende a tener efectos globales y a violentar las fronteras nacionales). Pero véase Faulk, Richard O., "Armageddon Through Aggregationí The Use and Abuse of Class Actions in International Dispute Resolution", *Class Action litigation Report,* núm. 10, 2001, p. 362 (critica el abuso de acciones colectivas internacionales con efectos extraterritoriales de los tribunales norteamericanos y opina que" el uso de instrumentos colectivos de responsabilidad por los Estados Unidos u otra nación para resolver demandas de litigantes no residentes extranjeros, representa una gran intrusión en las políticas sociales y culturales internas de otros Estados soberanos". Yo estoy de acuerdo).

58 Véase Parker, Douglas L., "Standing to Litigate 'Abstract Social Interests' in the United States and Italy: Reexamining 'Injury in Fact'", *Colum. J. Transnat'l L.,* núm. 33, 1995, pp. 259 Y 296.

Además, la autorización previa de los miembros de la asamblea de la asociación debe ser obligatoria antes del inicio de cualquier acción colectiva que êsta lleve acabo[59]. El tribunal puede posponer tal autorización en casos urgentes; por ejemplo, cuando la prescripción negativa esté cerca, o en caso de medidas provisionales. Sin embargo, dados los fines saludables de esta medida, la autorización de los miembros no debe ser dispensable.

V. El papel del Ministerio Público en la protección de los derechos de grupo

Aunque varias acciones colectivas se han promovido por asociaciones privadas bajo las nuevas leyes, el Ministerio Público (estatal y federal) ha jugado un papel protagonista en la protección de derechos de grupo en Brasil. El Ministerio Público ha propuesto importantes acciones colectivas para prohibir conductas ilegales o abusivas contra grupos donde el "interés social" ha estado en juego[60]. Esta realidad desafía la teoría de Mauro Cappelletti de que

59 Esta sugerencia no se refiere a la autorización por los *miembros del grupo,* sino más bien a una autorización por los miembros de la asociación que deben aprobar la propuesta de los funcionarios de promover una acción colectiva por medio de un voto mayoritario.

60 La mayoría de las acciones colectivas presentadas en Brasil son promovidas por el Ministerio Público como actor. En todas las otras ocasiones el Ministerio Público es necesariamente notificado, e interviene en la acción en defensa de la legalidad (*custos legis*). Véase Herman Benjamin, Antonio, " A implementacáo da legislacáo ambiental: o papel do Ministêrio Público", *Dano ambiental, prevencdo, reparacdo e repressdo* (Antonio Herman Benjamin ed., 1993), pp. 360 Y 371; Herman Benjamin, Antonio, "Group Action and Consumer Protection in Brazil", *Group Actions and Consumer Protection* (Thierry Bourgoignie ed., 1992), pp. 141 y 153 (opina que a diferencia de sus colegas europeos, el Ministerio Público brasileño ha jugado un papel agresivo en la protección de los derechos de grupo); Ferraz, Antonio, "Acáo civil pública, inquêrito civil e Ministêrio Público", *Acao civil pública. 15 anos* (Édis Milarê ed., 2001), p. 84; Nery, Nelson Junior, "O Ministêrio Público e as acóes coletivas", *Acao civil pública. Reminiscencias e reflexoes após de: anos de aplicacáo* (Édis Milarê ed., 1995), p. 356; Findley, Roger, "Polution Control in Brazil", *Ecology L. Q.,* núm. 15, 1988, pp. 1 y 66; Carneiro, Paulo, *Acesso a justica-juirados especiais cíveis e aedo civil pública,* 1999.

Un atento observador no se perdería de la ironía de que, en la experiencia brasileña sobre acciones colectivas, uno de los demandados más frecuentes es el gobierno, y el actor más frecuente es el Ministerio Público (gobierno). Es una extraña situación, en la cual la misma parte que viola los derechos de grupo también los reivindica ante el tribunal.

el Ministerio Público no se adaptaría a su nuevo papel de "guardián efectivo de los nuevos y emergentes intereses colectivos"[61].

El éxito del Ministerio Público al asumir este nuevo papel social ha ampliado considerablemente su poder político como una institución, al grado que ahora es considerado por algunos como una especie de "cuarto poder" del gobierno. Este fenómeno ha evocado un agrio criticismo por parte de algunos jueces, litigantes, juristas y observadores sociales. Los críticos observan

61 Véase Cappclletti, Mauro, "Governmental and Private Advocates for the Public Interest in Civil Litigation: A Comparative Study", *Access to Justice. Promising Institutions* (Cappelletti & Weisner ed., 1979), t. TI, pp. 774, 775 Y 783-787 (opina que "barreras casi insuperables de organización, educación y psicológicas están en el camino del Ministerio Público para que pueda ser el representante efectivo de los nuevos intereses colectivos emergentes"). El autor advierte que uno de los más relevantes obstáculos para la protección de los derechos de grupo por el gobierno es el hecho de que el Ministerio Público no tiene una especialización adecuada, está sujeto a la interferencia política y frecuentemente no tiene suficientes empleados y fondos. Véase Cappclletti, Mauro, "La protection d'intêrêts collectifs et de groupe dans le preces civil (mêtamorphoses de la procêdure civile)", *R. I. D. C.,* núm. 27, 1975, pp. 571 y 576-580; *idem, The Judicial Process in Comparative Perspective,* 1991, pp. 275-278; Vigoriti, Vicenzo, *Interessi collettivi e processola legiuimazlone ad agire,* 1979, p. 235 et seq.; Vescovi, Enrique, "Tareas del Ministerio Público en el proceso civil", *Towards a Justice with a Human Face* (Marcel Storme & Hêlene Casman eds., 1978), pp. 459 Y 471-482. Compárese Pisani, Proto, "Appunti preliminari per uno studio sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi (o piü esatamente: superindividuali) innanzi al giudice civile ordinario", *Le azioni a tutela degli interessi collettivi* (Vittorio Denti ed., 1976), p. 276 (argumentando a favor de dar legitimación al Ministerio Público para promover acciones colectivas, después de una restructuración interna).

Las objeciones de Cappclletti, sin embargo, no se pueden aplicar al Ministerio Público brasileño. Véase Ferraz, Antonio *et al., A acao civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos,* 1984, pp. 62 Y 72. Mauro Cappelletti concede este punto en su publicación más reciente. Véase Cappclletti, Mauro, *Dimensioni della giustizia nelle societa contemporanee,* 1994, pp. 87, 88, 109 y 110 (nota que" es posible que las razones de un éxito limitado de dar legitimación colectiva al Ministerio Público no sean aplicables en el mismo grado al Ministerio Público brasileño, especialmente después de su independencia política [del Ejecutivo y del Legislativo] que fue garantizada [en la Constitución brasileña] y porque muchos departamentos especializados en el litigio colectivo fueron organizados en el Ministerio Público a lo largo del país. Debe quedar claro, sin embargo, que la independencia y la especialización son los dos requisitos absolutamente necesarios para que esta solución tenga éxito"). Véase Findley, Roger, "Polution Control in Brazil", *Ecology L. Q.,* núm. 15, 1988, pp. 1, 44, 45, 66 y 67 (describe que los miembros del Ministerio Público brasileño están "relativamente bien remunerados, forman un grupo apolítico de abogados de carrera con poderes de investigación sustanciales y un fuerte deseo de trabajar para el interés público ... Todos estos abogados tienen una posición estable en el servicio civil y no pueden ser removidos por razones políticas"). Sin embargo, el Ministerio Público brasileño no es apolítico.

que este poder debilita la doctrina democrática de gobierno, porque los miembros del Ministerio Público son empleados públicos no funcionarios electos. Otros resienten la atención que la institución recibe de los medios de información. Esta crítica se intensifica por acusaciones de que algunos funcionarios abusan de sus poderes y promueven acciones colectivas por razones de publicidad personal y por el deseo de llamar la atención.

Los miembros del Ministerio Público brasileño fueron participantes activos en el comitê que redactó las leyes de las acciones colectivas. Ellos son también los más activos representantes y los juristas con más autoridad en la interpretación de la legislación sobre acciones colectivas. Es preocupante que tengan influencia considerable en darle forma a la ley y a los precedentes que intentan limitar su propio poder[62].

Por otra parte, la participación activa del Ministerio Público en la protección de los derechos de grupo ha sido esencial para la evolución de las acciones colectivas en Brasil en todos aspectos, especialmente en la redacción y promoción de la legislación, en el desarrollo de precedentes y en la elaboración de comentarios académicos. Tan aguda actividad gubernamental es manifestación de una sociedad apática y desorganizada. A diferencia de Francia y los Estados Unidos, por ejemplo, la sociedad brasileña carece de una madurez estructural en sus asociaciones y en los grupos organizados de intereses (*interest groups*)[63]. Con la expansión y desarrollo de las asociaciones en

62 No es sorprendente que las leyes, los precedentes y el debate acadêmico den al Ministerio Público una especie de "trato preferente" . Las acciones colectivas en Brasil son identificadas estrechamente con el Ministerio Público. El debate sobre el papel del Ministerio Público en la protección de los derechos de grupo parece ser el tema que se encuentra más frecuentemente en la literatura especializada. En un libro reciente, publicado en conmemoración del decimoquinto aniversario de la primera ley brasileña sobre acción colectiva, seleccionando estudios de los más prominentes juristas de Brasil, 17 de los 28 autores son o han sido miembros del Ministerio Público, incluyendo al editor. Véase *Acao civil pública. Lei 7.347/1985. 15 anos* (Édis Milarê ed., 2001), p. 19. La cantidad de veces que el libro ha sido citado en este ensayo es indicativo de su importancia en la academia brasileña.

63 Véase *Consumer Legislation in France. A Study Preparedfor the EC Commission* (Jean Calais-Auloy ed., 1981), p. 2 y 3 ("Las asociaciones disfrutan de enorme popularidad en Francia, estando adaptadas, como lo están, a la defensa de toda clase de intereses colectivos ... De hecho, en años recientes, hay pruebas de un fuerte movimiento de asociarse de parte de ciudadanos individuales ..."); Welch, Susan *et al., American Government.* 1990, pp. 124-155 ("En los Estados Unidos, desde frutas a nueces, todo está organizado. Desde cultivadores de manzanas a productores de limas, cada interés tiene

Brasil (desde una perspectiva organizacional y financiera), la sociedad en su conjunto puede jugar un papel más activo en la protección de los intereses de grupo[64]. En última instancia, las asociaciones son las protectoras de los derechos de grupo por excelencia y sería políticamente erróneo colocar esta responsabilidad exclusivamente en los hombros de los funcionarios públicos. Actualmente existen más incentivos legales, sociales y políticos para desarrollar las asociaciones en Brasil. Queda por ver si la sociedad brasileña será más activa en la protección de los derechos de grupo[65].

VI. La legitimación del Ministerio Público y de las asociaciones en las acciones colectivas norteamericanas

Comparar las acciones colectivas de Brasil y de los Estados Unidos no es simple. Inicialmente, puede parecer que en los Estados Unidos sólo los miembros

una organización que lo representa y estas organizaciones tocan todos los aspectos de nuestras vidas"); Farole, Donald, Jr., *Interest Groups and Judicial Federalism,* 1988, p. XI (argumenta que "un número de importantes derechos desarrollados en este siglo son resultado de campañas de litigio por grupos organizados de interés [*organized interest groups*]").

Aunque esto pueda ser un desarrollo reciente en Francia, ello ha sido siempre una característica tradicional de la sociedad norteamericana. Compárese Cappclletti, Mauro, *The Jndicial Process in Comparative Perspective,* 1991, pp. 296 y 297 (explica una desconfianza ideológica que viene desde la Revolución francesa de los *corps intermêdiaires,* que fueron "organizaciones intermediarias entre el individuo y el Estado, las que fueron identificadas con la estructura feudal del *ancien régime*"), y Greve, Michael, "Thc Non-Reformation of Administrative Law: Standing to Sue and Public Interest Litigation in West German Environmental Law", *Cornell Int'l L. J.,* núm 22, 1989, pp. 197 y 236-239 (argumenta que la experiencia con el totalitarismo en Alemania puede haber conducido a una desconfianza ideológica en la legitimación de las asociaciones) con Tocquevillc, Alexis de, *Democracy in America* (Harvey Mansfield & Delba Winthrop eds., 2000) (observa que en el siglo XIX, "los norteamericanos de todas las edades, en todas las estapas de la vida y todos los tipos de disposición están siempre formando asociaciones").

64 Los intereses laborales en Brasil, sin embargo, están altamente organizados en asociaciones de trabajo llamados" sindicatos" .

65 Véase Gidi, Antonio, *Coisa julgada e litispendencia em acaoes coletivas,* 1995, p. 36; Fernandes, Edesio, "Defending Collective Interests in Brazilian Environmental Law: An Assessment of the 'Civil Public Action'", *Rev. Eur. Cmty. & Int'l Envt'l. L.,* núm. 4, 1995, pp. 253 y 254 (anota que previo a la promulgación de las leyes de acciones colectivas en Brasil, las asociaciones (organizaciones no gubernamentales) fueron meros grupos de presión, pero la nueva legislación reconoció su legitimidad para promover la protección de los derechos de grupo ante los tribunales).

del grupo tienen legitimación para ejercer una acción colectiva a nombre de todos los demás en una situación semejante. Esto puede ser considerado como la regla general, pero no como la única forma para proceder en una acción colectiva aun en los Estados Unidos.

La doctrina *parens patriae* es una justificación tradicional en los Estados Unidos para conferir legitimación al gobierno para proteger los intereses públicos ante un tribunal. Esta doctrina no se limita a las acciones colectivas. Ella confiere legitimación a los estados norteamericanos para promover acciones para proteger los intereses de sus residentes. Los tribunales norteamericanos, sin embargo, interpretan este principio limitadamente, confinándolo a la protección de intereses públicos fundamentales. Además, sólo los estados –no los municipios– tienen legitimación, y el estado debe tener un interés independiente en la controversia. Además, la acción está limitada a litigios declarativos y órdenes de hacer y no hacer (injunction), y los estados no pueden reclamar daños, a menos que estên explícitamente autorizados por la ley[66].

Para poder superar la interpretación restrictiva adoptada por los tribunales estadounidenses, el gobierno federal de los Estados Unidos promulgó en 1976 una ley que autoriza al Ministerio Público de los estados (*State Attorneys General*) a promover acciones colectivas por daños en representación de los residentes de los estados. La autorización está limitada, sin embargo, a la violación de leyes antimonopolios (*antitrust laws*)[67]. En 1978 el Departamento de Justicia de los Estados Unidos sometió al Congreso Federal una propuesta ambiciosa para dar legitimación al gobierno federal para iniciar o para intervenir en cualquier acción colectiva sobre controversias de cuantía menor (*small claims class actions*)[68]. Sin embargo, esta propuesta fue archivada

66 Véase Wright, Miller & Kane, *Federal Practice and Procedure: Civil,* núm. 7B, 2a. ed., 1986, pp. 63-67; Wright, Miller & Cooper, Federal Practice and Procedure: Jurisdiction, núm. l3A, 2a. ed., n. 3531.11, 1984; Newberg, Herbert, y Conte, Alba, Newberg on Class Actions, núm. 1, 1992, pp. 3-174 y 3-175.

67 Véase 15 U.S.CA. 15cl5h (West, 2000).

68 Véase S. 3475, 95th Cong., *Congo Rec.* 27859 (dai1y ed. August 25, 1978), p. 124; H. R. 5103, 96th Congo (1979). La propuesta, no obstante, fue limitada a acciones colectivas por daños, y ordenaba una notificación al Ministerio Público Federal (*United States Attorney General*) en vez de notificación a ausentes y derecho a optar por salir. Véase United States Department of Justice, *Bill commentary. The Case for Comprehensive Revision of Federal Class Damage Procedure,* 1979, pp. 36-

y olvidada, tal vez porque ella habría reducido las oportunidades de los abogados de actores (*plaintiffs' bar*) o tal vez porque habría sido una irritación para las corporaciones estadounidenses durante una época de recesión[69].

En circunstancias limitadas el derecho norteamericano da a los sindicatos o a las organizaciones una "legitimación de asociaciones" (*associational standing*) para promover acciones colectivas que protejan los intereses de sus miembros sin necesidad de reclamar daños de sus propios intereses[70]. Esta práctica no está expresamente autorizada por la regla 23, y es generalmente ignorada por los juristas de las acciones colectivas. Sin embargo, Herbert Newberg y Alba Conte subrayan la importancia de que una organización intervenga en una acción colectiva por múltiples razones, tales como para aumentar su poder psicológico y poder de negociación (*bargaining power*). Esta práctica es común, especialmente en el litigio sobre derechos civiles (*civil rights litigations*)[71].

Al contrario de lo que sucede en los Estados Unidos, el Código de Procedimientos Civiles de Quebec expresamente otorga autoridad a algunas personas legales, cooperativas y asociaciones para promover acciones colectivas[72]. Estas entidades pueden solicitar el tener una posición representativa cuando uno de sus miembros es miembro del grupo y la acción está intentando proteger los intereses relacionados con "los objetivos para los cuales la persona legal fue constituida"[73].

40; Berry, Stcphen, "Ending Substance's Indenture to Procedure: The Imperative for Comprehensive Revision of the Class Damage Action", *Colum. L. Rev.,* núm. 80, 1980, p. 299; Weiss, Patricia L., Note, "Reforming Federal Class Action Procedure: An Analysis ofthe Justice Department Proposal", *Harv. J. on Legis.,* núm. 16, 1979, p. 543; Miller, Arthur, "Of Frankenstein Monsters and Shining Knights: Myth, Rcality, and the Class Action Problern'", *Harv. L. Rev.,* núm. 92, 1979, pp. 664 Y 684-963.

69 Véase más recientemente, Brunet, Edward, "Improving Class Action Efficiency by Expanded Use of Parens Patriae Suit and Intervention", *Tulane L. Rev.,* núm. 74, 2000, p. 1919.

70 Véase más recientemente, Brunet, Edward, "Improving Class Action Efficiency by Expanded Use ofParens Patriae Suit and Intervention", *Tulane L. Rev.,* núm. 74, 2000, p. 1919.

71 Véase Newberg, Herbert & Conte, Alba, *Newberg on Class Actions,* núm. 1, 1992, pp. 2-73-77 y 3-177-179.

72 Véase Quebec's Code of Civil Procedure, artículo 1048. Una regla semejante se encuentra en la British Columbia Class Proceedings Act, S.2(4).

73 Véase Quebec's Code of Civil Procedure, artículo 1048.

La certificación de acciones colectivas pasivas (*defendant class actions*) con una asociación como representante del grupo demandado es también común en los Estados Unidos. En *Thillens, Inc.* v. *Community Currency Exehange Assoeiation of Illinois,* el tribunal no vaciló en permitir a una asociación funcionar como el representante, incluso contra la objeción de la asociación y de los miembros del grupo demandado[74]. El tribunal razonó que puesto que los miembros del grupo habían acordado previamente que la asociación representaría sus intereses, no había razón para que ella no fuera considerada como una adecuada representante en una acción colectiva pasiva. En ese caso la asociación no solamente estuvo bien respaldada económicamente por sus miembros, sino que también tenía experiencia en litigar a nombre de ellos en los tribunales[75].

74 Véase Thillens, Inc. v. Community Currency Exchange Association of Illinois, United States District Court, Northern District of Illinois, *F. D. R.,* núm. 97, 1983, p. 668. Véase Note, "Defendant C1ass Actions", *Harv. L. Rev.,* núm. 91, 1978, pp. 630, 645, n. 81 y 656; Parsons, Peter y Starr, Kenneth, "Environmcntal Litigation and Defendant C1ass Action: The Unrealized Viability of Rule 23", Ecology L. Q., núm. 4, 1975, pp. 881 y 911-913; Conte & Newberg, *Newberg on Class Actions,* núm. 1, 1992, pp. 4-225.

75 Véase Thillens, Inc. v. Community Currency Exchange Association of Illinois, United States District Court, Northern District of Illinois, *F. D. R.,* núm. 97, 1983, p. 668.

El derecho a un recurso rápido, sencillo y efectivo frente a afectaciones colectivas de derechos humanos*

Christian Courtis

Sumario

I. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos(CADH). **II.** El contenido del derecho al recurso sencillo, rápido y efectivo. **III.** La jurisprudencia de los órganos internacionales sobre el derecho a un recurso efectivo. **IV.** La efectividad del recurso en caso de afectaciones de carácter colectivo a los derechos humanos. **V.** Las acciones colectivas y la "efectividad" del recurso en la Argentina.

I.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos(CADH) establecen el derecho de toda persona a una garantía judicial específica, destinada a protegerla de manera efectiva frente a la violación de los derechos humanos reconocidos por los respectivos instrumentos. Este breve ensayo explora algunas de las

* Publicado previamente en Víctor Abramovich, Alberto Bovino y Christian Courtis (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década,* Editores del Puerto-CELS, Buenos Aires, 2007, pp. 491-526.

obligaciones estatales que genera este derecho cuando la violación denunciada tiene alcance colectivo.

II. El contenido del derecho al recurso sencillo, rápido y efectivo

El artículo 25 de la CADH señala que

> Artículo 25. Protección Judicial
>
> 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.
> 2. Los Estados Partes se comprometen:
> a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
> b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
> c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

Por su parte, el art. 2.3 del PIDCP dispone que

> Artículo 2
>
> 3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que:
> a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;
> b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cual-

> quiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial;
> c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

Como puede advertirse fácilmente, ambos artículos están relacionados –de hecho, el art. 2.3 del PICDP, de 1966, ha servido como fuente del art. 25 de la CADH, adoptada en 1969. Veamos cuáles son los elementos comunes a ambas disposiciones, y en qué se diferencian. En cuanto a los elementos comunes, en ambos casos:

a) se establece una obligación estatal de crear un recurso –primordialmente de carácter judicial, aunque otros recursos son admisibles en la medida en que sean efectivos;
b) se exige que el recurso sea efectivo –veremos qué significa esto más adelante;
c) se establece la necesidad de que la víctima de la violación pueda interponerlo;
d) se exige al Estado asegurar que el recurso será considerado;
e) se señala que el recurso debe poder dirigirse aun contra actos cometidos por autoridades públicas –esto parece significar que también puede dirigirse contra actos cometidos por sujetos privados;
f) se establece la obligación de las autoridades estatales de cumplir con la decisión dictada a partir del recurso;
g) se compromete al Estado a desarrollar el recurso judicial.

Dos son las diferencias más notorias entre las respectivas cláusulas. La primera es que la CADH agrega, a la exigencia de "efectividad" del recurso, otras dos calificaciones: la "sencillez" y la "rapidez" –aunque la redacción del art. 25.1, no demasiado afortunada, parece implicar que el recurso rápido y sencillo debe ser a la vez efectivo, pero que puede haber recursos efectivos no necesariamente rápidos y sencillos. La cuestión es importante, y la trataremos después.

La segunda diferencia es el campo de cobertura de la acción: mientras el PIDCP se limita a los derechos consagrados por el propio Pacto, la CADH

se refiere a "derechos fundamentales" contenidos en la Convención, en la Constitución o en la ley –es decir, se extiende bastante más allá del propio texto de la Convención.

Cabe señalar que, amén de la distinta redacción, la lista de derechos de la CADH se superpone en gran parte con la del PIDCP, pero que existen algunas diferencias importantes. La CADH incluye, por ejemplo, el derecho de rectificación o respuesta del art. 14, el derecho al nombre del art. 18 y a la nacionalidad del art. 20 (que en el PIDCP sólo están previstos para los niños), el derecho a la propiedad privada del art. 21, y los derechos económicos, sociales y culturales contenidos en el art. 26. Por su parte, el PIDCP agrega, entre otros aspectos, la prohibición de experimentación médica o científica sobre seres humanos sin su consentimiento (como componente de la prohibición de tortura o trato cruel, inhumano o degradante, art. 7) y el derecho al respeto de la vida cultural, las prácticas religiosas y el empleo del idioma de las minorías religiosas, étnicas o lingüísticas (art. 27).

En todo caso, es importante tener en cuenta que, para países que, como la Argentina o México, son parte de los dos instrumentos, procede una integración hermenéutica *pro homine,* es decir, aquella que conceda el alcance más amplio a los derechos y a su protección[1]. Para ello colabora la concesión de jerarquía constitucional a estos dos tratados, y al resto de los enumerados por el art. 75. inc. 22. En este sentido, la interpretación de mayor amplitud consiste en la aplicación del art. 25 de la CADH a todo derecho contenido en la Constitución y en los tratados de derechos humanos de jerarquía constitucional. Aunque es complejo saber qué alcance conceder a la protección de los derechos fundamentales reconocidos "por la ley" (cfr. art. 25.1, CADH), parece razonable interpretar la expresión en el sentido de ampliar la protección al menos a aquellos derechos establecidos en las leyes destinadas justamente a reglamentar los derechos fundamentales[2].

1 Ver, por ejemplo, Susana Albanese, "La primacía de la cláusula más favorable a la persona", en Revista La Ley, Buenos Aires, tomo 1996-C-518; Mónica Pinto, "El principio *pro homine.* Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos", en Martín Abregú y Christian Courtis (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales,* Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, pp. 163-171.

2 Ciertamente, esta no es la única interpretación posible, pero es suficientemente abarcativa a efectos de este trabajo.

Una última observación se dirigirá a la redacción ciertamente alambicada del art. 25.1 de la Convención Americana: la expresión *"recurso sencillo y rápido o (...) cualquier otro recurso efectivo"* no es un dechado de claridad. Puestos a asignarle algún sentido inteligible, uno podría reconstruir las relaciones entre "sencillez", "rapidez" y "efectividad" de la siguiente manera:

a) el ideal de la norma es, claro, que el recurso sea sencillo, rápido y efectivo.
b) el artículo parece reconocer que puede haber "recursos efectivos" que, sin embargo, no sean "sencillos y rápidos". Es dable suponer que se trata de recursos frente a situaciones de gran complejidad fáctica o probatoria, o de situaciones que requieran un remedio complejo. En estos casos, el sacrificio de la rapidez y sencillez se correlaciona con las necesidades de la efectividad. Aunque la jurisprudencia del Sistema Interamericano no ha explorado demasiado este problema, tentativamente se podría pensar que el compromiso entre "rapidez y sencillez" y "efectividad" requiere al menos, en estos casos, la no consumación de un daño al derecho de que se trate y la perspectiva de un remedio suficiente en relación con la violación denunciada.

A continuación revisaremos algunos desarrollos jurisprudenciales del derecho a un recurso efectivo –interesa, en particular, saber qué alcance han otorgado los órganos internacionales de interpretación de los respectivos tratados a la noción de "efectividad".

III. La jurisprudencia de los órganos internacionales sobre el derecho a un recurso efectivo

Desde el inicio de sus funciones, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expedido en numerosas ocasiones acerca del alcance del art. 25, tanto en casos contenciosos como en opiniones consultivas. La práctica de la Corte ha sido la de ir cristalizando en párrafos los estándares hermenéuticos producidos a través de distintos casos y opiniones consultivas, de modo que las mismas frases se emplean una y otra vez. Así, la Corte ha dicho, entre otras cosas:

- que "el derecho de toda persona a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención. El artículo 25 se encuentra íntimamente ligado con la obligación general del artículo 1.1 de la Convención Americana, al atribuir funciones de protección al derecho interno de los Estados Partes"[3].
- que "la garantía allí consagrada se aplica no sólo respecto de los derechos contenidos en la Convención, sino también de aquéllos que estén reconocidos por la Constitución o por la ley"[4].
- que "para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla"[5].
- que "no basta que los recursos existan formalmente, sino que los mismos deben dar resultados o respuestas a las violaciones de derechos humanos, para que éstos puedan ser considerados efectivos"[6].

3 *Cfr.* Corte IDH, *Caso Castillo Páez,* sentencia de 3 de noviembre de 1997, párrs. 82 y 83; *Caso Suárez Rosero,* sentencia de 12 de noviembre de 1997, párr. 65; *Caso Blake,* sentencia de 24 de enero de 1998, párr. 102; *Caso Paniagua Morales* y otros, sentencia de 8 de marzo de 1998, párr. 164; *Caso Castillo Petruzzi* y otros, sentencia de 30 de mayo de 1999, párr. 184; *Caso Durand y Ugarte,* sentencia de 16 de agosto de 2000, párr. 101; *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni,* sentencia de 31 de agosto de 2001, párr. 112; *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros,* sentencia de 21 de junio de 2002, párr. 150, entre otros.

4 *Cfr.* Corte IDH, *Caso del Tribunal Constitucional,* sentencia de 31 de enero de 2001, párr. 89; *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni,* sentencia de 31 de agosto de 2001, párr. 111; *Caso Cantos,* sentencia de 28 de noviembre de 2002, párr. 52; *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, párr. 23, entre otros.

5 *Cfr.* Corte IDH, *Caso Durand y Ugarte,* sentencia de 16 de agosto de 2000, párr. 102; *Caso Cantoral Benavides,* sentencia de 18 de agosto de 2000, párr. 164; *Caso Ivcher Bronstein,* sentencia de 6 de febrero de 2001, párr. 136; *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni.* Sentencia de 31 de agosto de 2001, párr. 113; *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia,* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, párr. 24, entre otros.

6 *Cfr.* Corte IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni,* sentencia de 31 de agosto de 2001, párr. 111; *Caso Cantos,* sentencia de 28 de noviembre de 2002, párr. 52; *Caso Juan Humberto*

- que "los recursos deben ser idóneos para proteger la situación jurídica infringida y capaces de producir el resultado para el que fueron concebidos"[7].
- que "para que el Estado cumpla con lo dispuesto en el citado artículo no basta con que los recursos existan formalmente, sino que los mismos deben tener efectividad, es decir, debe brindarse a la persona la posibilidad real de interponer un recurso que sea sencillo y rápido, en los términos del artículo 25 de la Convención"[8].
- en el marco de la discusión sobre excepciones al agotamiento de los recursos internos, la Corte ha dicho que eximiría de la necesidad de agotar recursos internos "la existencia de recursos que, en la práctica, no pueden alcanzar su objeto"[9].
- que "para satisfacer el derecho de acceso a la justicia no basta que en el respectivo proceso se produzca una decisión judicial definitiva. También se requiere que quienes participan en el proceso puedan hacerlo sin el temor de verse obligados a pagar sumas desproporcionadas o excesivas a causa de haber recurrido a los tribunales"[10].
- que "no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares

Sánchez, sentencia de 7 de junio de 2003, párr. 121; *Caso Maritza Urrutia,* sentencia de 27 de noviembre de 2003, párr. 117, entre otros.

7 *Cfr.* Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez,* sentencia de 29 de julio de 1988, párrs. 64 y 66; *Caso Godínez Cruz,* sentencia de 20 de enero de 1989, párrs. 67 y 69; *Caso Fairén Garbi y Solís Corrales,* sentencia de 15 de marzo de 1989, párrs. 88 y 91; *Excepciones al agotamiento de los recursos internos* (art. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990, párr. 36.

8 *Cfr.* Corte IDH, *Caso Paniagua Morales y otros,* sentencia de 8 de marzo de 1998, párr. 164; *Caso Cesti Hurtado,* sentencia de 29 de septiembre de 1999, párr. 125; *Caso Bámaca Velásquez,* sentencia de 25 de noviembre de 2000, párr. 191; *Caso del Tribunal Constitucional,* sentencia de 31 de enero de 2001, párr. 90, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni,* sentencia de 31 de agosto de 2001, párr. 114, entre otros.

9 *Cfr.* Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez,* sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 68; *Caso Godínez Cruz,* sentencia de 20 de enero de 1989, párr. 71; *Caso Fairén Garbi y Solís Corrales,* sentencia de 15 de marzo de 1989, párr. 93; *Excepciones al agotamiento de los recursos internos* (art. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990, párr. 34, entre otros.

10 *Cfr.* Corte IDH, *Caso Cantos,* sentencia de 28 de noviembre de 2002, párr. 55.

de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión; o, por cualquier causa, no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso judicial"[11].

- que "el Estado tiene la responsabilidad de diseñar y consagrar normativamente un recurso eficaz, pero también la de asegurar la debida aplicación de dicho recurso por parte de sus autoridades judiciales"[12].
- que "los recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (art. 8.1)"[13].
- que la institución procesal del amparo y del habeas corpus "reúnen las características necesarias para la tutela efectiva de los derechos fundamentales, esto es, la de ser sencilla y breve"[14].
- que "la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones de los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte[15].

11 *Cfr.* Corte IDH, *Caso Ivcher Bronstein,* sentencia de 6 de febrero de 2001, párr. 137; *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, párr. 24, entre otros.

12 *Cfr.* Corte IDH, *Caso Villagrán Morales y otros (caso de los "Niños de la Calle),* sentencia de 19 de noviembre de 1999, párr. 237.

13 *Cfr.* Corte IDH, *Casos Velásquez Rodríguez, Fairén Garbi y Solís Corrales y Godínez Cruz, Excepciones Preliminares,* sentencias del 26 de junio de 1987, párrs. 90, 90 y 92, respectivamente; *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, párr. 24.

14 *Cfr.* Corte IDH, *Caso Cantoral Benavides,* sentencia de 18 de agosto de 2000, párr. 165; *Caso del Tribunal Constitucional,* sentencia de 31 de enero de 2001, párr. 91; *El habeas corpus bajo la suspensión de garantías* (arts. 27.2, 25.1 y 7.6), Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987, párrs. 32, 33 y 34; *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, párr. 23, entre otros.

15 *Cfr.* Corte IDH, *Caso Durand y Ugarte,* sentencia de 16 de agosto de 2000, párr. 102; *Caso Cantoral Benavides,* sentencia de 18 de agosto de 2000, párr. 164; *Caso Ivcher Bronstein,* sentencia de 6 de febrero de 2001, párr. 136; *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni,* sentencia de 31 de agosto de 2001, párr. 113, entre otros.

Si bien estas ideas son bastante generales, al menos ofrecen algunos elementos para desarrollar nuestro argumento. Puede decirse, por ejemplo, que en la noción de "efectividad" desarrollada por la Corte Interamericana puede distinguirse dos aspectos:

a) un aspecto *normativo,* relacionado con la "idoneidad" del recurso. En términos de la Corte, la "idoneidad" de un recurso significa su capacidad "para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla", y su posibilidad de "dar resultados o respuestas a las violaciones de derechos humanos". Nos situamos en el plano del diseño normativo del recurso: este debe ofrecer la posibilidad de plantear como objeto la violación de un derecho humano (y, como vimos, de otros derechos fundamentales), y de obtener remedios adecuados frente a esas violaciones.
b) un aspecto *empírico,* relacionado con las condiciones políticas e institucionales que hacen posible que un recurso previsto normativamente pueda "cumplir con su objeto" u "obtener el resultado para el que fue concebido". En este segundo sentido, un recurso no es efectivo cuando es "ilusorio", demasiado gravoso para la víctima, o cuando el Estado no asegurado su "debida aplicación (…) por parte de sus autoridades judiciales".

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos (órgano de supervisión del cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) ha emitido recientemente una observación general en la que abunda sobre el contenido del artículo 2 de ese instrumento –la Observación General Nº 31, del 26 de mayo de 2004[16].

En lo que aquí interesa, el Comité dedica varios comentarios al derecho a un recurso efectivo previsto en el art. 2.3 del Pacto. Se trata de los siguientes párrafos[17]:

16 Ver Comité de Derechos Humanos, Observación General Nº 31, "La naturaleza de las obligaciones legales generales impuestas por el Pacto a los Estados parte", 26/05/2004, CCPR/C/21 /Rev.1/Add.13. (Observaciones Generales).

17 A la fecha de redacción de este trabajo (marzo de 2005), la traducción oficial de la Observación General al castellano no estaba disponible –de modo que la traducción es mía.

"15. El Artículo 2, inciso 3 requiere que, además de la efectiva protección de los derechos del Pacto, los Estados parte aseguren que los individuos también tengan recursos accesibles y efectivos para defender esos derechos. Dichos recursos deben estar adaptados apropiadamente, de modo de tener en consideración la especial vulnerabilidad de ciertas categorías de personas, incluyendo en particular a los niños. El Comité asigna importancia al hecho de que los Estados parte establezcan mecanismos judiciales y administrativos adecuados para efectuar denuncias sobre la violación de derechos en el derecho interno. El Comité nota que el goce de los derechos reconocidos por el Pacto puede ser efectivamente asegurado por el Poder Judicial a través de una multiplicidad de maneras, que incluyen la aplicabilidad directa del Pacto, la aplicación de disposiciones de la Constitución o de otras leyes comparables a las del Pacto, o el efecto interpretativo del Pacto en la aplicación del derecho doméstico. Los mecanismos administrativos son particularmente necesarios para dar efecto a la obligación general de investigar denuncias de violación de derechos en forma rápida, completa y efectiva a través de cuerpos imparciales e independientes. Las instituciones nacionales de defensa y promoción de los derechos humanos, cuando se las inviste de facultades apropiadas, pueden contribuir con este fin. El incumplimiento del Estado de la obligación de investigar denuncias de violaciones puede dar lugar por sí misma a una violación autónoma del Pacto. El cese de una violación continua es un elemento esencial del derecho a un recurso efectivo.

16. El Artículo 2, inciso 3, requiere que los Estados Parte ofrezcan reparación a los individuos cuyos derechos consagrados en el Pacto hayan sido violados. Sin reparación a los individuos cuyos derechos consagrados en el Pacto han sido violados, la obligación de proveer un recurso efectivo, que es central para la eficacia del art. 2, inciso 3, no ha sido cumplida. Además de la reparación explícitamente requerida por los artículos 9 inciso 5 y 14 inciso 6, el Comité considera que el Pacto impone un deber general de indemnización apropiada. El Comité nota que, cuando sea apropiado, la reparación puede incluir la restitución, la rehabilitación y medidas de satisfacción, como el pedido público de disculpas, homenajes públicos, garantías de no repetición y modificaciones de las leyes y prácticas relevantes, como también el juzgamiento de los autores de las violaciones a los derechos humanos.

17. En general, los propósitos del Pacto se verán frustrados sin la obligación,

integral al artículo 2, de tomar medidas para prevenir la repetición de una violación al Pacto. En este sentido, una práctica frecuente del Comité al decidir casos bajo el Protocolo Adicional ha sido incluir en sus Dictámenes la necesidad de adoptar medidas, más allá del remedio específico destinado a la víctima, para impedir la repetición del tipo de violación en cuestión. Dichas medidas pueden requerir la modificación de las leyes o de las prácticas del Estado parte.

18. Cuando las investigaciones a las que se refiere el párrafo 15 revelen violaciones a ciertos derechos consagrados por el Pacto, los Estados parte deben asegurar que los responsables sean llevados ante la justicia. Como en el caso del incumplimiento de la obligación de investigar, el incumplimiento de la violación de llevar a los autores de esas violaciones ante la justicia puede dar lugar por sí misma a una violación autónoma del Pacto. Estas obligaciones surgen especialmente en los casos de violaciones reconocidas como delitos tanto en el derecho doméstico como en el derecho internacional, como la tortura (artículo 7), las ejecuciones sumarias y arbitrarias (artículo 6) y la desaparición forzada (artículos 7 y 9 y, frecuentemente, 6). De hecho, es posible que el problema de la impunidad de estas violaciones, objeto de constante preocupación del Comité, constituya un elemento que contribuye de manera importante a su repetición. Cuando son cometidas como parte de un ataque masivo o sistemático contra la población civil, estas violaciones del Pacto constituyen crímenes contra la humanidad (ver Estatuto de Roma de la Corte Pernal Internacional, artículo 7).

En ese sentido, cuando quienes han cometido las violaciones de derechos consagrados en el Pacto a las que se refiere este párrafo son funcionarios públicos o agentes estatales, los Estados Parte no pueden librar de responsabilidad personal a sus autores, como ha ocurrido con ciertas amnistías (ver Observación General Nº 20, párr. 44) y previos otorgamientos de inmunidades e indemnidades. Además, ningún status oficial justifica que personas que sean acusadas de ser responsables de dichas violaciones sean considerados inmunes frente a la responsabilidad legal. También deben derogarse otros impedimentos para la imposición de responsabilidades legales, como la defensa de obediencia debida a órdenes de un superior o los plazos de prescripción irrazonablemente cortos en los casos en los que procede la prescripción. Los Estados parte también deben prestarse asistencia mutua para llevar ante

> la justicia a las personas de las que se sospeche han cometido violaciones al Pacto que sean punibles bajo el derecho interno o internacional.
> 19. El Comité opina, además, que el derecho a un recurso efectivo puede, en ciertas circunstancias, requerir que los Estados Parte establezcan e implementen medidas provisionales o cautelares para evitar la continuación de las violaciones y para asegurar la reparación de todo daño causado por dichas violaciones lo más temprano posible.
> 20. Aun cuando los sistemas legales de los Estados parte cuenten con recursos apropiados, siguen ocurriendo violaciones a los derechos consagrados por el Pacto. Esto puede atribuirse, presumiblemente, al fracaso del funcionamiento efectivo de los recursos en la práctica. En ese sentido, se requiere a los Estados parte que provean en sus informes periódicos información sobre los obstáculos a la efectividad de los recursos existentes".

Como puede observarse, la diferente redacción del art. 2.3 del PIDCP en relación con el art. 25.1 de la Convención Americana –en especial, la ausencia de las calificaciones de "rapidez" y "sencillez"– hace que la extensión de la noción de "recurso efectivo" sea aquí bastante más amplia que en Sistema Interamericano, donde, como ya vimos, el recurso al que se refiere el art. 25.1 se vincula casi automáticamente con acciones de objeto restringido, como el amparo y el habeas corpus. La versión del Comité de Derechos Humanos es mucho más abarcadora, e incluye acciones que en la terminología procesal continental se denominarían "ordinarias" –como las acciones de reclamo de daños y perjuicios, y las acciones penales.

En todo caso, la Observación General aporta algunos elementos interesantes para asignar sentido a la noción de "efectividad". Aquí también aparece la distinción entre aspectos normativos (párrs. 15 a 19) y aspectos empíricos (párr. 20). El Comité sugiere, además, algunos criterios a ser tomados en consideración para evaluar la "efectividad" del recurso: la adecuación a la situación de las víctimas, en especial cuando pudieran pertenecer a grupos en situación de vulnerabilidad; la adecuación del cuerpo judicial o administrativo que recibe y procesa la denuncia, y –especialmente– la adecuación del remedio para a) *hacer cesar la violación, si esta continúa;* b) *ofrecer una reparación material y moral a la víctima;* c) *castigar a los responsables, cuando corresponda; y d) impedir que la violación se repita.*

Entre las medidas para hacer cesar la violación, el Comité sugiere la consideración de medidas cautelares; entre las medidas para ofrecer una reparación material y moral a la víctima, el Comité incluye la indemnización, y medidas de satisfacción, tales como el pedido público de disculpas, los homenajes públicos y las garantías de no repetición. En cuanto al castigo a los responsables, el Comité subraya la prohibición de establecer obstáculos o barreras legales, en especial cuando se trata de violaciones que constituyen delitos. Finalmente, entre las medidas para impedir que la violación se repita, el Comité identifica la derogación de normas y la modificación de prácticas violatorias de derechos consagrados por el PIDCCP. Como veremos, muchos de estos elementos son relevantes a la hora de evaluar la efectividad de los recursos destinados a confrontar las afectaciones colectivas a derechos humanos.

Finalmente, sugeriré algunas pautas para la integración pro homine de los arts. 25.1 de la CADH y 2.3 del PIDCP. El art. 25.1 de la CADH requiere, en todo caso, al igual que el art. 2.3 del PIDCCP, recursos efectivos para enfrentar la violación de derechos fundamentales, tanto los de la Convención como los establecidos en la Constitución y en la ley. Cuando el objeto de litigio que involucra la violación no suponga mayor complejidad, el recurso debe ser, además, rápido y sencillo –como es el caso de las acciones de amparo, tutela, protección, mandado de segurança o habeas corpus. Un ejemplo de esto son las situaciones en las que la violación es fácilmente comprobable, y aquellas en las que el remedio consiste simplemente en la orden de hacer cesar la violación.

En casos en los que, por la complejidad de su objeto o del remedio requerido, la tramitación de la acción requiera más tiempo o mayor debate sobre hechos y prueba (o determinaciones normativas complejas), el recurso puede no ser rápido y sencillo, pero siempre debe ser efectivo. Esto implica que la acción sea adecuada para tratar el objeto propuesto, y que el remedio sea adecuado para hacer cesar, reparar e impedir que la violación se repita –y, en su caso, para que los responsables de la violación sean castigados. Aunque para la determinación acerca del fondo sea necesario un período más extenso, para hacer cesar la violación –o, en otras palabras, para impedir que se prolongue en el tiempo– la noción de "efectividad" requiere de medidas procesales adecuadas, como las medidas provisionales, precautorias o cautelares.

IV. La efectividad del recurso en caso de afectaciones de carácter colectivo a los derechos humanos

Como vimos, la noción de "efectividad" está vinculada, entre otros factores, a la adecuación del remedio en tanto instrumento de tutela del derecho afectado –es decir, como herramienta para prevenir, detener, privar de efectos y reparar la afectación al derecho humano de que se trate. Sin embargo, nuestra herencia procesal plantea ciertos problemas relativos a esa adecuación.

Las acciones judiciales de la tradición procesal civil y de la tradición procesal constitucional vinculada al sistema de control judicial difuso se han desarrollado históricamente a partir de un modelo-tipo de afectaciones o violaciones: las afectaciones de alcance individual, que permiten una reparación individual. Este tipo de acciones responde en gran medida a un modelo de relaciones bilaterales (acreedor/deudor, damnificado/responsable del daño, etcétera), en cuya construcción es evidente la influencia del paradigma decimonónico del derecho contractual y del derecho de daños[18]. Los presupuestos que subyacen a estas acciones son la individualidad del sujeto reclamante, y la divisibilidad del daño, de modo que la legitimación está pautada por el carácter individual de la afectación –o, dicho de otro modo, por la individualidad del interés protegido.

Sin embargo, este modelo de relaciones no agota las posibilidades de afectación de derechos o de bienes jurídicamente relevantes: si la protección de derechos o bienes se limita exclusivamente a las acciones judiciales inspiradas en él, aparecen fallas que es necesario afrontar[19]. Aunque puede encontrarse antecedentes de un tratamiento procesal que se hace cargo de alguna de estas fallas en el derecho del trabajo, ramas relativamente novedosas del

18 José Reinaldo de Lima Lopes, "Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciario no Estado Social de direito", en José Eduardo Faria (editor), *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça,* Malheiros, San Pablo, 1994, pp. 114-138.

19 Ver, en general, Antônio Vasconcelos Hermann e Benjamin, "A insurreição da aldeia global contra o processo clássico. Apontamentos sobre a opressão e libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor", en Édis Milaré (coordinador), *Ação Civil Pública - Lei 7.347/85 –reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação,* Editora Revista dos Tribunais, San Pablo, 1995, pp. 79-98; Márcio Flávio Mafra Leal, *Ações coletivas: história, teoria e prática,* Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1998.

derecho, como el derecho ambiental y el derecho del consumo, han venido a identificarlas con mayor claridad. Otros fenómenos exteriorizados en las sociedades industriales contemporáneas, como la contratación masiva y la producción masiva de daños por accidentes o defectos provocados por productos elaborados han hecho visibles las limitaciones de un modelo que tiene como eje las relaciones bilaterales entre sujetos. El modelo falla, por ejemplo, cuando los bienes a tutelar no son individuales, sino colectivos; también cuando el titular del derecho afectado o su ejercicio involucre necesariamente aspectos colectivos; de igual modo, la exigencia de que el perjuicio o el interés tutelado sea individual limita las posibilidades de tutela frente a actos u omisiones lesivos que tengan alcance colectivo, o que requieran necesariamente un remedio colectivo. En todos estos casos, la tutela efectiva requiere el diseño de acciones judiciales acordes con el titular, el carácter de la afectación o el alcance apropiado del remedio[20].

Una vez identificados estos problemas, se hace visible su pertinencia para reevaluar la noción de tutela efectiva de los derechos humanos. En efecto, las situaciones típicas en las que el tradicional modelo de acción judicial –que supone que el carácter individual del titular, del bien y del remedio– es insuficiente, también se verifican en casos de violación a los derechos humanos o, como dice el art. 25.1 de la Convención Americana, de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la Convención. Brevemente, y sin ánimo de exhaustividad, señalaremos algunos de los supuestos elaborados doctrinariamente en los que se hace aparente la limitación de las acciones judiciales tradicionales, y los ilustraremos con ejemplos nacionales e internacionales que involucran la afectación de derechos humanos. Es útil aclarar que las hipótesis planteadas no son excluyentes, y que hay situaciones que admiten ser encuadradas en varios supuestos simultáneamente. También es interesante remarcar que los derechos afectados no son reducibles a un ninguna tipología tradicional o de "generaciones" de derechos humanos: todo derecho –llámeselo

20 En términos de la doctrina procesal contemporánea, los "elementos indispensables para la caracterización de una acción colectiva [son] la legitimidad para obrar, el objeto del proceso y la cosa juzgada". V. Antonio Gidi, "El concepto de acción colectiva", en Antonio Gidi y Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coordinadores), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un código modelo para Iberoamérica,* Porrúa-Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, México, 2003, p. 15.

civil, político, económico, social o cultural– es susceptible de afectaciones colectivas de diverso tipo. Los ejemplos ayudarán a verificar esta idea.

a) **Afectaciones a bienes colectivos o indivisibles:** un primer supuesto importante está dado aquellos casos en los que, consagrada la tutela jurídica de un bien colectivo o indivisible, es necesario asignar a alguien legitimación para reclamar esa tutela[21]. Las acciones judiciales tradicionales fallan aquí porque, dada la indivisibilidad del bien en cuestión, no existe ningún titular en condiciones de reclamar exclusividad sobre él y por ende, de acuerdo a la exigencia de individualidad de la afectación, nadie estaría en condiciones de requerir la tutela judicial. Esto significa que, pese a existir afectación de un derecho, no existe recurso efectivo porque no hay nadie habilitado para interponerlo.

Un caso típico es el de la afectación del derecho a un medio ambiente sano, cuya tutela prescribe el art. 41 de la Constitución argentina, el párrafo cuarto de la Constitución mexicana y el 11 del Protocolo de San Salvador. Como no existe titular individual del medio ambiente, toda forma de tutela supone necesariamente asignar a alguien la posibilidad de reclamar por la totalidad del bien, y no por una parte divisible –ya que el bien es por definición, indivisible. Así, por ejemplo, en uno de los leading cases argentinos en la materia, Schroeder[22], el actor interpuso una acción de amparo para detener

21 Se trata de los denominados "derechos o intereses difusos". El Código de Defensa del Consumidor Brasileño de 1990, pionero en la codificación de acciones colectivas en América Latina, los define como intereses o derechos "transindividuales, de naturaleza indivisible, cuyos titulares sean personas indeterminadas y ligadas por circunstancias de hecho". Cfr. Código de Defensa del Consumidor del Brasil, Ley Nro. 8.078, del 11 de septiembre de 1990, art. 81.I. Ver, por ejemplo, Antonio Gidi, "Derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos", Márcio Flávio Mafra Leal, "Notas sobre la definición de intereses difusos, colectivos e individuales homogéneos en el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica", y Hermes Zaneti Junior, "Derechos colectivos *latu sensu:* la definición conceptual de los derechos difusos, de los derechos colectivos *strictu sensu* y de los derechos individuales homogéneos"; todos en Antonio Gidi y Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coordinadores), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un código modelo para Iberoamérica, cit.,* pp. 29-35, 41-42, y 46-48/57-60, respectivamente. Ver, en general, Rodolfo de Camargo Mancuso, *Interesses difusos. Conceito e legitimação para agir,* 4ta. ed., Editora Revista dos Tribunais, San Pablo, 1997.

22 Argentina, Cámara Nacional en lo Contenciosoadministrativo Federal, Sala III, *Schroeder, Juan c/Estado Nacional –Secretaría de Recursos Naturales,* del 8 de agosto de 1994.

el proceso de licitación de una planta de tratamiento de residuos tóxicos sin la correspondiente realización de la evaluación de impacto ambiental. La Sala III de la Cámara en lo Contenciosoadministrativo Federal sostuvo que, a efectos de interpretar el art. 43 de la Constitución nacional, el actor era "afectado" por la potencial alteración del medio ambiente sano. En el caso, el tribunal consideró que la "afectación" quedaba demostrada con la calidad de vecino y con la previa dedicación del actor a actividades de defensa del medio ambiente. No discutiremos aquí cuáles deberían ser los criterios de asignación del poder de representar un bien colectivo –si el simple carácter de habitante, como en las acciones populares, si alguna calificación específica, como la cercanía o la dedicación al asunto, si el objeto de constitución de una organización de la sociedad civil, el registro o el carácter de órgano público. En todo caso, la cuestión que interesa aquí es que debe haber *alguien* autorizado a reclamar por la lesión del bien colectivo –de lo contrario, el bien queda desprovisto de tutela judicial.

La afectación de derechos culturales reconocidos por el art. 15 inc. 1 a) y 15 inc. 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el 14 inc. 1 a) y 14 inc. 2 del Protocolo de San Salvador también brinda ejemplos interesantes: la dimensión cultural de bienes tales como el patrimonio histórico o el patrimonio artístico también tiene carácter colectivo e indivisible. Un caso argentino que ilustra este ejemplo es la decisión adoptada por la Sala II de la Cámara de Apelaciones en los Civil y Comercial de Azul, en el *caso Municipalidad de Tandil c/T. A. La Estrella*[23]. El tribunal acogió una demanda de daños y perjuicios entablada por un municipio contra una empresa de transportes por los daños ocasionados por un vehículo de la empresa a una fuente y conjunto escultórico situado en un espacio público. Además del daño material, el tribunal concedió indemnización por la privación del goce estético y el daño moral que afectó a la colectividad por la destrucción de la fuente y esculturas afectadas. Es decir, más allá del daño patrimonial contra un bien del dominio público –cuya titularidad corresponde al municipio–, la sentencia considera el daño que sufre la comunidad entera por la pérdida del valor cultural del conjunto escultórico destruido –cuya titularidad no es individual, ya que se trata de un bien indivisible.

23 Argentina, Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, Sala II, *Municipalidad de Tandil c/T.A. La Estrella S. A. y otro,* del 22/10/96.

En resumen, la noción de "efectividad" del recurso requiere en casos en los que se pretende discutir la afectación de un bien de carácter colectivo e indivisible habilitar la actuación de algún legitimado que pueda plantear la acción.

b) Afectaciones a derechos de titularidad o ejercicio colectivo: un segundo caso que tiene conexiones teóricas con el anterior está relacionado con casos en los que la titularidad de un derecho corresponde a un sujeto plural o colectivo, o a casos en los que el derecho requiere necesariamente formas de ejercicio colectivo[24]. En estos casos, el significado del derecho o de su ejercicio sólo cobra sentido en la medida en que se lo concibe colectivamente.

Varios ejemplos pueden aclarar lo dicho. Un ejemplo de titularidad colectiva es el derecho a la tierra ancestral de los pueblos y comunidades indígenas. Ese derecho pierde completamente el sentido si se lo subdivide en porciones de propiedad asignadas a individuos: la condición para la preservación de la identidad del pueblo o comunidad es la titularidad y goce común del derecho a la tierra. No muy distinto es el caso de los derechos lingüísticos: la preservación de una lengua requiere su uso colectivo –la consideración individual del derecho a expresarse en una lengua sin considerar su dimensión interactiva o colectiva parece absurda –*cfr.,* por ejemplo, el art. 27 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos. Otro ejemplo posible es el del derecho de huelga: la noción de "huelga individual" parece no tener sentido. La huelga requiere la participación colectiva o grupal –de lo contrario es difícil reconocer la interrupción de la prestación de trabajo como huelga.

En todos estos casos, para poder reclamar tutela judicial ante la violación del derecho de que se trate, es necesario que alguien pueda invocar la afectación grupal o colectiva, y no sólo la afectación individual. En sentido similar, es necesario que alguien esté en condiciones de reclamar un remedio

24 Ver, por ejemplo, Ronald R. Garet, "Communality and Existence: the Rights of Groups", 56 Southern California Law Review 1001 (1983). Esta hipótesis tiene puntos de coincidencia, aunque no se ajusta completamente, a la noción de "derecho o interés colectivo" del Código de Defensa del Consumidor brasileño. Ese cuerpo legal define a los intereses o derechos colectivos como "los transindividuales, de naturaleza indivisible, cuyo titular sea un grupo, categoría o clase de personas ligadas entre sí o por la parte contraria por una relación jurídica de base" (Código de Defensa del Consumidor del Brasil, cit. Art. 81.II). Remito nuevamente a los trabajos citados en la nota a pie de página 11.

de carácter colectivo, y no sólo uno que se agote en el alcance individual. De lo contrario, el recurso no es efectivo.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ofrece algunos ejemplos interesantes de este supuesto[25]. En el *caso Awas Tingni*[26], en un notable ejercicio de activismo judicial, la Corte interpretó el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que consagra el derecho a la propiedad privada, en el sentido de incluir también la protección de la propiedad colectiva de una comunidad indígena. El litigio involucraba, entre otros hechos relevantes, la denuncia de falta de demarcación y titulación de la tierra comunitaria indígena, y de concesión de explotaciones privadas en ese territorio por parte del Estado nicaragüense. La Corte señala que:

> "Mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, tomando en cuenta las normas de interpretación aplicables y, de conformidad con el artículo 29.b de la Convención –que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos–, esta Corte considera que el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal, la cual también está reconocida en la Constitución Política de Nicaragua.
>
> Dadas las características del presente caso, es menester hacer algunas precisiones respecto del concepto de propiedad en las comunidades indígenas. Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervi-

25 Para un comentario sobre los dos casos que trataremos aquí, en línea con nuestra opinión, ver el voto concurrente del juez García Ramírez en la decisión sobre reparaciones del *caso Masacre Plan de Sánchez*. Ver Corte IDH, *caso Masacre Plan de Sánchez. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia de 19 de noviembre 2004, voto concurrente del juez Sergio García Ramírez, párrs. 1-14.

26 Corte IDH, *caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni,* sentencia de 31 de agosto de 2001.

> vencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras"[27].

La titularidad colectiva de la tierra supone, como es evidente, la posibilidad de tratar ese bien como bien colectivo y no meramente como agregado de bienes individuales. En el caso particular de la tierra comunitaria indígena, el rasgo comunal no es meramente aleatorio –como el caso de un condominio privado– sino que está ligado directamente con la preservación de la identidad de la comunidad. Si la Corte se hubiera negado a tratar el problema como un problema de afectación a la titularidad colectiva, el rasgo más significativo del caso se hubiera perdido.

La decisión sobre reparaciones del *caso Masacre Plan de Sánchez*[28], dictada en noviembre de 2004, brinda otro ejemplo de esta hipótesis. En el caso, que también emplearemos para ilustrar otro supuesto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos decidió que el Estado guatemalteco era responsable de violar, entre otros, el derecho a la vida y a la integridad personal, a raíz de una masacre cometida por el Ejército contra una población rural indígena. Además de ordenar medidas de reparación a las víctimas sobrevivientes y a sus descendientes, la Corte considera que la masacre dañó a las propias comunidades que fueron víctimas del ataque. La Corte sostiene que

27 Ver Corte IDH, *caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni,* sentencia de 31 de agosto de 2001, párrs. 148 y 149.

Son también relevantes las consideraciones de la Corte hechas en los párs. 150 a 153. Ver, voto concurrente conjunto de los jueces Antônio Augusto Cançado Trindade, Máximo Pacheco Gómez y Alirio Abreu Burelli, párrs, 8-15; voto concurrente del juez Hernán Salgado Pesantes, y voto concurrente del juez Sergio García Ramírez, párrs. 6-17.

En el párr. 15 de su voto concurrente, el juez García Ramírez cita la opinión del perito Rodolfo Stavenhagen –en la actualidad, relator especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas–, quien afirma que "(e)n ciertos contextos históricos los derechos de la persona humana se garantizan y se pueden ejercer plenamente sólo si se reconocen los derechos de la colectividad y de la comunidad a la que pertenece esta persona desde su nacimiento y de la que forma parte y la cual le da los elementos necesarios para poder sentirse plenamente realizado como ser humano, que significa también ser social y cultural".

28 Corte IDH, *caso Masacre Plan de Sánchez. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia de 19 de noviembre 2004.

> "Dado el daño ocasionado tanto a los miembros de la comunidad de Plan de Sánchez como a los miembros de las comunidades de Chipuerta, Joya de Ramos, Raxjut, Volcanillo, Coxojabaj, Las Tunas, Las Minas, Las Ventanas, Ixchel, Chiac, Concul y Chichupac, por los hechos del presente caso, este Tribunal dispone que el Estado debe desarrollar en dichas comunidades, independientemente de las obras públicas del presupuesto nacional que se destinen para esa región o municipio, los siguientes programas: a) estudio y difusión de la cultura maya achí en las comunidades afectadas a través de la Academia de Lenguas Mayas de Guatemala u otra organización similar; b) mantenimiento y mejoras en el sistema de comunicación vial entre las indicadas comunidades y la cabecera municipal de Rabinal; c) sistema de alcantarillado y suministro de agua potable; d) dotación de personal docente capacitado en enseñanza intercultural y bilingüe en la educación primaria, secundaria y diversificada de dichas comunidades, y e) establecimiento de un centro salud en la aldea de Plan de Sánchez con el personal y las condiciones adecuadas, así como la formación del personal del Centro de Salud Municipal de Rabinal para que puedan brindar atención médica y psicológica, a las personas que se hayan visto afectadas y que requieran de este tipo de tratamiento"[29].

Estas medidas de reparación no tienen como destinatario exclusivo a las víctimas individuales, sino a las comunidades como sujetos colectivos. De acuerdo con el razonamiento de la Corte, la masacre no sólo afectó a las víctimas y a sus familiares, sino a la integridad de las comunidades afectadas

29 Corte IDH, *caso Masacre Plan de Sánchez. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia de 19 de noviembre 2004, párr. 110. En el mismo sentido, ver punto resolutivo 9 de la sentencia, y voto concurrente del Juez Sergio García Ramírez, párrs. 29 y 30. El voto del juez García Ramírez comenta otras repercusiones de carácter colectivo de la sentencia en sus párrafos 15 a 19.

La decisión sobre reparaciones tiene su antecedente en el párr. 51 de la sentencia de mérito de la Corte Interamericana, donde se expresó que "hechos como los señalados, que afectaron gravemente a los miembros del pueblo maya achí en su identidad y valores y que se desarrollaron dentro de un patrón de masacres, causan un impacto agravado que compromete la responsabilidad internacional del Estado que esta Corte tomará en cuenta al momento de resolver sobre reparaciones". *Cfr.* Corte IDH, *caso Masacre Plan de Sánchez,* sentencia de 20 de abril de 2004, párr. 51, y párr. 21 del voto concurrente del juez Sergio García Ramírez.

como un todo. Por ende, las medidas de reparación detalladas, destinadas a desagraviar a las comunidades afectadas, beneficiarán a todos los miembros de esas comunidades. La Corte fija al Estado la obligación de efectuar un equipamiento comunitario, de aprovechamiento colectivo para todos sus habitantes.

c) **Afectaciones colectivas a derechos individuales que requieren un remedio colectivo:** este supuesto se caracteriza por dos rasgos: primero, un mismo hecho, acto u omisión ilícitos afecta a una pluralidad de individuos; segundo, los remedios individuales resultarían insuficientes y, por ende, la afectación requiere un remedio necesariamente colectivo –o, en términos empleados por la doctrina procesal contemporánea, la *intercomunicabilidad de resultados* de la decisión judicial adoptada. Es decir, los miembros del grupo o clase de los afectados ven menoscabado un derecho individual, pero el remedio para evitar, hacer cesar o reparar esa afectación supone una medida de alcance colectivo y no individual –de modo que nadie puede exigir un remedio individual sin que trascienda a otros en la misma situación[30].

El modelo procesal clásico falla aquí porque, de habilitarse a individuos a reclamar por la afectación del derecho que les corresponde, el remedio solicitado tendrá efectos *ultra vires.* Dada la particular relación entre los miembros de la clase o grupo afectado –aunque cada uno tiene derechos individuales afectados, el remedio involucra al colectivo entero–, a efectos

30 El supuesto coincide en gran medida con el descrito en el apartado b) (2) de la Regla Federal 23 de los Estados Unidos de América, reglamentaria de las acciones de clase o de grupo (*class actions*): "Una acción puede ejercitarse como acción colectiva si (...): (2) la parte que se oponga al grupo ha actuado o se ha rehusado a actuar de una manera uniforme con respecto al grupo, resultando apropiada una sentencia inhibitoria o declarativa respecto al grupo entendido como una unidad". Ver comentario de Antonio Gidi, "Las acciones colectivas en Estados Unidos", en Antonio Gidi y Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coordinadores), *Procesos colectivos. La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comparada,* Porrúa, México, 2003, p. 14; Lorenzo-Mateo Bujosa Vadell, "El procedimiento de las acciones de grupo (class actions) en los Estados Unidos de América", en Justicia 94, Nº 1 (1994), Barcelona, pp. 88-90. Sobre las acciones de clase en el derecho estadounidense, puede verse Stephen C. Yeazell, "Group Litigation and Social Context: Toward a History of the Class Action", 77 Columbia Law Review 866 (1977); "From Group Litigation to Class Action. Part I: the Industrialization of Group Litigation" 27 UCLA Law Review 514 (1980) y "From Group Litigation to Class Action. Part II: Interest, Class and Representation", 27 UCLA Law Review 1067 (1980).

procesales es posible conceptualizar la situación como de afectación de los derechos del colectivo o grupo, dado que la acción que proponga cualquiera de sus miembros o aquel a quien se invista de la representación del grupo –como una organización de la sociedad civil, el defensor del pueblo o el ministerio público– tendrá, de ser considerada procedente, efectos grupales. Esto significa, de acuerdo con lo visto, que de no establecerse un mecanismo que permita articular, a partir de algún reclamo, un remedio colectivo, el recurso no será adecuado para confrontar la violación, y por ende no será efectivo. El supuesto cobra especial importancia, como surgirá de los ejemplos, cuando se requiera un remedio para impedir la continuación o la repetición de la violación.

¿Qué tipo de situaciones requieren remedios necesariamente colectivos? A guisa de ejemplo, mencionaremos dos criterios útiles para identificarlas: la *indivisibilidad del remedio,* y las *razones de escala.*

Por *indivisibilidad del remedio* nos referimos a aquellas medidas que, por no permitir su distribución en partes, beneficia colectivamente a un grupo. Por ejemplo, la construcción de rampas de acceso para personas con discapacidad motora a un edificio, el retiro de un producto del mercado, la interrupción de la realización de una obra, etcétera.

Por *razones de escala* entendemos la conveniencia, por motivos de planificación y costo, de adoptar una medida de alcance colectivo para remediar la afectación denunciada. En otras palabras, puede decirse que existen razones de escala cuando la solución individual de las afectación resulta inviable por su alto costo o por generar excepciones ad hoc a un régimen que requiere una disciplina o planificación colectiva. Recordemos, por ejemplo, la situación planteada en el famoso *caso Brown vs. Board of Education of Topeka*[31], resuelto por la Corte Suprema de los Estados Unidos en 1954. La demanda sostenía que la existencia de sistemas escolares segregados –uno para blancos

31 EE.UU., Corte Suprema, *Brown vs. Board of Education of Topeka,* 347 US 483 (1954). La Corte Suprema trató conjuntamente cuatro casos de segregación racial escolar, que involucraban a los estados de Kansas (*Brown v. Board of Education*), Carolina del Sur (*Briggs et al. v. Elliott et al*), Delaware (*Gebhart et al. v. Belton et al.*) y Virginia (*Davis et al. v. County School Board of Prince Edward County, Virginia, et al.*). Sobre la historia del caso, ver Richard Kluger, *Simple Justice. The History of Brown v. Board of Education and the Black America's Struggle for Equality,* Vintage Books, Nueva York, 1975; Mark V. Tushnet, *Making Civil Rights Law. Thurgood Marshall and the Supreme Court 1936-1961,* Oxford University Press, Nueva York, 1994, cap. 11.

y otro para negros– era inconstitucional, por violar el principio de igualdad (o de igual protección de la ley, como se lo denomina en la tradición estadounidense). Desde el punto de vista conceptual –en especial, bajo interpretación dominante que se ha dado en la Argentina al sistema de control difuso de constitucionalidad– no era imposible otorgar remedios individuales a quienes se presentaran como quejosos: se hubiera obligado a los respectivos Estados demandados a incluir en escuelas blancas a los alumnos negros que hubieran actuado como demandantes, sin que esto involucrara a los no demandantes. Razones de escala aconsejaban, sin embargo, para que el remedio fuera efectivo, la desegregación racial completa del sistema educativo, y no su modificación a través de casos discretos. El ejemplo puede proyectarse a la necesidad de puesta en marcha o de modificación de un servicio público, sistema, plan, programa o proceso destinado a un colectivo o grupo de destinatarios: servicios médicos, servicios educativos, servicios de transporte, servicios de transporte, servicios policiales, procesos electorales, etcétera.

Presentaremos aquí varios ejemplos de este supuesto, vinculados con la violación de normas internacionales de derechos humanos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ofrece varios casos relevantes al respecto.

En la decisión sobre reparaciones del *caso Aloeboetoe y otros*[32], el tribunal debió establecer una reparación destinada a que los hijos de las víctimas asesinadas de la comunidad saramaca pudieran estudiar hasta determinada edad. La Corte afirma lo siguiente:

> "En la indemnización fijada para los herederos de las víctimas se ha previsto una suma para que los menores puedan estudiar hasta una determinada edad. Sin embargo, estos objetivos no se logran sólo otorgando una indemnización, sino que es preciso también que se ofrezca a los niños una escuela donde puedan recibir una enseñanza adecuada y una asistencia médica básica. En el momento actual, ello no ocurre en varias aldeas saramacas.
>
> Los hijos de las víctimas viven, en su mayoría, en Gujaba, donde la escuela y el dispensario están cerrados. La Corte considera que, como parte de la indemnización, Suriname está obligado a reabrir la escuela de Gujaba y a dotarla de personal docente y administrativo para que funcione permanentemente a

32 Corte IDH, *caso Aloeboetoe y otros. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos)", sentencia de 10 de septiembre de 1993.

> partir de 1994. Igualmente, se ordenará que el dispensario allí existente sea puesto en condiciones operativas y reabierto en el curso de ese año"[33].

Como se ve, en lugar de propiciar una solución de carácter individual –como la entrega de una suma monetaria a cada descendiente de las víctimas para que estudie– la Corte percibe que ni el acceso a educación ni el acceso a servicios sanitarios puede garantizarse sin la existencia de un servicio permanente en la comunidad. Es decir, alega razones de escala, ordenando al Estado la adopción de medidas que beneficiarán no sólo a los descendientes de las víctimas, sino a toda la comunidad de manera indivisible. El aseguramiento de la reparación individual requiere medidas de alcance colectivo que serán aprovechadas por todos los miembros de la aldea saramaca.

Un segundo ejemplo, de gran repercusión –ya que obligó a la realización de una reforma constitucional en Chile–, es la decisión adoptada por la Corte Interamericana en el *caso La última tentación de Cristo*[34]. En el caso, la Corte Interamericana debió analizar la compatibilidad de la medida de censura judicial, confirmada por la Corte Suprema chilena, impuesta a la exhibición cinematográfica de la película "La Última Tentación de Cristo".

La Comisión Interamericana alegó violación a la libertad de pensamiento y expresión (art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) y a la libertad de conciencia y religión (art. 12 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Los peticionarios ante la Comisión fueron seis ciudadanos chilenos que argumentaron que la censura judicial los privó de ver la película, en violación a las disposiciones de la Convención Americana.

Al considerar la violación al derecho a la libertad de pensamiento y expresión, la Corte –remitiéndose a lo dicho en su opinión consultiva OC-5/85– afirma que ese derecho tiene dos dimensiones, una individual y una

33 Corte IDH, *caso Aloeboetoe y otros. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos)", sentencia de 10 de septiembre de 1993, párr. 96. En el mismo sentido, punto resolutivo 5, en el que se "[o]rdena al Estado de Suriname igualmente, con carácter de reparación, reabrir la escuela sita en Gujaba y dotarla de personal docente y administrativo para que funcione permanentemente a partir de 1994 y poner en operación en el curso de ese año el dispensario existente en ese lugar".

34 Corte IDH, *caso La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros),* sentencia de 5 de febrero de 2001.

social[35]. La dimensión individual consiste en que "nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento"[36]. Seguidamente, la Corte señala que:

> "Con respecto a la segunda dimensión del derecho consagrado en el artículo 13 de la Convención, la social, es menester señalar que la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones entre las personas; comprende su derecho a tratar de comunicar a otras sus puntos de vista, pero implica también el derecho de todas a conocer opiniones, relatos y noticias. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia"[37].

La Corte concluye que el acto de censura y la norma que la permite viola el derecho a la libertad de pensamiento y expresión de los peticionarios. Lo interesante del caso es, claro, lo que la Corte resuelve como punto dispositivo al respecto. La Corte afirma que

> "Respecto del artículo 13 de la Convención, la Corte considera que el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico con el fin de suprimir la censura previa, para permitir la exhibición cinematográfica y la publicidad de la película "La Última Tentación de Cristo", ya que está obligado a respetar el derecho a la libertad de expresión y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción"[38].

35 Corte IDH, *caso La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros),* sentencia de 5 de febrero de 2001, párr. 64.

36 Corte IDH, *caso La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros),* sentencia de 5 de febrero de 2001, párr. 64, con cita de la Opinión Consultiva OC-5/85.

37 Corte IDH, *caso La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros),* sentencia de 5 de febrero de 2001, párr. 66.

38 Corte IDH, *caso La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros),* sentencia de 5 de febrero de 2001, párr. 97.

Y por ende

> "decide que el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa para permitir la exhibición de la película "La Última Tentación de Cristo", y debe rendir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dentro de un plazo de seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia, un informe sobre las medidas tomadas a ese respecto"[39].

Como puede advertirse, la Corte no ordenó que el Estado permitiera sólo a los peticionarios ver la película censurada: decidida la ilicitud del acto de censura a la luz del derecho a la libertad de pensamiento y expresión, la solución consiste en anular el acto de censura y las normas en las que se apoya –medida de carácter indivisible, que beneficia a "toda persona sujeta" a la jurisdicción del Estado chileno, más allá de aquellos que presentaron la denuncia ante la Comisión Interamericana. Se trata de un caso de intercomunicabilidad del resultado por indivisibilidad del remedio adoptado.

Varios casos nacionales también sirven para ilustrar la hipótesis. Dos casos importantes en la jurisprudencia argentina se refieren afectaciones al derecho a la salud. En el *caso Viceconte*[40], la Sala IV de la Cámara Nacional en lo Contenciosoadministrativo Federal hizo lugar a una acción de amparo colectivo interpuesta por una vecina de la localidad de Azul. El tribunal consideró que la interrupción de la fabricación de una vacuna contra una enfermedad endémica y epidémica, para cuya producción el Estado había dedicado recursos y fijado un cronograma, violaba el derecho a la salud del grupo potencialmente afectado por la enfermedad –la fiebre hemorrágica argentina, que tiene incidencia sobre un área donde viven unas tres millones y medio de personas. No era inconcebible que la actora reclamara la vacuna para ella misma –el caso hubiera involucrado la discusión sobre el alcance del derecho individual a la salud. Pero no fue ese el planteo efectuado: la discusión se dirigió no a la entrega individual de dosis de la vacuna, sino al pre-

39 Corte IDH, *caso La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros),* sentencia de 5 de febrero de 2001, punto resolutivo 4.

40 Argentina, Cámara Nacional en lo Contenciosoadministrativo Federal, Sala IV, *Viceconte, Mariela c/Estado Nacional –Ministerio de Salud y Acción Social s/amparo ley 16.986,* de 2 de junio de 1998.

requisito para esa entrega individual, que es el aseguramiento de la producción de la vacuna para la población en riesgo. La razón para el tratamiento colectivo de la cuestión la constituyen las necesidades de escala en la producción de la vacuna, que necesariamente su elabora para una población destinataria plural, y no en forma individual. La orden judicial que emana de la acción de amparo es la de asegurar la producción de la vacuna para todo el grupo afectado, y no sólo para la actora –se produce intercomunicabilidad de resultados a todo el resto del grupo a clase.

La Corte Suprema argentina ha tenido la oportunidad de resolver un caso con algunas similitudes. En el *caso Asociación Benghalensis*[41], la Corte rechazó el recurso extraordinario presentado por el Estado y confirmó la sentencia de Cámara que hacía lugar a una acción de amparo colectivo llevada a cabo por una serie de organizaciones no gubernamentales para obligar al Estado a cumplir con la provisión de medicamentos destinados a tratar el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida mandada por la ley 23.798. A diferencia de otros casos –por ejemplo, de un caso resuelto el mismo días, *A., C. B* [42]– en la que un actor individual reclama la provisión de medicamentos para satisfacer su derecho a la atención médica, en *Asociación Benghalensis* un grupo de organizaciones no gubernamentales denuncian el incumplimiento del Estado de la ley que pone a su cargo la responsabilidad de proveer medicamentos relativos al tratamiento del VIH/SIDA en los centros de salud de todo el país. El amparo reclama el cumplimiento de lo establecido por la ley por parte de la Administración. La mayoría de la Corte adhiere a los fundamentos del Procurador General de la Nación que, ante el planteo de falta de legitimación de los actores que hace el Estado, afirma que el segundo párrafo del art. 43 de la Constitución concede legitimación para interponer acciones de amparo a personas diferentes del afectado individual, entre ellas a asociaciones, señalando:

41 Argentina, Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Asociación Benghalensis y otros c/Ministerio de Salud y Acción Social –Estado Nacional s/amparo ley 16.986,* dictamen del Procurador General de la Nación de la Nación del 22 de febrero de 1999, decisión de la Corte del 1 de junio de 2000.

42 Argentina, Corte Suprema de Justicia de la Nación, *A., C. B. c/Ministerio de Salud y Acción Social s/amparo ley 16.986,* dictamen del Procurador General de la Nación del 19 de marzo de 1999; decisión de la Corte del 1º de junio de 2000.

> "Así lo pienso, toda vez que fundan su legitimación para accionar, no sólo en el interés difuso en que se cumplan la Constitución y las leyes, sino en su carácter de titulares de un derecho de incidencia colectiva a la protección de la salud, cuyo contenido es la prevención, asistencia y rehabilitación de los enfermos que padecen el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida y sus patologías derivadas, además del derecho que les asiste para accionar para el cumplimiento de una de las finalidades de su creación que, en el caso, es la de luchar contra el SIDA"[43].

Más allá de los términos empleados por el Procurador, está claro que el sentido del fallo es asignarle a la asociación calidad de representante de la clase o grupo de personas afectadas de VIH/SIDA, para reclamar por la totalidad del incumplimiento de la obligación estatal –y no por el efecto de ese incumplimiento sobre algunos individuos. Las razones de escala son similares a las del caso Viceconte: el cumplimiento de la entrega en casos individuales está supeditado al cumplimiento total de la obligación –de lo contrario, no habrá dosis individuales de medicación que puedan ser entregadas para satisfacer el derecho individual a recibir tratamiento. Los beneficiarios del remedio judicial son *todos los miembros de la clase* que requieran tratamiento, es decir, el resultado de la orden judicial se intercomunica al grupo entero.

El *caso Mignone*[44], resuelto por la Corte Suprema argentina, involucra la discusión de derechos electorales. A través de una acción de amparo colectivo, una organización no gubernamental demandó la declaración de inconstitucionalidad de una norma del código electoral que prohibía votar a las personas detenidas sin condena (es decir, una población de alrededor de cinco mil personas). El argumento central empleado fue que las razones por las cuales el Estado puede excluir el derecho de voto están limitadas a las taxativamente establecidas en el art. 23.2 de la Convención Americana sobre Derechos humanos, que no incluyen la detención preventiva.

43 Dictamen del Procurador General de la Nación, consid. VIII.

44 Argentina, Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Mignone, Emilio Fermín s/promueve acción de amparo,* del 9 de abril de 2002. Para un comentario específico, ver Cecilia Cristina Naddeo, "Recepción de estándares internacionales en materia de derechos políticos. Breve reseña de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos Mignone, Emilio Fermín s/ promueve acción de amparo"", en este mismo volumen.

La Corte acogió el amparo, declaró la inconstitucionalidad de la norma impugnada y dispuso que el Estado tenía la obligación de implementar medidas para garantizar el derecho a votar de las personas detenidas en el servicio penitenciario federal, emplazando al Estado nacional a adoptar en un término de seis meses "las medidas conducentes a que los detenidos sin condena puedan votar".

En lo que interesa al argumento que venimos desarrollando aquí, el remedio requerido –la declaración de inconstitucionalidad de la norma, y la correlativa adopción de medidas para garantizar el voto de los detenidos sin condena– supone la reorganización del proceso electoral a efectos de incluir una clase o grupo entero anteriormente excluido. Si bien no serían impensables acciones individuales que exigieran el reestablecimiento del derecho de voto sólo para quien reclame, parece evidente que razones de escala hacen conveniente un tratamiento conjunto y uniforme que involucre a la clase entera, y no respuestas aisladas y potencialmente contradictorias. El remedio adecuado es, por ende, necesariamente colectivo[45].

En el *caso Verbitsky,* también resuelto por la Corte Suprema argentina[46], se procuraba mediante un *habeas corpus* correctivo de alcance colectivo presentado originalmente ante la Cámara de Casación Penal, el control judicial de la situación de alrededor de seis mil personas detenidas en comisarías de la Provincia de Buenos Aires. La acción pretendía que el tribunal estableciera en términos precisos bajo qué condiciones debe habilitarse un lugar de alojamiento digno de acuerdo a estándares constitucionales, y que ordenara al Gobierno provincial remediar de forma urgente la situación de las personas alojadas en condiciones denigrantes de superpoblación, ofreciendo para ello un plan de acción. Para facilitar la adopción de esas medidas, los actores solicitaban al Tribunal la fijación de un procedimiento de consulta y diálogo entre los principales actores involucrados en la cuestión y el establecimiento

45 El voto concurrente del juez Bossert efectúa algunas consideraciones suplementarias sobre los aspectos colectivos del derecho al voto, justificando el carácter colectivo de la acción en el alcance de la afectación que produce la norma, "que tiene repercusiones sobre un grupo de ciudadanos que se hallan en idéntica situación y que habrían sido excluidos del efectivo ejercicio de la soberanía popular sobre el que se asienta el sufragio". *Cfr.* Argentina, Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Mignone, Emilio Fermín s/promueve acción de amparo,* del 9 de abril de 2002, voto concurrente del juez Bossert, consid. 18. Ver también sus considerandos 16, 19, 20 y 21.

46 Ver Argentina, Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Verbitsky, Horacio s/Habeas Corpus,* del 3 de mayo de 2005.

de mecanismos concretos para supervisar el plan de acción que el Gobierno establezca en cumplimiento de la orden judicial.

La justificación de la elección de una acción colectiva se fundó en la naturaleza general y sistémica del problema –esto es, en la necesidad de un remedio colectivo integral, que tomara en consideración la situación de la clase o grupo entero. La insuficiencia de los remedios individuales era evidente: al interponer *habeas corpus* individuales, las personas detenidas eran trasladadas de una comisaría a otra, sin solucionarse el problema de superpoblación. Lo mismo ocurría con los *habeas corpus* colectivos de alcance limitado a un determinado departamento judicial o administrativo.

La Cámara de Casación de la provincia rechazó el *habeas corpus,* al negarse a considerar el conflicto en su dimensión colectiva y envió a sorteo la petición a los diferentes departamentos judiciales De este modo, segmentó el caso y acotó la posibilidad de discutir las políticas para solucionarlo. La decisión fue confirmada por la Suprema Corte provincial.

Los demandantes acudieron ante la Corte Suprema de Justicia en queja por denegación del recurso extraordinario federal. En lo que importa para el tema bajo examen, alegaron que la segmentación del caso en habeas corpus individuales o departamentales les impedía discutir el conflicto colectivo y vulneraba de esta forma el derecho de promover acciones de forma colectiva, garantizado por el artículo 43 párrafo segundo de la Constitución nacional. El Procurador General dictaminó a favor de la apertura del recurso federal por considerar que la imposibilidad de discutir el conflicto colectivo importaba una vulneración del derecho de acceso a la justicia[47].

La mayoría de la Corte –y, sobre este punto, también las disidencias parciales de los jueces Argibay y Fayt– concedió la razón a los actores. La Corte afirmó:

47 Ver Argentina, Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Verbitsky, Horacio s/Habeas Corpus,* Dictamen del Procurador General de la Nación, del 9 de febrero de 2004, considerando IV. El Procurador afirma que *"reconocer a la actora legitimación para representar a los individuos de un colectivo, pero ordenar que el ejercicio de esa representación tenga lugar de manera individual y separada ante cada uno de los jueces a cuya disposición se hallan detenidos, equivale a desvirtuar la previsión constitucional de una acción grupal o colectiva como medio más idóneo para la solución de la controversia en el caso de los derechos de incidencia colectiva".*

> "Que pese a que la Constitución no menciona en forma expresa el habeas corpus como instrumento deducible también en forma colectiva, tratándose de pretensiones como las esgrimidas por el recurrente, es lógico suponer que si se reconoce la tutela colectiva de los derechos citados en el párrafo segundo, con igual o mayor razón la Constitución otorga las mismas herramientas a un bien jurídico de valor prioritario y del que se ocupa en especial, no precisamente para reducir o acotar su tutela sino para privilegiarla"[48].
>
> "Que debido a la condición de los sujetos afectados y a la categoría del derecho infringido, la defensa de derechos de incidencia colectiva puede tener lugar más allá del nomen juris específico de la acción intentada, conforme lo sostenido reiteradamente por esta Corte en materia de interpretación jurídica, en el sentido de que debe tenerse en cuenta, además de la letra de la norma, la finalidad perseguida y la dinámica de la realidad (Fallos: 312:2192, disidencia del juez Petracchi; 320:875, entre otros)"[49].

d) **Afectaciones grupales a derechos individuales en las que existen razones de conveniencia para tratar la cuestión de manera unificada:** el último supuesto al que nos referiremos involucra aquellos casos en los que un mismo hecho, acto u omisión ilícita afecte los derechos individuales de un grupo o colectivo de personas[50]. Aunque las afectaciones sean individuales y, por ende,

48 Ver Argentina, Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Verbitsky, Horacio s/Habeas Corpus,* del 3 de mayo de 2005, voto de la mayoría de la Corte, considerando 16. En el mismo sentido, disidencia parcial del juez Fayt, considerando 15, y disidencia parcial de la jueza Argibay, primer párrafo, que adhiere –entre otros– a los considerandos 16 y 17 de la mayoría.

49 Ver Argentina, Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Verbitsky, Horacio s/Habeas Corpus,* del 3 de mayo de 2005, voto de la mayoría de la Corte, considerando 17. En el mismo sentido, disidencia parcial del juez Fayt, considerando 16, y disidencia parcial de la jueza Argibay, primer párrafo, que adhiere –entre otros– a los considerandos 16 y 17 de la mayoría.

50 Esta hipótesis coincide con la noción de "derechos o intereses individuales homogéneos" del Código de Defensa del Consumidor brasileño. Ese cuerpo legal define a los intereses o derechos individuales homogéneos como "los provenientes de un origen común" (Código de Defensa del Consumidor del Brasil, cit. Art. 81.III). Ver, por ejemplo, Antonio Gidi, "Derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos", y Márcio Flavio Mafra Leal, "Notas sobre la definición de intereses difusos, colectivos e individuales homogéneos en el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica", y Hermes Zaneti Junior, "Derechos colectivos latu sensu: la definición conceptual de los derechos difusos, de los derechos colectivos *strictu sensu* y de los derechos individuales homogéneos" cits., pp. 35-38, 41-42, y 48-52/57-60, respectivamente.

no exista indivisibilidad conceptual entre los bienes protegidos por cada afectación, pueden mediar razones de conveniencia que hagan preferible tratar todas las afectaciones en una misma acción, que tratarlas separadamente. Las razones de conveniencia más importantes son de dos tipos. Primero, razones de *economía procesal:* dado que el hecho, acto u omisión ilícita es único, las cuestiones de derecho, hecho y prueba de todas las afectaciones son en parte idénticas. Esto significa que tratar todas las afectaciones en una misma acción supone un ahorro considerable de tiempo y recursos, evita la dispersión y los tratamientos disímiles y aumenta la efectividad global del remedio judicial. Un único caso parece preferible a miles de casos prácticamente idénticos.

Segundo, cuando se enfrenta una afectación de los derechos individuales de un grupo de personas por un mismo hecho, acto u omisión, dejar librado el reclamo a la iniciativa individual puede tropezar con la posible existencia de *desincentivos* para que los miembros de la clase de personas afectadas accione. Entre ellas, el costo del litigio en relación al monto individual de la afectación, la falta de información de algunos de los afectados individuales, la protección de intereses contradictorios con la publicidad que entraña el inicio de una acción judicial (como por ejemplo, la protección de la intimidad o confidencialidad del afectado), etcétera. La existencia de desincentivos para accionar individualmente se traduce en una pérdida de efecto preventivo de la norma que sanciona el hecho, acto u omisión ilícito, y por ende en el mantenimiento de su impunidad. La agregación de todas las afectaciones en una misma acción permite contrarrestar esta pérdida de efecto preventivo y superar la impunidad de las afectaciones que no generen incentivo individual suficiente para accionar.

Dado que en este supuesto sí puede existir interés de algunos afectados por accionar individualmente, el régimen procesal debe establecer mecanismos que permitan considerar ese interés. Un primer mecanismo es la exigencia de que el juez considere, para preferir la tramitación colectiva por sobre las individuales, si los aspectos comunes tienen mayor peso que los individuales[51]. Entre los factores que el juez debe tomar en cuenta se encuen-

51 *Cfr.,* al respecto, el apartado b) (3) de la mencionada Regla Federal 23 de los Estados Unidos: "Una acción puede ejercitarse como acción colectiva si (...): (3) el juez considera que las cuestiones de derecho o de hecho comunes a los miembros del grupo predominan sobre cualquier cuestión individual, y que la acción colectiva es superior a otros métodos disponibles para la justa y eficaz resolución de la controversia. En su decisión sobre la superioridad de la acción colectiva, el juez deberá analizar,

tran el peso o monto de las afectaciones individuales, y las dificultades de los miembros de la clase bien para accionar individualmente, bien para reunirse en una sola acción. Un segundo mecanismo es el de permitir que los miembros del grupo que prefieran iniciar individualmente la acción puedan, en un plazo procesal razonable, manifestar esa preferencia al juez ante quien tramita la acción colectiva y, por ende, queden excluidos de esa acción y habilitados para plantear su acción de manera individual[52].

La inexistencia de acciones que permitan articular un reclamo colectivo puede constituir, así, una dificultad para impedir que la violación continúe o se repita –en este sentido, los recursos individuales tradicionales no son efectivos.

El *caso Masacre de Plan de Sánchez*[53] de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya traído a colación, brinda otro ejemplo interesante relacionado con la hipótesis que comentamos aquí. La Comisión Interamericana presentó una lista de víctimas de la masacre, sucedida más de veinte años

entre otras cosas: (A) el interés de miembros del grupo en controlar individualmente el ejercicio o defensa de acciones individuales separadas; (B) la amplitud y naturaleza de cualquier litigio acerca de la controversia ya empezado por o contra miembros del grupo; (C) la conveniencia o no de reunir las causas ante el mismo juez; (D) las dificultades que pueda enfrentar el desarrollo de la acción colectiva". Ver comentario de Antonio Gidi, "Las acciones de clase en los Estados Unidos", pp. 14-16; Lorenzo-Mateo Bujosa Vadell, "El procedimiento de las acciones de grupo (*class actions*) en los Estados Unidos de América", cit., pp. 79-86 y 90-93. En el mismo sentido, Anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, art. 2do. Pár. 1ro.: "Para la tutela de los intereses o derechos individuales homogéneos, además de los requisitos indicados en los n. I y II de este artículo, es también necesaria la demostración del predominio de las cuestiones comunes sobre las cuestiones individuales y de la utilidad de la tutela colectiva en el caso concreto". Ver comentarios de Antonio Gidi, "Derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos", y Márcio Flavio Mafra Leal, "Notas sobre la definición de intereses difusos, colectivos e individuales homogéneos en el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica", y Hermes Zaneti Junior, "Derechos colectivos *latu sensu:* la definición conceptual de los derechos difusos, de los derechos colectivos *strictu sensu* y de los derechos individuales homogéneos" cits., pp. 36, 43 y 51, respectivamente. Ver también Ada Pellegrini Grinover, "Da *class action* for damages a ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade", en Edis Milaré (coordinador), *Ação civil pública: Lei 7.347/1985-15 anos,* Editora Revista dos Tribunais, San Pablo, 2001, p. 24.

52 Se trata de la posibilidad de *"opt-out"* o derecho de autoexclusión, prevista en la Regla 23 (c)(2)(A) de los Estados Unidos. Ver comentario de Antonio Gidi, "Las acciones colectivas en Estados Unidos", cit. pp. 20-23; Lorenzo-Mateo Bujosa Vadell, "El procedimiento de las acciones de grupo (*class actions*) en los Estados Unidos de América", cit., pp. 95-96.

53 Corte IDH, *caso Masacre Plan de Sánchez,* sentencia de 29 de abril de 2004.

antes del dictado de la sentencia de la Corte Interamericana. La Corte, sin embargo, consideró que

> "Las víctimas de las violaciones a que se refiere el párrafo anterior son las personas identificadas por la Comisión en su demanda (supra párr. 42.48), y las que puedan ser identificadas con posterioridad, debido a que las complejidades y dificultades presentadas al individualizarlas permiten presumir que hay aún víctimas pendientes de determinación"[54].

El razonamiento de la Corte presenta notables paralelos con el procedimiento de una acción de grupo o de clase indemnizatoria (*damage class action*): la Corte verifica un hecho ilícito común (la masacre) y la existencia de un conjunto de víctimas individuales afectadas. Todas las víctimas tienen *derechos o intereses individuales homogéneos:* sucede que hay algunas identificadas, y otras pendientes de identificación. La sentencia no se limita sólo a las víctimas identificadas, sino que se extiende a aquellas pendientes de identificación. No muy distinto es el procedimiento de la acción de grupo o de clase indemnizatoria del derecho federal estadounidense: probado por el representante de la clase el hecho, acto u omisión dañoso, y establecida la composición de la clase, la sentencia indemnizatoria hace cosa juzgada sobre la totalidad de la clase y permite que los miembros individuales aún no identificados se beneficien de la cosa juzgada y concurran a reclamar el porcentaje de indemnización individual que les corresponde, en la medida del daño sufrido[55]. En el caso, dado el carácter masivo del daño, la Corte justifica el tratamiento conjunto tanto por razones de economía procesal, como por la posible existencia de desincentivos que pesaron sobre muchas víctimas para llevar a cabo acciones judiciales (en el caso, la intimidación del ejército, el tiempo transcurrido, la desconfianza ante el sistema judicial local, la persistente impunidad frente a masacres similares, etcétera).

En el *caso Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta*[56], resuelto por la Corte Suprema argentina, la organización actora impugnó judicialmente una re-

54 Corte IDH, *caso Masacre Plan de Sánchez,* sentencia de 29 de abril de 2004, párr. 48.

55 Ver, por ejemplo, Lorenzo-Mateo Bujosa Vadell, "El procedimiento de las acciones de grupo (*class actions*) en los Estados Unidos de América", cit., pp. 109-110.

56 Argentina, Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta c/Ministerio de Salud –Estado Nacional s/acción de amparo-medida cautelar,* dictamen del Procurador Ge-

solución del Ministerio de Salud que modificaba el Programa Médico Obligatorio aplicable a las entidades participantes en el sistema del seguro de salud, reduciendo la cobertura correspondiente a esa enfermedad de baja incidencia y tratamiento de alto costo. La Cámara Federal de Apelaciones de Salta había hecho lugar al amparo, declarando la nulidad de la resolución cuestionada por ser violatoria del derecho a la salud. La Corte confirma la sentencia de segunda instancia, adhiriendo a los fundamentos del dictamen del Procurador General de la Nación.

Se trata de otro supuesto de protección a través de una acción colectiva que agrega derechos o intereses individuales homogéneos –en este caso, todas las personas que padecen de esclerosis múltiple excluidas del tratamiento por la resolución ministerial[57]. Nada impedía a los actores interponer acciones individuales, cuyo efecto relativo hubiera llevado a la inaplicación de la resolución impugnada para el caso concreto, y por ende, la limitación del beneficio al reclamante. Sin embargo, el carácter único del acto dañoso y la multiplicidad de víctimas hace conveniente, por motivos de economía procesal, agregar todas las afectaciones en una misma causa, impidiendo así la multiplicación de litigios en los que existe identidad de agravios y alegaciones. El resultado de la acción colectiva beneficia a la clase entera de titulares de derechos o intereses individuales homogéneos, que pueden gozar acceder individualmente al tratamiento antes negado.

V. Las acciones colectivas y la "efectividad" del recurso en la Argentina

Hasta aquí hemos presentado un panorama de tipos de situaciones de afectación de derechos humanos que requieren –o ante las que resulta más conveniente– un tratamiento judicial colectivo y no uno individual. El argumento presentado indica que, para estos casos, "recurso efectivo" signi-

neral de la Nación del 4 de agosto de 2003; decisión de la Corte del 18 de diciembre de 2003.

57 Argentina, Corte Suprema de Justicia de la Nación, Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta c/Ministerio de Salud –Estado Nacional s/acción de amparo-medida cautelar, dictamen del Procurador General de la Nación del 4 de agosto de 2003; decisión de la Corte del 18 de diciembre de 2003.

fica un recurso capaz de tratamiento colectivo de estas afectaciones –de modo que las acciones de carácter meramente individual no cumplen, en todos estos casos, la exigencia de la efectividad.

El artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos requiere que el Estado adopte medidas, incluidas las legislativas, para garantizar los derechos establecidos por ese instrumento que aún no lo estuviesen: esto incluye el derecho a un recurso efectivo en caso de afectaciones colectivas a derechos fundamentales establecidos en la Convención, en la Constitución o en las leyes. El art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos tiene un contenido similar, y es aplicable al art. 2.3, como ilustra la ya comentada Observación General Nº 31 del Comité de Derechos Humanos. Para el caso que estamos tratando, esto significa que, de no existir recursos o acciones judiciales que permitan la revisión judicial de afectaciones colectivas a derechos humanos, el Estado tiene la obligación de dictar legislación creándolas. De no existir estas acciones en la legislación, los jueces tienen la obligación de adecuar las existentes para dar efecto a los dos tratados invocados.

Dicho esto, analizaremos brevemente las vías empleadas primariamente por los tribunales argentinos para entender en acciones donde se discuten afectaciones colectivas a derechos humanos, y su adecuación a lo establecido en los instrumentos internacionales mencionados. Estas reflexiones son también útiles para México, en la medida en que las obligaciones internacionales comentadas rigen igualmente aquí, de modo que son necesarias reformas legislativas –en especial al régimen de amparo– para adecuar a sus exigencias la legislación interna.

Parece casi innecesario recordar que, aunque existían algunos antecedentes, la temática de las acciones colectivas se instaló en el país prácticamente a partir de la incorporación, en la reforma constitucional de 1994, del segundo párrafo del art. 43 de la Constitución Nacional, que establece el denominado "amparo colectivo". No es este el lugar de evaluar de manera exhaustiva la evolución del instituto. Cabe, sin embargo, efectuar algunos apuntes al respecto de su efectividad como recurso.

Como primer punto, es necesario subrayar que, a más de diez años de la reforma, el amparo colectivo aún no ha sido regulado, y su funcionamiento fue moldeado completamente a partir de la actividad pretoriana de los tri-

bunales. Esta actividad pretoriana ha consistido en una combinación de interpretación directa del segundo párrafo del art. 43 de la Constitución, de su integración con lo establecido en el primer párrafo, que recoge el amparo "clásico" o "individual", y de la adaptación, en la medida del alcance asignado al art. 43 de la Constitución, de las normas consideradas subsistentes y aplicables de la ley 16.986 (ley de amparo, que data de 1966, muchísimo antes de que se discutieran las cuestiones planteadas en este trabajo). La tarea de desarrollo interpretativo de los jueces argentinos en esta materia ha sido notable, y debe ser destacada. Sin embargo, a diez años de la reforma constitucional, la ausencia de regulación se ha hecho sentir en varios aspectos: falta de claridad en materia de efectos de la sentencias, problemas de posible incompatibilidad de decisiones sobre el mismo objeto en jurisdicciones distintas, falta de claridad sobre temas tales como la adecuación de la representación, la participación de otros miembros del grupo, la participación de terceros interesados, etcétera. Existen suficientes modelos en el derecho comparado –y en nuestra misma región, como en el caso de Brasil– para que el Congreso asuma seriamente la cuestión y produzca una regulación compatible con la exigencia de "rapidez", "sencillez" y "efectividad" de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Un segundo punto está relacionado con el carácter de la acción. Como ya he dicho antes, mientras acciones como el amparo (denominadas "extraordinarias" por la doctrina procesal) tienen la virtud de ser adecuadas a los requisitos de "rapidez" y "sencillez", no siempre cumplen con el requisito de la "efectividad". Esto se debe a que, dada la limitación de su objeto, la acción de amparo –individual y colectivo– puede ser idónea para hacer cesar la violación, pero difícilmente pueda cumplir con las demás exigencias mencionadas por el Comité de Derechos Humanos –obtener reparación material y moral por la violación, y evitar la repetición. Otra limitación del amparo salta a la vista: la exigencia, a efectos de su admisibilidad, de demostrar que la acción u omisión atacada es manifiestamente ilegal o arbitraria. Esta exigencia reduce las posibilidades de debate sobre temas de hecho y prueba, y por ende la acción se torna inadecuada para violaciones de mayor complejidad.

Paradójicamente, el tema de las acciones colectivas adquirió visibilidad en la Argentina a partir del amparo colectivo: eso ha hecho que la mayor parte del desarrollo en esta materia haya adoptado la vía del amparo, con es-

casas y muy tímidas exploraciones en el campo de las acciones colectivas ordinarias. Esto lleva a un tercer punto, que se hace evidente apenas se superan las anteojeras nacionalistas, y se levanta un poco la vista para ver cómo funcionan las cosas en otros lugares. Las acciones colectivas son, por lo general, acciones complejas. Acciones tales como las class actions estadounidenses o la *ação civil pública* no son dispositivos sumarísimos como el amparo, sino acciones ordinarias que en general se consideran típicos ejemplos de litigio complejo. Se trata de acciones en las que pueden estar involucradas varias partes que representan intereses colectivos distintos, que requieren una gestión judicial prudente para no perjudicar derechos de otros miembros de la clase o del grupo involucrado, o intereses de otros beneficiarios del bien colectivo de que se trate. Esto significa, por lo general, plazos procesales más largos, un período de certificación de la adecuación e idoneidad del representante de la clase o grupo, mecanismos de contralor para impedir afectaciones de derechos de quienes a la postre serán beneficiados o perjudicados por la acción, mayor amplitud de debate y prueba, un procedimiento de ejecución prolongado o al que se agregan más beneficiarios, etcétera. En nuestro país, dada la visibilidad que ha cobrado el amparo colectivo, la discusión sobre esta cuestión apenas si se ha planteado[58]. Para que las acciones destinadas a confrontar afectaciones colectivas de derechos humanos sean efectivas, la cuestión requiere de un debate serio y de regulación –difícilmente se pueda avanzar en la materia sólo a partir de interpretaciones judiciales.

Esto no significa, claro, que no haya ningún espacio para el amparo colectivo –del mismo modo que la existencia de acciones individuales ordinarias no empece la existencia y la pertinencia del amparo individual. El amparo colectivo será "efectivo" –e, idealmente, "rápido" y "sencillo"– cuando la violación de que se trate sea evidente, o cuando, a elección de las víctimas, el objeto procesal se limite a hacer cesar la violación. Cuando la constatación de la violación requiera mayor debate y prueba, se trate de un situación de mayor complejidad, o se pretenda un remedio más complejo –por ejemplo, la indemnización colectiva o la adopción de medidas de reforma de la legislación, del diseño institucional o de las prácticas de organismos públicos para

58 Una promisoria excepción es la obra de Gustavo Maurino, Ezequiel Nino y Martín Sigal, Acciones Colectivas. Análisis conceptual, jurisprudencial, procesal y comparado, Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2005.

impedir la recurrencia de la violación, la acción adecuada –y por ende, "efectiva"– debería ser una acción colectiva ordinaria. El compromiso entre "rapidez" y "sencillez", por un lado, y "efectividad", por otro, en estos casos, dependerá en gran medida de un adecuado sistema de medidas cautelares, que permitan que la violación cese o que el daño se consume, mientras se sigue discutiendo la cuestión de mayor complejidad.

El panorama actual, sin embargo, ha sido signado por el justificado activismo de los jueces, ante el incumplimiento por parte del legislador del mandato constitucional de regulación del amparo colectivo –y del mandato de la Convención Americana y del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de establecimiento de acciones adecuadas a las violaciones colectivas de derechos humanos. Mientras no existan acciones colectivas ordinarias, muchas afectaciones colectivas de derechos seguirán tramitando por la vía del amparo colectivo, aunque se trate de una vía que lleva implícitas muchas limitaciones.

Cabe señalar que, sobre la base del desarrollo jurisprudencial del amparo colectivo, también se ha verificado un desarrollo analógico del *habeas corpus* colectivo, que tampoco estaba previsto como tal en su ley regulatoria, la ley 23.098, que data de 1984. Puede efectuarse, al respecto, señalamientos similares a los ya hechos en relación con el amparo colectivo.

En cuanto a otras acciones colectivas, existe una cierta evolución de acciones de carácter civil, que en mayor medida van recogiendo la evolución de lo que un autor ha denominado "derecho privado colectivo"[59]. Se trata, todavía, de construcciones tentativas, desarrolladas centralmente a partir de la acción prevista en la Ley de Defensa del Consumidor, y de acciones –incluidas acciones de reclamo de daños y perjuicios que involucran bienes– colectivos, como el medio ambiente o el patrimonio cultural o histórico. Sería deseable un desarrollo normativo común de todas estas materias, en consonancia con el tratamiento de problemas de litigio complejo como las apuntados antes.

59 *Cfr.* Ricardo Lorenzetti, *Las normas fundamentales de Derecho Privado,* Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995, p. 127-172.

Nota biográfica de las autoras y autores

James Anaya
Abogado. Profesor de Derechos Humanos Derecho y Política de la Universidad de Arizona Rogers College of Law. Profesor e investigador en la investigación de derechos humanos de los pueblos indígenas, derecho constitucional. Director del Taller de promoción Internacional de los Derechos Humanos en coordinación con la Escuela de Derecho de los pueblos y política del programa indígena. Profesor de Derecho de la Universidad de Iowa. Profesor visitante de la Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard. Relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas por la Organización de las Naciones Unidas.

Jhon Antón Sánchez
Periodista y antropólogo (Ph.D) en ciencias sociales de FLACSO Ecuador. Experto en temas afro descendientes, interculturalidad, racismo y exclusión étnica cultural. Catedrático de estudios afro descendientes y raza, ciudadanía y democracia de la Universidad del Chocó (Colombia) y FLACSO Ecuador. Ex coordinador del Sistema de Indicadores Sociales del Pueblo Afroecuatoriano SISPAE del Ministerio de coordinación de desarrollo social de Ecuador. Autor de varios libros e informes de consultoría relacionas con el tema de los afro descendientes. Miembro del movimiento social afro descendiente, de la Fundación Cultural las Mojarras en Condoto Chocó y asesor ad honorem del Consejo Comunitario Mayor de la Cuenca del Condoto e Iró en Colombia.

María Paz Ávila Ordóñez
Candidata a Magíster en Derecho con mención en Derecho Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador. Abogada de los Tribunales de Justicia de Ecuador por la Universidad del Azuay, Cuenca. Becaria de la Universidad del Azuay y de la Universidad Andina Simón Bolívar por mérito académico, asesora Jurídica del consultorio jurídico de la Universidad del Azuay, asistente de la Fiscalía penal y de antinarcóticos del Azuay y asesora del consultorio jurídico Avila&Avila asociados. Actualmente analista de proyectos de ley de la Subsecretaria de Desarrollo Normativo del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

Diva Ávila
Abogada de los Tribunales de Justicia de la facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Azuay (Cuenca). Asesora legal del Consejo Superior de Desarrollo de las Pequeñas y Medianas Empresas. Asesora de la Subsecretaria de la Competencia y Defensa del Consumidor del Ministerio de Industrias y Productividad. Capacitadora en temas de competencia efectiva y desleal en la Universidad Espíritu Santo, IDE, Cámaras de Industrias y Comercio de todo el país. Participo en la Ronda de Negociaciones CAN-UE y demás compromisos nacionales internacionales para generar la nueva Ley Antimonopolio para el Ecuador.

Lorena Bachmaier
Licenciada en Derecho por la Universidad Complutense. Licenciada en Ciencias Políticas (especialidad Relaciones Internacionales) por la Universidad Complutense. Doctora en Derecho por la Universidad Complutense. Profesora Ayudante de Escuela Universitaria, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Profesora Asociada a tiempo completo, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Profesora Titular de Universidad, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Investigadora visitante, University of Berkeley, California, Law School (Boalt Hall). Investigadora visitante, Harvard University, Law School. Miembro de la Comisión de Evaluación para Abogados Comunitarios del Ministerio de Justicia. Miembro del Tribunal de las Pruebas Selectivas para el acceso a la Carrera Judicial (CGPJ), Madrid. Coordinadora y profesora de alumnos Erasmus de la asignatura de Derecho procesal. Profesora del programa de doctorado "Derecho procesal comparado" en el Instituto de Derecho Comparado, Facultad de Derecho, UCM.

Rainer Baubock
Dr. Phil Sociología de la Universidad de Viena. Presidente del Departamento de Políticas y Ciencias del Instituto Universitario de Europa. Vicepresidente de la Comisión académica de investigaciones sobre la migración e integración. Investigador de teoría de normativa política y estudios comparativos de democracia ciudadanía, integración europea, migración, nacionalidad y derechos de las minorías. Profesor del Instituto de estudios Avanzados (Viena). Profesor invitado a varios centros universitarios en Viena. Autor de varias publicaciones sobre las políticas de civilización en la nueva Europa, migración y ciudadanía.

Christian Courtis
Profesor de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y profesor invitado del Departamento de Derecho del ITAM (México). Ha sido profesor e investigador visitante en universidades de América Latina, Estados Uni-

dos y Europa. Se ha desempeñado como consultor de la Organización Mundial/Panamericana de la Salud, UNESCO, la División de Desarrollo Social de la ONU, la CEPAL y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Ha sido director del Proyecto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Comisión Internacional de Juristas (Ginebra).

Ricardo Crespo Plaza
Doctor en Jurisprudencia por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Master en Gestión y Cambio Ambiental por la Universidad de Oxford (Inglaterra). Cursante de varios cursos relaciones con el tema ambiental, desarrollo y gestión (Roma-Italia) Profesor de Derecho Ambiental Políticas Ambientales en la Universidad San Francisco de Quito. Profesor de Derecho Ambiental de la Universidad Técnica Particular de Loja. Consultor, capacitador e instructor en varios proyectos relacionados con el tema ambiental, desarrollo, gestión y normativa. Miembro de la Comisión Legal de la Unión Internacional para la conservación de la naturaleza (UICN). Autor de varias publicaciones relativas al tema ambiental.

Antonio Gidi
Licenciado en derecho por la Universidad Federal de Bahía (Brasil). Maestría y Ph.D en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Sao Paulo (Brasil). Doctor en Derecho por la Universidad de Pennsylvania (Estados Unidos). Profesor asistente en la Facultad de Derecho de la Universidad de Houston de las cátedras de procedimiento civil, derecho comparado, arbitraje internacional, derecho comparado de América Latina. Profesor visitante de la cátedra de proceso civil comparado en programas de verano de varias universidades de Brasil y EEUU. Autor de varias publicaciones relativas al procedimiento civil, derecho comparado, acciones colectivas. Autor del proyecto de proceso civil colectivo "Un modelo para países de derecho civil".

Agustín Grijalva
Doctorado en Ciencia Política por la Universidad de Pittsburgh (Estados Unidos). Master en Ciencias Políticas por la Universidad de Kansas. Abogado y doctor en jurisprudencia por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Coordinador de la Maestría Internacional en Derecho de la Universidad Andina sede Ecuador. Docente de la cátedra de Interpretación Constitucional en la UASB. Ha sido también docente en las maestrías en derechos humanos, en derecho procesal, en el curso de especialización en derechos humanos, y en cursos abiertos de la misma universidad. Colaboración en labores de docencia en la Universidad Central del Ecuador y FLACSO-Ecuador. Ha publicado en Ecuador y otros países varios artículos sobre derecho constitucional y derechos humanos.

Diego Iturralde Guerrero
Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador y Antropólogo por la Universidad Iberoamericana (México). Especialista en Antropología Jurídica y Derechos de los Pueblos Indígenas. Docente en antropología en Universidad Católica del Ecuador, Universidad Andina Simón Bolívar y FLACSO, en Ecuador, Universidad Iberoamericana, Escuela Nacional de Antropología e Historia y Universidad Nacional Autónoma de México, en México, Universidad de La Cordillera y la Universidad Andina, en Bolivia, FLACSO y Universidad de Costa Rica, en Costa Rica, FLACSO y Universidad Rafael Landívar, en Guatemala. Director de varios departamentos de antropología en Ecuador y México. Autor de varias publicaciones relativas al tema del desarrollo indígena.

Will Kymlicka
Licenciado en Filosofía y Política por la Queen's University. Doctor en Filosofía por la Universidad de Oxford. Profesor de la cátedra de investigación en filosofía política por la Queen's University. Profesor visitante Universidad Central Europea de Budapest. Autor de varias publicaciones sobre ciudadanía, nacionalidades, políticas de inclusión.

Gustavo Lins Ribeiro
Antropólogo y Master por la Universidad de Brasilia. Ph.D por la Universidad de New York (EEUU). Pos Doctorado en Antropología por la Jhons Hopkins (EEUU). Profesor titular del Departamento de Antropología y profesor del centro de investigaciones sobre América en la Universidad de Brasilia. Director del Instituto de Ciencias Sociales de la Universidad de Brasilia. Profesor invitado en varias universidades de Latinoamérica. Miembro del centro de investigaciones antropológicas en México y de estudios de migración. Autor de varias publicaciones relacionadas con estudios antropológicos e investigaciones realizadas en América Latina. Vicepresidente de la Unión Internacional de Ciencias Antropológicas y Etnológicas. Miembro de la Comisión Mundial de Antropología de la Asociación Americana de Antropología.

Byron Real
Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Especialista en ambiente y recursos naturales por la Universidad de San José (Costa Rica) y Antropólogo especializado en vulnerabilidad social y gestión del riesgo por la Universidad de Florida (USA). Ha realizado acciones legales en defensa de los derechos humanos y ambientales de comunidades indígenas y campesinas afectadas por actividades de desarrollo. También ha presentado acciones judiciales en defensa de áreas protegidas y ecosistemas amenazados ante cortes nacionales e internacionales. Ha realizado consultorías e investigaciones de campo y colaborado con comunidades indígenas y campesinas, or-

ganismos internacionales y entidades públicas en Ecuador, Alemania, Bolivia, Estados Unidos y Venezuela. En la actualidad enseña la cátedra de Maestría de Ordenamiento Territorial, en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

Rodolfo Stavenhagen
Doctor en Sociología por la Universidad de París. Es profesor emérito del Colegio de México, en donde se desempeña como profesor investigador del Centro de Estudios Sociológicos. Es parte del SII nivel 3 e Investigador Nacional del SIN, Nivel III. Sus principales áreas de investigación son: sociología agraria, desarrollo rural, minorías étnicas, conflictos étnicos, derechos humanos, pueblos indígenas, movimientos sociales, resolución de conflictos. Relator especial para los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas por la Organización de las Naciones Unidas. Ha sido subdirector general de la UNESCO, encargado de la división de ciencias sociales y sus aplicaciones. Director General de Culturas Populares de la Secretaría de Educación Pública.

Neus Torbisco Cassals
Doctora en derecho público por la Universidad Pompeu Fabra. Profesora agregada al departamento de derecho de esta misma universidad donde imparte cursos relacionados con la filosofía política y jurídica. Académica invitada en Escuela de Economía de Londres. Profesora invitada en las Universidades de Queen's y Ottawa (Canadá), en la Universidad de Siena (Italia), Puerto Rico y Miami (EEUU). Asesora en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Ganadora de Hauser Research Scholarship de la Universidad de Nueva York por realizar una investigación sobre diversidad cultural y modelos de integración política en democracias supranacionales. Ha publicado diversos artículos relativos a los derechos culturales, a la integración de los inmigrantes y la ciudadanía europea.

Este Libro se terminó de
imprimir en diciembre de 2009
en la imprenta V&M Gráficas.
Quito, Ecuador