

R I F

M

M

Año 11, Núm. 20, 2023 (Julio)

Revista Internacional de Filosofía
International e-Journal of Philosophy

MUTATIS MUTANDIS

Conceptos filosóficos constitucionales

Presentación del número especial

Hernán Neira 

Universidad de Santiago de Chile

Desde Aristóteles y la *Constitución de Atenas* (Aristóteles 2000), para continuar con Rousseau y el *Proyecto de constitución de Córcega* (1966 [1765]), la discusión constitucional y sobre constituciones específicas ha acompañado a los filósofos y la historia de la filosofía. *Mutatis Mutandis* se hizo partícipe de esa tradición al invitar al conversatorio *Conceptos filosóficos constitucionales*¹. Había un contexto: las álgidas discusiones con motivo de los proyectos de nueva constitución para Chile. Sin embargo, la convocatoria hecha por *Mutatis Mutandis* no se restringió a esa coyuntura y se obtuvo lo que se quería: debatir filosóficamente sobre conceptos constitucionales, no sin la esperanza de que la filosofía contribuya a generar la amistad cívica sin la cual no se constituye ni comunidad política ni *polis*.

Una constitución libre se encuentra siempre en medio de una ambigüedad entre sus aspectos técnicos y sus aspectos valóricos. Aristóteles tiene razón al afirmar, en la *Ética a Nicómaco*, que solo se debate sobre lo que puede ser de otra manera, porque de lo que no puede serlo, no hay debate, sino ciencia (1139a). Las ciencias abstractas deducen desde postulados y las empíricas inducen a partir de experimentos, calculan. Pero la política no es ciencia, o lo es, si se extiende el concepto, y se acepta que haya alguna ciencia de las cosas que siempre pueden ser de otra manera o bien, que la política se deduce de postulados absolutos, lo que hoy es difícil de sostener.

Una interpretación contemporánea del mismo problema se encuentra en Habermas. En la *Teoría de la acción comunicativa* (2001 [1981]), Habermas distingue entre acciones racionales y acciones comunicativas. Las primeras, se orientan por reglas técnicas y orienta los medios según criterios de un control eficiente de la realidad, lo que implica pronósticos sobre hechos físicos o sociales. En cambio, la acción comunicativa tiene que ver con la capacidad de aunar acciones, sin coacción, y de generar consenso, donde los participantes superan la subjetividad inicial; y se orienta de acuerdo con normas intersubjetivamente establecidas que definen expectativas recíprocas de comportamiento (y sanciones) y que tienen que ser entendidas y reconocidas por lo menos por dos sujetos agentes.

Las acciones que se rigen por normas técnicas siguen postulados y teoremas; en ellas, no hay algo que pueda ser llamado deliberación, si se da a esta palabra el mismo sentido que pueda tener en política. Aunque se utilice el mismo término, las acepciones de la palabra “deliberación” o “debate” no coinciden cuando se trata, por un lado, de discutir sobre un teorema relativo a las leyes naturales, del que solo saben especialistas, y, por otro, de discutir sobre valores políticos, cuyo contenido es fruto del acuerdo de voluntades y no de la observación de la naturaleza. Por eso, en las acciones comunicativas pueden tomar parte todos y son de debate libre y público. Este derecho se funda en que se trata de generar valores y normas comunes por los que, libremente, la sociedad y cada cual tendrá que guiarse y obedecer. Hay un hiato completo entre la racionalidad de acción técnica y la racionalidad de deliberación comunicativa; esta se puede apoyar en el saber de aquella; o bien, esta puede incluso ordenarle qué investigar para mejorar las normas, pero jamás las normas políticas podrán ser técnicas, si quieren ser políticas. Naturalmente, en la medida que las decisiones comunicativas establecen también normas epistemológicas y dan

*Contacto: hernan.neira@usach.cl.

¹ *Conceptos filosóficos constitucionales*. ¿Cuáles conceptos político-filosóficos para cuál constitución?, celebrado en la Universidad de Santiago, Chile, 7 y 9 de marzo 2023.

objetivos la ciencia, no existe neutralidad alguna en esta, como ya fue planteado por Marcuse en *El hombre unidimensional* (1968 [1964]).

La variabilidad de la deliberación política no la hace ni mejor ni peor que las ciencias, porque, en lugar de postulados o experimentos, la valoración de la decisión política se mide respecto a valores humanos, que cambian en el tiempo. Y, los valores, no son conceptos deductivos o inductivos, sino acuerdos entre humanos que se cristalizan en la ética y en la legislación. Hay una política que no requiere acuerdos –eso es una dictadura–, pero entonces no hay propiamente política, porque, como recuerda Rousseau en *El contrato social*, no es lo mismo gobernar una sociedad que someter a una multitud (Rousseau 1966 [1762]) I, 5). Una sociedad, en efecto, supone la libertad y, sin ella, no hay propiamente sociedad, ni política.

Los acuerdos constitucionales son la base mínima y estructural indispensable para la existencia de la amistad cívica y el intercambio de bienes simbólicos y reales que aseguran la existencia de la *polis*. Una constitución no es una sociedad, pero no hay sociedad sin un conjunto de regulaciones y de distribución de poder; esta distribución es el límite y la guía de todas las distribuciones de poderes inferiores, incluso domésticos.

En el marco de ese debate, en nombre de la democracia, es necesario examinar la norma de la mayoría y su finalidad. La norma de la mayoría es un principio de acción que permite discriminar entre posibilidades de acción, incluyendo en la acción aquella de establecer normas constitucionales. El límite de la acción de la mayoría es no poner en peligro la existencia de la minoría, ni a corto ni largo plazo; si lo hace, la unidad se rompe y se forman dos comunidades aparte. El acto político esencial de quien quiera ser mayoría es convencer a la minoría para que deje de serlo y se sume a la mayoría, lo que implica que minorías y mayorías no sean conceptos absolutos y siempre una pueda transitar a la otra. La ausencia de respeto a esta posibilidad de tránsito ha hecho fracasar muchos proyectos constitucionales. Una minoría no ilegítima porque así lo decida la mayoría. Transgredir esta norma y declarar la ilegitimidad de la minoría, por serlo, genera una legítima solidaridad con la minoría, que puede, por efecto de esa solidaridad, convertirse en mayoría o sabotear a la existente. El fundamento de la democracia no es la mayoría, sino el acuerdo para que esta y la minoría puedan coexistir y transitar. Ese acuerdo debe ser unánime.

No resulta admisible que en un régimen democrático la minoría sea destruida por el hecho de serlo. La legitimidad de la decisión reside en la deliberación por la que se generan normas comunes. Definidas estas, se generan mayorías y minorías, pero aquellas solo son legítimas por estas. La deliberación por la cual triunfan argumentos es el fundamento de la mayoría y de la minoría; una no es más legítima que la otra. Sin constituir una minoría, la mayoría nunca lograr ser mayoría. La mayoría solo existe porque se mantiene unida a una minoría que se genera en la deliberación. Si la mayoría segrega a la minoría, tampoco hay mayoría: es el caso común en las dictaduras. Mayoría y minoría son conceptos que van juntos, de ahí la necesidad política de que la primera se mantenga unida a la segunda. Esta regla es formal y no da cuenta del contenido, ni es, de por sí, una regla suficiente, pero si esta formalidad no es satisfecha, ninguna constitución es viable. Es, pues, condición necesaria de un proyecto constitucional democrático.

El coloquio *Conceptos filosóficos constitucionales* dio lugar a un conjunto de textos, de los cuales publicamos cinco en el presente número, elaborados por juristas con vocación filosófica y filósofos con vocación jurídica. Versan, respectivamente, sobre el papel de la naturaleza en entre los derechos constitucionales (Ana Clara Sá), el concepto de ciudadanía aplicado a los animales (Silvina Pezzetta), las aporías de reivindicar territorios indígenas en el derecho republicano heredado de las antiguas colonias (Jorge Aillapán), la incorporación de los derechos sociales a la teoría de la posición original y de la justicia en Rawls (Pablo Aguayo y Santiago Estévez) y la incorporación de las sociedades intermedias como lugar de acción política privilegiado para lograr una sociedad más libre (Carolina Bruna).

Ninguno de los textos es acomodaticio, ninguno de ellos se conforma con repetir caminos conocidos, pero todos se colocan en la condición actual en que los sujetos contractuales y los

contenidos del contrato social han sido tensionados. Todos se sitúan en un tiempo que podría ser calificado de post-habermasiano: la acción comunicacional, que es por esencia racional y supone sujeto capaces de entendimiento y cooperación, ha sido puesta en jaque por numerosos autores, numerosas aporías conceptuales y numerosos hechos. El conjunto de las colaboraciones que publicamos se instala en esa situación contemporánea y contribuye a enriquecer el debate en el que se forman mayoría y minoría que deben permanecer unidas para dar lugar a la amistad cívica sin la cual no hay sociedad.

Tengo la convicción de que, de llevarse a cabo algunas de las propuestas constitucionales vertidas en estos textos, se incrementaría el afecto de los ciudadanos por la democracia en que viven, antesala para lograr la adhesión de una mayoría medianamente estable que permita generar reformas tanto en el proceso actual que vive Chile como en otros países.

Estos temas constituyen una reflexión filosófico-jurídica que merece tener un espacio privilegiado en el debate constitucional contemporáneo, que muestra signos de insuficiencia cuando es tratado en los medios de comunicación, aunque no en el debate filosófico, que nunca se ha detenido. Ahora bien, este debate filosófico-jurídico se encuentra subvalorado fuera del mundo académico y oculto por el histrionismo mediático o de redes sociales: no son aquellos los espacios óptimos para un debate constitucional, del que, en la mayoría de los casos, solo reflejan una caricatura. La relevancia de lo que está en juego requiere soportes específicos: el diálogo presencial, la exposición de argumentos complejos por escrito, el tiempo y la disposición para escucharlos o leerlos. Uno de esos soportes son las reflexiones constitucionales, como las que presentamos en este número.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Aristóteles. *Ética a Nicómaco*. Editado por María Trad. Araujo y Julián Marías. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.
- ----. *La constitución de Atenas*. Editado por Antonio (Trad.) Tovar. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.
- Habermas, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Editado por Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 2001 [1981].
- Marcuse, Herbert. *El hombre unidimensional*. Barcelona: Seix Barral, 1968 [1964].
- Rousseau, Jean-Jacques. *Du contrat social*. Vol. III, de *J. J. Rousseau. Oeuvres complètes. Du contrat social. Écrits politiques*, de Jean Jacques Rousseau, editado por B. & Raymon, M. (Ed.). Gagnebin, 347-470. Paris: Gallimard, 1966 [1762].
- ----. *Projet de constitution pour la Corse*. Vol. III, de *J.-J. Rousseau. Oeuvres complètes. Du contrat social. Écrits politiques*, de Jean-Jacques Rousseau, 899-950. Paris: Gallimard. Sous la direction de Gagnebin, Bernard; Raymond, Marcel, 1966 [1765].

DOI: [10.5281/zenodo.8194077](https://doi.org/10.5281/zenodo.8194077)

Os princípios constitucionais direcionadores e o meio ambiente

The guiding constitutional principles and the environment
Los principios constitucionales rectores y el medioambiente

Ana Clara Sá 

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Brasil

Resumo

Os processos constituintes representam momentos imaginativos propícios ao debate acerca de qual sociedade se quer construir. Os princípios constitucionais direcionadores não só guiam a edição das normas constitucionais pelos legisladores constituintes, como servem, na aplicação do direito, de bússola para os juizes na prolação de suas decisões judiciais e para os administradores quando da adoção de políticas públicas. Já que tais princípios irão moldar as formas de organização social-política, questiona-se: qual futuro se quer construir para qual sociedade? Diante da emergência climática advinda com o Antropoceno, a Constituição, como diploma fundamental de organização social, precisa refletir um novo paradigma no qual a natureza deixe de ser vista como mero objeto instrumental a serviço das potencialidades humanas e o ser humano passe a se entender como parte integrante da natureza. Com esse escopo, será analisado como se deu a proteção da natureza nas Constituições do Brasil de 1988, do Equador de 2008, da Bolívia de 2009 e no projeto de Constituição do Chile de 2022, bem como vieses – antropocêntrico, biocêntrico, ecocêntrico e holístico – adotados por esses textos.

Palabras clave: constituição, direitos da natureza, bem viver.

Abstract

The constituent processes represent imaginative moments conducive to the debate about which society one wants to build. The guiding constitutional principles not only guide the edition of constitutional norms by the constituent legislators, but also serve, in the application of the law, as a compass for judges in the rendering of their judicial decisions and for administrators when adopting public policies. Since such principles will shape the forms of social-political organization, the question is: which future do you want to build for which society? Faced with the climate emergency that came with the Anthropocene, the Constitution, as a fundamental diploma of social organization, needs to reflect a new paradigm in which nature is no longer seen as a mere instrumental object at the service of human potential and human beings come to understand themselves as integral part of nature. With this scope, it was analyzed how the protection of nature was given in the Constitutions of Brazil of 1988, of Ecuador of 2008, of Bolivia of 2009 and in the draft Constitution of Chile of 2022, as well as biases - anthropocentric, biocentric, ecocentric and holistic - adopted in these texts.

Keywords: constitution, rights of nature, good life.

Resumen

Los procesos constituyentes representan momentos imaginativos propicios para el debate sobre qué sociedad se quiere construir. Los principios rectores constitucionales no solo orientan la redacción de normas constitucionales por parte de los legisladores constituyentes, sino que también sirven, en la aplicación de la ley, de dirección a los jueces en el dictado de sus decisiones judiciales y a los administradores en la adopción de políticas públicas. Dado que tales principios moldearán las formas de organización sociopolítica, la pregunta es: ¿qué futuro se quiere construir y para qué sociedad? Ante la emergencia climática que llegó con el Antropoceno, la Constitución, como diploma fundamental de organización social, necesita reflejar un nuevo paradigma en el que la naturaleza deje de ser vista como un mero objeto instrumental al servicio del potencial humano y los seres humanos vengan comprenderse a sí mismos como parte integrante de la naturaleza. Con ese alcance, se analizó cómo la protección de la naturaleza se dio en las Constituciones de Brasil de 1988, de Ecuador de 2008, de Bolivia de 2009 y en el proyecto de Constitución de Chile de 2022, así como los sesgos -antropocéntricos, biocéntricos, ecocéntrico y holístico - adoptados en estos textos.

Palabras clave: constitución, derechos de la naturaleza, buen vivir.

DOI: [10.5281/zenodo.8194070](https://doi.org/10.5281/zenodo.8194070)

*Contacto: anaclara.o.sa@gmail.com Especialista em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Pós Graduada (2022) em Direitos Difusos e Coletivos pelo Curso Círculo de Estudos na Internet (CEI). Graduada em Direito (2017) pela Faculdade Nacional de Direito (FND - UFRJ). Membro da Comissão de Proteção Animal da Associação Brasileira de Advogados (ABA). Advogada, professora de Direito Civil e autora de obras jurídicas.

1. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS DA NATUREZA COMO MATERIALIZAÇÃO DE UM NOVO PARADIGMA ÉTICO

A intervenção humana na natureza foi tão significativa nos últimos séculos que *Pachamama* perdeu sua capacidade de resiliência e autorregeneração, inaugurando-se um novo período geológico, o Antropoceno.

O termo Antropoceno, cunhado na década de 1980 pelo ecólogo norte-americano Eugene Stoermer, foi popularizado nos anos 2000 pelo vencedor do Prêmio Nobel de Química de 1995, Paul Crutzen. Embora ainda não haja ainda consenso científico, alguns cientistas sustentam que com um evento específico ocorrido em 1784, a criação da máquina a vapor por James Watt e a Revolução Industrial que a ela sucedeu, houve uma alteração nos rumos da vida planetária.

O período geológico atualmente vivido é tão marcado pela intervenção humana na natureza que, em 2020, a massa antropogênica¹ formada por todas as coisas construídas pela humanidade – superou, pela primeira vez na história, a massa conjunta de todos os seres vivos do planeta (biomassa). Segundo estudo apresentado na Revista *Nature*, a massa antropogênica no ano de 1900 era de apenas 35 gigatons, o que representa 3% do peso aferido no ano de 2020 (Elhacham *et al*445). Isso significa que a massa antropogênica é dobrada a cada vinte anos e que, nos últimos cinco anos, seu crescimento global foi de 30 gigatons anuais.

Verifica-se a exponencialidade que dá o tom da intervenção humana no planeta Terra, impondo a revisão de paradigmas éticos. Aposto-se em um crescimento econômico infinito, às custas de um planeta finito, e sustenta-se que, com isso, será alcançado o progresso social. Contudo, não é o que se verifica na prática; a desigualdade social agrava-se acompanhando a velocidade da destruição ambiental e indicando que, em pouco tempo, não haverá mais condições de habitabilidade no planeta Terra.

Aliado ao exponencial crescimento de matéria antropogênica, o êxito biológico, ou seja, “o crescimento exponencial da população na esfera de influência da civilização técnica, estendendo-se recentemente por todo o planeta [...]” repercute sobre o êxito econômico, multiplicando seus efeitos e “lhe tira a possibilidade de decidir-se por uma parada. Uma população estática poderia em determinado momento dizer: ‘Basta!’ Mas uma população crescente obriga-se a dizer: ‘Mais!’” (Jonas 235-236).

O Antropoceno – resultado desse círculo vicioso – é marcado pelas mudanças climáticas, que decorrem da acumulação de gases de efeito estufa na atmosfera, pelo desmatamento e pela perda de biodiversidade.

Quase 20% da área total da Amazônia – a maior floresta tropical do mundo – já foi desmatada, para a conversão do solo ao uso agrícola e pecuário. Esse percentual, que será alcançado em menos de 20 anos, é o “ponto de não retorno”, no qual será consolidado o estado de desequilíbrio irreversível. Constatou-se que, nos últimos 20 anos, mais de três quartos da Amazônia já perderam sua capacidade de resiliência e de recuperação, o que indica o risco iminente de transformação do bioma em savana, com sua desertificação (Boulton *et al*271)²

O desequilíbrio irreversível da Amazônia, aliado a uma mudança sistêmica nas correntes marítimas e ao aumento do nível dos oceanos pelo degelo dos polos, agravará as mudanças

¹Digno de nota que a referida massa antropogênica mensurada não contabiliza a massa de lixo, que resulta como excedente da intervenção humana.

²“Similarly, we show that the global mass of produced plastic is greater than the overall mass of all terrestrial and marine animals combined.” (Elhacham *et al*443).

³“We find that more than three-quarters of the Amazon rainforest has been losing resilience since the early 2000s, consistent with the approach to a critical transition. Resilience is being lost faster in regions with less rainfall and in parts of the rainforest that are closer to human activity. We provide direct empirical evidence that the Amazon rainforest is losing resilience, risking dieback with profound implications for biodiversity, carbon storage and climate change at a global scale.” (Boulton *et al*271).

climáticas em escala global de forma imensurável. Além disso, as queimadas na região já fazem com que o ecossistema passe a ocupar uma posição diversa no ciclo global do carbono, deixando de ser um bioma capaz de capturar carbono da atmosfera, para liberá-lo (Gatti *et al*288). Os impactos locais e regionais serão ainda mais sentidos com a drástica redução das chuvas, em especial no semiárido nordestino brasileiro.

A visão instrumental da natureza, que guiou esse percurso anticivilizatório humano, leva-nos rumo à sexta extinção em massa das espécies e ao colapso da vida, humana e não humana. Segundo a Lista Vermelha de Espécies Ameaçadas da União Internacional para a Conservação da Natureza e dos Recursos Naturais (IUCN)⁴ já são mais de 42 mil espécies ameaçadas de extinção, o que totaliza 28% das espécies conhecidas no mundo. A peculiaridade dessa extinção em massa de espécies, que já ocorreu em outros momentos geológicos, é a sua causa: não mais meteoritos ou erupções vulcânicas, a extinção em massa de vidas decorre da intervenção humana na Terra.

A interrupção desse processo destrutivo depende de uma mudança de perspectiva que reconheça o valor intrínseco da natureza. A ideia de valor intrínseco – reconhecido, por tanto tempo, apenas em relação aos seres humanos – é indissociável do imperativo categórico kantiano “age de tal forma que uses a humanidade tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e ao mesmo tempo, como fim e nunca como meio” (Kant 69).

Embora Immanuel Kant defendesse a separação rígida entre direito e moral, sua teoria filosófica acabou sendo utilizada pelos juristas para justificação moral do direito, sendo a referida máxima, até os dias de hoje, o principal fundamento filosófico da dignidade da pessoa humana, consagradora da ideia de que o ser humano deve ser visto sempre como fim e, portanto, como sujeito de direitos.

Acontece que tratamento oposto sempre fora conferido para os demais seres vivos e para a natureza, entendidos como meios para a concretização de fins alheios (humanos). A humanidade tornou-se, assim, a campeã biológica da destruição intraespécie e a predadora máxima da destruição extraespécie (Zaffaroni 99). Essa ideologia suicida representa, ao fim e ao cabo, o desaparecimento das condições de habitabilidade no planeta Terra e, conseqüentemente, a extinção da própria espécie humana.

Visando driblar o destino nefasto para o qual caminha a humanidade, Hans Jonas reformula os imperativos categóricos kantianos, apresentando uma nova proposta ética. Hans Jonas era um filósofo de origem judaica, que deixou a Alemanha nazista em 1934 e foi um dos primeiros a se preocupar com a autodestruição iminente da espécie humana. Ele parte da “[...] pressuposição de que vivemos em uma situação apocalíptica, às vésperas de uma catástrofe” (Jonas 235) que se consumará em breve, caso não haja uma mudança de paradigmas. O autor sustentava que o futuro da vida humana – e da natureza como sua condição *sine qua non* – depende de uma nova ética (Jonas 229), consubstanciada em um conjunto de princípios, direitos e deveres⁵.

Jonas traduz o cerne da ética tradicional no imperativo categórico de Kant “[...] aja de modo que tu também possas querer que tua máxima se torne lei geral” (Jonas 47) e sustenta que a nova ética precisa basear-se em novo imperativo “[...] aja de modo que os efeitos da tua ação sejam compatíveis com a permanência de uma autêntica vida humana sobre a Terra” (Jonas 47). Hans Jonas defende que, como a humanidade – pelo emprego da técnica moderna – provocou a vulnerabilidade da natureza – o que pode ser constatado pelos danos já provocados –, a biosfera

⁴“The IUCN Red List is a critical indicator of the health of the world’s biodiversity. (...) The IUCN Red List is used by government agencies, wildlife departments, conservation-related non-governmental organisations (NGOs), natural resource planners, educational organisations, students, and the business community. (...) Currently, there are more than 150,300 species on The IUCN Red List, with more than 42,100 species threatened with extinction, including 41% of amphibians, 37% of sharks and rays, 36% of reef building corals, 34% of conifers, 27% of mammals and 13% of birds.”Red List. Background &History. Disponível em: < <https://www.iucnredlist.org/about/background-history>>. Acesso em: 11 mai. 2023.

⁵“Mesmo que fosse possível separar as duas coisas – ou seja, mesmo que em um meio ambiente degradado (e em grande parte substituído por artefatos) fosse possível aos nossos descendentes uma vida digna de ser chamada humana, mesmo assim a plenitude da vida produzida durante o longo trabalho criativo da natureza e entregue em nossas mãos teria o direito de reclamar nossa proteção” (Jonas 229).

inteira do planeta “[...] acresceu-se àquilo pelo qual temos de ser responsáveis, pois sobre ela detemos poder” (Jonas 39). Impõe-se, dessa forma, uma nova ética de preservação e proteção⁶ que considere “[...] a condição global da vida humana e o futuro distante, inclusive a existência da espécie” (Jonas 41).

Uma visão holística e integradora da vida, tal como pensada por Jonas e pelos povos originários latino-americanos, deve substituir o já tão ultrapassado individualismo, que recorta o indivíduo do todo, desconsiderando que, sem o todo, ele não existe. A humanidade vive hoje uma crise sistêmica – econômica, social, ambiental, de valores, geopolítica etc. – que não será resolvida por meio de estratégias unidimensionais. Não é possível resolver a crise econômica para depois, quando atingido um patamar desejado de desenvolvimento, se pensar em respostas à questão ambiental; da mesma forma como não se supera uma crise econômica desconsiderando as consequências sociais correlatas.

A constitucionalização dos direitos da natureza é um gigantesco passo em direção ao combate dessa crise sistêmica, obrigando que, em todas as ponderações da vida, sejam considerados os interesses do todo, e não meramente humanos. Mas é inevitável a indagação: se a solução para a crise é o abandono do paradigma antropocêntrico, por que recorrer a um conceito tão antropocêntrico como o de direitos? E a resposta é simples: porque se vive na realidade.

O pensamento utópico que imagina um mundo do “dever ser”, formulando soluções justas para problemas abstratos, não é suficiente para a resolução de problemas concretos. No mundo do “ser”, deve-se trabalhar com as construções sociais existentes e aprimorá-las. O direito é uma construção social e, como tal, precisa evoluir para se adequar à realidade: diante da iminente destruição planetária, não é mais possível se viver como se viveu até o presente!

Para a construção de um projeto de futuro de esperança, no qual a vida seja resguardada, textos normativos e decisões judiciais de inúmeros países já reconhecem os direitos da natureza. O reconhecimento dos direitos da natureza ora é feito em legislação nacional ou local, ora apenas em decisões judiciais por meio de uma interpretação sistemática e teleológica do ordenamento jurídico, ora nos próprios textos constitucionais.

A Corte Interamericana de Direito Humano, na Opinião Consultiva n.º. 23/2017, reconheceu como tendência jurídica a atribuição de direitos à natureza e hoje já é possível se falar em, ao menos, trinta países⁷ que os reconhecem expressamente em seus textos normativos ou, a despeito da ausência de previsão constitucional e infraconstitucional expressa, em decisões judiciais⁸.

Diante de danos ambientais com implicações globais, a luta pela proteção ambiental e pela efetivação dos direitos da natureza, protegendo-se, assim, a vida como um todo, é da humanidade, e não de Estados-Nação individualmente considerados. Dessa forma, a positivação dos direitos da natureza em cada vez mais diplomas constitucionais é essencial para a resolução dos problemas comuns em escala global.

As Constituições do Equador (2008) e da Bolívia (2009), bem como o projeto de Constituição do Chile (2022), trouxeram a proteção dos direitos da natureza para dentro do corpo normativo. Noutros casos, como no da Constituição do Brasil (1988), parte da doutrina entende que os direitos da natureza foram constitucionalizados de forma implícita. Visando questionar o papel das Constituições no reconhecimento do valor intrínseco da natureza, justificador de sua classificação como sujeito de direitos, passa-se à análise de como se deu a proteção dos direitos para além da

⁶“E não por uma ética do progresso ou do aperfeiçoamento”. (Jonas 232).

⁷São eles: África do Sul, Argentina, Austrália, Bangladesh, Bélgica, Belize, Bolívia, Brasil, Canadá, Chile, Colômbia, Costa Rica, El Salvador, Equador, Espanha, Estados Unidos da América, França, Guatemala, Índia, México, Nova Zelândia, Nigéria, Países Baixos, Paquistão, Panamá, Peru, Portugal, Reino Unido, Suíça e Uganda (Nações Unidas).

⁸Por mais que a constitucionalização do paradigma comunitário ancestral tenha ocorrido apenas nas Constituições do Equador e da Bolívia, é do Judiciário colombiano que provêm as decisões mais paradigmáticas na seara ambiental. Entre elas, destaca-se a decisão da Corte Constitucional Colombiana que, em 2016, reconheceu a personalidade jurídica ao Rio Atrato. Decisão proferida pela Corte Constitucional Colombiana, no julgamento da T-622/16, em 10.11.2016. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-622-16.htm>. Acesso em: 30 jan. 2023.

humanidade nos referidos diplomas constitucionais.

2. A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 traz um capítulo intitulado “Do Meio Ambiente” formado pelo solitário e extenso artigo 225⁹ que, em seu *caput*, consagra direito fundamental (humano) ao meio ambiente sadio e equilibrado, ligado ao valor fraternidade ou solidariedade e interdependente com o direito (humano) individual à vida. Entretanto, como o meio ambiente também é mencionado fora desse capítulo, em outros dispositivos esparsos, José Afonso da Silva entende que a Constituição brasileira de 1988 “[...] é um documento eminentemente ambientalista, tendo em vista as inúmeras referências feitas ao meio ambiente e a forma ampla e até contundente como o assunto foi tratado” (Silva *apud* Farias).¹⁰

É importante ressaltar, entretanto, que, em diversos desses momentos, a Carta de 1988 reforça um viés antropocêntrico, dotando o meio ambiente de valor instrumental, como o faz no próprio *caput* do artigo 225 (Brasil), ao prever que o meio ambiente é um bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida, em clara objetivação da natureza, utilizada como meio para a consecução de fins alheios (humanos).

Além de ser considerado um direito fundamental, é também um dever do cidadão, que deve defender e preservar o meio ambiente. “[...] A efetividade dos valores ecológicos depende do empenho da sociedade como um todo, não podendo se circunscrever à atuação estatal.” (Farias) Como a participação popular na defesa do meio ambiente acaba, na prática, sendo insatisfatória – já que “[...] as pessoas não se sentem titulares de direitos que também pertencem aos outros, máxime no Brasil [...]” (Farias), onde o pensamento coletivo é tão pouco exercido – o parágrafo 1º do referido dispositivo estabeleceu também o dever do poder público “[...] de defender e preservar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras” (Mirra). Como a norma constitucional expressa que os titulares do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado são as gerações humanas presentes e futuras, a doutrina entende que há, neste dispositivo, a adoção de um viés antropocêntrico mitigado.

Visando garantir que o Estado cumpra com o seu dever de proteção ambiental constitucionalmente previsto, “[...] a Constituição da República encarregou especificamente o Ministério Público dessa atribuição” (Mirra). O papel do Poder Judiciário, por sua vez, é o de garantir que o Estado cumpra com o seu dever jurídico, devendo, inclusive, condená-lo, como responsável solidário, nos casos de descumprimento.

Para a efetivação do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado titularizado pelas gerações (humanas) presentes e futuras, foram elencados, no referido parágrafo 1º, deveres do Poder Público, dentre eles o de “proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade” (Brasil). Importantes vozes na doutrina¹¹ entendem que a Constituição consagrou que os animais são sujeitos de direito na parte final desse dispositivo, ao positivar a vedação de maus-tratos aos animais.

Isso aconteceria porque apenas os sujeitos de direito, por óbvio, titularizam direitos e o dispositivo teria positivado os direitos dos animais não humanos ao vedar as práticas que os submetam à crueldade.¹² Nessa previsão estaria, portanto, implícito o direito à vida, já que somente

⁹Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. [...]” (Brasil).

¹⁰Nessa mesma linha, a Constituição brasileira de 1988 chega a ser chamada por alguns como Constituição Verde.

¹¹Por todos: Lucia Frota P. de Aguiar, Antonio Herman Benjamin, Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer.

¹²A respeito do debate acerca do sujeito passivo no delito de maus-tratos aos animais, ver mais em: Zaffaroni, Eugenio Raúl. **A Pachamama e o ser humano**. Tradução de Javier Ignacio Vernal. Florianópolis: UFSC, 2017.

é possível proteger os animais da crueldade humana se vivos estiverem.¹³ Este dispositivo estaria, assim, consagrando um viés biocêntrico. O biocentrismo reconhece o valor de todos os seres vivos e os coloca no centro do universo.

Semelhante interpretação pode ser feita em relação ao dever do Poder Público de “preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas”.¹⁴ Pode-se afirmar que tal dispositivo consagra direito titularizado pela própria natureza, com a adoção de viés ecocêntrico.

O pensamento ecocêntrico critica a premissa kantiana segundo a qual o ser humano, como fim último, poderia utilizar-se da natureza como meio para a consecução de seus fins. O ecocentrismo, corrente filosófica da ecologia, prega uma ideia ainda mais ampla do que o biocentrismo: reconhece o valor intrínseco da própria natureza *per se* considerada, que deixa de ter mero valor instrumental, e passa a ser entendida como sujeito de direitos, bem como todos os seres vivos (bióticos) e não vivos (abióticos) que a compõem. O holismo, por sua vez, consagrado no projeto de Constituição do Chile de 2022, parte de visão ainda mais sistemática, na qual não há disputa pelo centro, já que todos os elementos bióticos e abióticos do planeta compõem um todo interdependente.

Dentro desta lógica, o ser humano não pode se assenhorar da natureza, dotada de valor em si. A tutela da dignidade da natureza impõe, ainda, que todo o ordenamento jurídico brasileiro seja interpretado de modo a concretizar a dignidade da pessoa humana, em sua dimensão não apenas social, mas também ecológica, “sendo que somente um projeto que contemple ambas as dimensões normativas (para além da clássica e sempre presente dimensão da liberdade/autonomia) se revela o constitucionalmente adequado” (Sarlet, Mariononi, Mitidiero 295).

Por essa interpretação, é como se o direito fundamental humano ao meio ambiente ecologicamente equilibrado estivesse previsto no *caput* do artigo 225 da Constituição brasileira, enquanto os direitos dos animais e da natureza estivessem previstos nos incisos I e VII do §1º do mesmo dispositivo.

Embora a consagração de diferentes paradigmas – antropocentrismo, antropocentrismo mitigado, biocentrismo e ecocentrismo – possa parecer falta de coerência dos dispositivos constitucionais, é a nota característica dos ordenamentos jurídicos no trato da matéria ambiental. Essas vertentes do pensamento filosófico-ambiental, que embasam a proteção da natureza nos ordenamentos jurídicos, não são excludentes. Em regra, influenciam simultaneamente um mesmo período histórico e, até mesmo, um mesmo direito positivo; no caso brasileiro, essa influência é verificada inclusive dentro de um mesmo dispositivo constitucional.

3. A CONSTITUIÇÃO DO EQUADOR DE 2008

A proposta dos direitos da natureza não é uma iniciativa dos países andinos. Germinou, ainda na década de 1970, na Europa e nos Estados Unidos – por meio da ecologia profunda de Arne Naess e da jurisprudência da Terra de Thomas Berry – e floresceu em sua primeira previsão legal também no hemisfério norte:

As propostas de jurisprudência da Terra começaram a ser incorporadas a textos legais no século XXI. Em 2006, com a ajuda do Fundo de Defesa Legal para a Comunidade e o Meio Ambiente, a cidade de Barnstead, no estado norte-americano de New Hampshire, aprovou uma norma que afirma que “os ecossistemas naturais possuem direitos inalienáveis e fundamentais

¹³“A norma constitucional [Art. 225, §1o, VII da CFRB/88] sinaliza, em certa medida, a ruptura com a tradição antropocêntrica clássica da legislação ambiental e passa a reconhecer o valor intrínseco inerente a outras formas de vida não humanas, protegendo-as, inclusive, contra a ação humana. Isso revela que não se está buscando proteger, ao menos diretamente e em todos os casos, apenas o ser humano no regime constitucional de proteção dos animais” (Fensterseifer; Sarlet).

¹⁴Artigo 225, §1º, I da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (Brasil)

para existir e prosperar dentro da cidade. Os ecossistemas devem incluir, mas não se limitar a, zonas pantanosas, riachos, rios, aquíferos e outros sistemas de água”. Leis similares foram adotadas em outras cidades dos Estados Unidos, atuando em áreas específicas da natureza, sem aplicação geral. São normas que empoderam comunidades locais, permitindo que assumam o papel de guardiãs da natureza, pois os danos causados não se restringem àquilo que afeta os humanos (Solón 162).

Apesar do pioneirismo dessas cidades norte-americanas no âmbito do direito local, não há dúvidas de que a maior conquista em termos legais foi a constitucionalização dos direitos da natureza na Constituição do Equador de 2008.¹⁵ Pode-se afirmar, portanto, que o protagonismo na causa é latino-americano, seja em razão do reconhecimento (constitucional ou legal) expresso de tais direitos, como o fez o Equador, a Bolívia e o Chile, este em sua proposta de Constituição, seja da atividade jurisdicional, na qual se destacam as decisões das Cortes da Colômbia e do México.

A Carta equatoriana – aprovada por meio de referendo, que contou com expressiva participação indígena – foi a primeira no mundo a reconhecer a natureza como sujeito de direitos. Entre os direitos expressamente reconhecidos estão os direitos à existência, à integridade, à manutenção dos ciclos vitais e à autorregeneração.

Após esse marco histórico, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, na Opinião Consultiva n.º. 23/2017, reconheceu como tendência jurídica a atribuição de direitos à natureza. E, hoje, pode-se afirmar que, ao menos, trinta países já os reconhecem em alguma medida, seja âmbito constitucional, legal (federal ou local) ou jurisprudencial. São eles: África do Sul, Argentina, Austrália, Bangladesh, Bélgica, Belize, Bolívia, Brasil, Canadá, Chile, Colômbia, Costa Rica, El Salvador, Equador, Espanha, Estados Unidos da América, França, Guatemala, Índia, México, Nova Zelândia, Nigéria, Países Baixos, Paquistão, Panamá, Peru, Portugal, Reino Unido, Suíça e Uganda (Nações Unidas).

É importante salientar que foram constitucionalizados no Equador os direitos “da natureza”, não os direitos “de *Pacha Mama*”, por mais que o constituinte tenha se utilizado das expressões como sinônimas, elas não se confundem. Os direitos da natureza “[...] buscam o reconhecimento para componentes não humanos, do outro lado, os direitos da Mãe Terra [*Pacha Mama*] aspiram a criar um novo regime de direitos para todos e o todo” (Solón 146). A Constituição do Equador não abarcou essa “[...] visão holística do todo, humano e não humano, que traz o conceito [de *Pacha Mama*] na língua nativa” (Solón 146), nem a cosmovisão do *Sumak Kawsay* originária da vivência do povo Quéchuá. Esses conceitos originais foram reinterpretados pelo constituinte equatoriano ao proclamar o *Sumak Kawsay* como o princípio constitucional direcionador, mencionando-o, inclusive, no preâmbulo da Carta:

PREÂMBULO: NOSOTRAS Y NOSOTROS, el pueblo soberano del Ecuador; RECONOCIENDO nuestras raíces milenarias, forjadas por mujeres y hombres de distintos pueblos, CELEBRANDO a la naturaleza, la Pacha Mama, de la que somos parte y que es vital para nuestra existencia, INVOCANDO el nombre de Dios y reconociendo nuestras diversas formas de religiosidad y espiritualidad, APELANDO a la sabiduría de todas las culturas que nos enriquecen como sociedad, COMO HEREDEROS de las luchas sociales de liberación frente a todas las formas de dominación y colonialismo, Y con un profundo compromiso con el presente y el futuro, Decidimos construir Una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el sumak kawsay; Una sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas y las colectividades; Un país democrático, comprometido con la integración

¹⁵“Também não podemos esquecer que a contribuição mais original da América Latina ao constitucionalismo comparado foi a incorporação dos direitos sociais na Constituição mexicana de 1917. [...] Também os intelectuais de seu tempo ridicularizaram o constitucionalismo social, que dois anos mais tarde – em 1919 – se inauguraria na Europa com a Constituição de Weimar” (Zaffaroni 91). Zaffaroni aponta que, quando foram introduzidos os direitos sociais na Constituição do México de 1917, forte doutrina passou a afirmar que “[...] eram o túmulo dos direitos individuais, da liberdade, que consideraram durante muitos anos que ambas categorias jurídicas eram antagônicas e incompatíveis”. (Solón101).

latinoamericana – sueño de Bolívar y Alfaro-, la paz y la solidaridad con todos los pueblos de la tierra; y, En ejercicio de nuestra soberanía, en Ciudad Alfaro, Montecristi, provincia de Manabí, nos damos la presente: CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR [...]” (Ecuador).

O direito humano ao meio ambiente sadio foi positivado em seu artigo 74 e os direitos da natureza, em seu capítulo “Direitos da natureza”:

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 y 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 (Ecuador).

No Brasil, por sua vez, destinou-se um capítulo à tutela do meio ambiente. Porém, a natureza é protegida como instrumento necessário à realização das potencialidades humanas. O *caput* do artigo 225 da Constituição brasileira, ao enunciar que “[...] todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado [...]” (Brasil), traz previsão semelhante àquela que consta no artigo 74 da Constituição do Equador, mas não há nenhuma disposição no ordenamento brasileiro no mesmo sentido do transcrito artigo 71 equatoriano.

O constituinte brasileiro estabeleceu que a natureza jurídica do meio ambiente é de bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade da vida humana, e positivou os deveres do Poder Público e da coletividade de defender e preservar o meio ambiente, para as presentes e futuras gerações humanas. Ato contínuo, é listada, nos incisos do §1º do artigo 225 (Brasil), uma série de condutas que devem ser adotadas pelo Estado para que a proteção ambiental seja efetivada. Deveres esses que, até se assemelham àqueles previstos no Capítulo “Direitos da Natureza” da carta equatoriana, sendo inclusive mais detalhados, porém lastreado em fundamento diverso: enquanto, na Carta equatoriana, os deveres correspondem a direitos titularizados pela natureza, na Carta brasileira, os direitos são titularizados pelas pessoas humanas.

Pelo ordenamento jurídico brasileiro, qualquer pessoa poderá recorrer ao Poder Judiciário, apresentando demanda individual com fundamento na ocorrência de um dano ambiental, já que o indivíduo é titular do direito fundamental de usufruir de um meio ambiente ecologicamente equilibrado; porém, exige-se a demonstração do dano pessoal sofrido. Caso o pedido de reparação seja julgado procedente, eventual valor pecuniário fixado será destinado à pessoa natural autora da ação.

Pelo ordenamento jurídico equatoriano, o próprio ecossistema é titular do direito à existência, à integridade, à manutenção dos ciclos vitais e à autorregeneração. Dessa forma, qualquer cidadão equatoriano, enquanto guardião da natureza, poderá ajuizar uma demanda visando tutelar os direitos da natureza. Desse modo, os eventuais danos ambientais causados não se restringem àquilo que afeta os humanos. Eventual valor pecuniário que venha a ser fixado pelo Judiciário será destinado à reparação do ecossistema. Nesse sentido, destaca-se a redação do artigo 72 da Carta do Equador:

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 (Equador).

Por fim, o artigo 73 do diploma equatoriano traz as medidas de precaução e restrição para atividades que possam implicar a extinção de espécies, a destruição de ecossistemas e a alteração permanente de ciclos naturais.

A despeito dos significativos avanços em termos de norma positivada, passados 14 anos da promulgação da Constituição do Equador, poucas ações¹⁶ foram apresentadas ao Judiciário daquele país versando sobre os direitos da natureza. A primeira decisão no mundo nesse sentido foi proferida, em 2011, pela *Corte Provincial de Justicia de Loja*, que reconheceu o Rio Vilcabamba, no Equador, como sujeito de direitos.¹⁷

4. A CONSTITUIÇÃO DA BOLÍVIA DE 2009

Um ano após a promulgação da Constituição do Equador, a Bolívia também implementou a filosofia do Bem Viver¹⁸ em sua nova Carta Política, por meio do conceito de *Suma Qamaña*, que passa a ser seu princípio constitucional direcionador. (Moura *apud* Calaça *et al*162)¹⁹ A Constituição da Bolívia não incluiu os direitos da natureza, demonstrando maior preocupação pelos direitos ambientais em favor das gerações presentes e futuras dos seres humanos.” (Calaça *et al*164) O texto constitucional boliviano parece, assim, repetir o paradigma antropocentrista, limitando-se a prever que as pessoas humanas têm direito ao meio ambiente sadio.²⁰

Por essa razão, a Constituição do Equador é a principal referência jurídica do Novo Constitucionalismo Latino-americano, já que traz o reconhecimento expresso da natureza como sujeito de direitos, “*reconoce a la naturaleza como sujeto de derechos y que cita de forma explícita los derechos del buen vivir o Sakaw Kawsay al lado de los derechos humanos*” (Gussoli *apud* Calaça *et al*163).

O dispositivo mais revelante da Constituição da Bolívia, na seara ambiental, é o seu artigo 34²¹ que prevê que “[...] qualquer pessoa, a título individual ou em representação de uma coletividade, está habilitada a exercer as ações legais em defesa do direito ao meio ambiente.” (Bolívia *apud* Solón 164)²² Para Eugenio Raúl Zaffaroni (87), a norma traz importantes consequências práticas, visto que “[...] habilita qualquer pessoa, de modo amplo, a exercer as ações judiciais de proteção, sem o requisito de que ela mesma seja a parte lesada, o que é a consequência inevitável do reconhecimento da própria natureza como pessoa jurídica”.

¹⁶As principais ações ajuizadas no Equador tutelando os direitos da natureza estão listadas em: NAÇÕES UNIDAS. Harmony With Nature - Law List. Harmony with Nature. [S.l.], 2022. Disponível em: <http://www.harmonywithnatureun.org/rightsOfNature/>. Acesso em: 30 jan. 2023.

¹⁷Visando a efetivar os direitos previstos na Constituição do Equador, diversas medidas foram tomadas para impedir a degradação do ecossistema cuja causa seriam obras de uma rodovia realizadas às margens do referido rio. (Calaça *et al*167).

¹⁸O conceito de Bem Viver foi aprofundado no capítulo subsequente.

¹⁹Aqui é feita a mesma ressalva. O constituinte boliviano, assim como o equatoriano, utilizou-se, equivocadamente, das expressões natureza e *Pacha Mama* como sinônimas. O conceito de Bem Viver, que foi constitucionalizado pelo Equador e pela Bolívia, é uma “[...] tradução incompleta e insuficiente do *suma qamanãe* do *sumak kawsay*” (Solón 20).

²⁰Embora não haja o reconhecimento expresso dos direitos da natureza, seu preâmbulo a eles faz menção.

²¹“*Artículo 34. Cualquier persona, a título individual o en representación de una colectividad, está facultada para ejercer las acciones legales en defensa del derecho al medio ambiente, sin perjuicio de la obligación de las instituciones públicas de actuar de oficio frente a los atentados contra el medio ambiente.*” (Bolívia 2009).

²²No Brasil, qualquer pessoa a título individual, desde que comprovando o dano pessoal sofrido, pode ajuizar uma ação individual cuja causa de pedir seja o dano ambiental. Além disso, qualquer cidadão – em pleno gozo de seus direitos políticos – pode ajuizar uma ação popular, substituindo a coletividade em juízo, fundada no dano ambiental que tenha sido causado de forma imediata ou mediata por um ato da Administração Pública. Porém, como explicado, em ambas as ações, individual ou coletiva, será tutelado o direito do ser humano ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, não qualquer direito da própria natureza.

Além disso, o jurista entende que, por mais que a questão ambiental seja anunciada expressamente nesse dispositivo como um direito social e econômico dos seres humanos, “[...] seu texto não deixa de se referir a outros seres vivos, o que implica o reconhecimento dos seus direitos” (Zaffaroni 87). Dessa forma, para Zaffaroni o reconhecimento da condição de sujeito de direitos ocorreu de forma expressa na Constituição do Equador e de forma tácita na Constituição da Bolívia, mas os efeitos práticos seriam equivalentes: “[...] qualquer pessoa pode reclamar por seus direitos [da natureza], sem que seja preciso ser afetado pessoalmente, condição que seria primária se ela fosse considerada um direito exclusivo humano” (Zaffaroni 87).

Entretanto as conquistas bolivianas não estão restritas ao texto constitucional. Pablo Solón – político e embaixador da Bolívia na ONU, entre 2009 e 2011 – narra que:

A atitude mais importante da Bolívia se deu após a entrada em vigência da Constituição e é fruto de uma resposta internacional às mudanças climáticas. Em 2010, foi realizado em Cochabamba a Conferência Mundial dos Povos sobre a Mudança Climática e os Direitos da Mãe Terra, com a participação de 35 mil pessoas e mais de mil delegados de cem países. O evento resultou no Projeto de Declaração Universal sobre os Direitos da Mãe Terra, que afirma que “todos somos parte da Mãe Terra, uma comunidade indivisível e vital de seres interdependentes e inter-relacionados com um destino comum” e que “em uma comunidade de vida interdependente não é possível reconhecer direitos somente aos seres humanos sem provocar um desequilíbrio na Mãe Terra”. Além disso, o texto sustenta que “para garantir os direitos humanos é necessário reconhecer e defender os direitos da Mãe Terra e de todos os seres que a compõem”. Assim, “os direitos inerentes da Mãe Terra são inalienáveis enquanto derivam da mesma fonte de existência.” Os titulares de direitos são todos os “seres orgânicos e inorgânicos”, e esses direitos são específicos para sua condição e apropriados para seu papel e sua função dentro das comunidades nas quais existem”. Nessa lista estão o direito à vida e à existência; ao respeito; à regeneração da biocapacidade e à continuação de seus ciclos e processos vitais livres de alterações humanas; manter sua identidade e integridade como seres diferenciados, autorregulados e inter-relacionados; à água; ao ar limpo; à saúde integral; a estar livre de contaminação, poluição e dejetos tóxicos ou radioativos; a não ser alterada geneticamente e modificada em sua estrutura; e a uma restauração plena e pronta (Solón 164 165).

Em 2010, a Declaração Universal sobre os Direitos da Mãe Terra foi incorporada e aprovada como lei nacional na Bolívia, bem como apresentada às Nações Unidas, culminando na aprovação do Dia Internacional da Mãe Terra. O reconhecimento dos direitos da natureza, no caso boliviano, portanto, foi feito em sua legislação infraconstitucional, a *Ley de Derechos de La Madre Tierra* (Ley n.º 71/2010).²³ Entre os pontos da lei que merecem destaque, está a criação da Defensoria da Mãe Terra.²⁴ Sua função institucional é tutelar pelo cumprimento dos direitos da natureza. Entretanto, Pablo Solón aponta que essa iniciativa não saiu do papel, assim como tantos outros avanços legais conquistados:

Entre o discurso e a realidade, entre a lei e a prática, há um grande abismo. Não se pode citar nenhum exemplo na Bolívia em que os direitos da Mãe Terra tenham prevalecido sobre os interesses da extração, contaminação e depredação da natureza. A lei ficou no papel. Como diz Rafael Puente (2014), ex-prefeito de Cochabamba, pelo Movimento ao Socialismo (MAS) de Evo Morales “no fundo parece que a linha é: denunciemos ao mundo inteiro os maus-tratos da Mãe Terra por parte dos países

²³O Art. 5º da Lei 71/2010 da Bolívia reconhece a natureza enquanto sujeito coletivo de interesse público. No Art. 2º da referida lei prevê que o exercício dos direitos da natureza observará o princípio da interculturalidade. O Art. 6º da Lei 71/10 prevê que “[...] que todas las bolivianas y bolivianos integran la comunidad de seres que componen la Madre Terra y ejercen los derechos establecidos en esta ley.” (Bolívia 2010).

²⁴O Art. 10 da Lei n.º 71/10 cria a “Defensoría de la Madre Tierra”, entre suas missões está a de zelar para que sejam cumpridos e respeitados os direitos da natureza (Bolívia 2010).

desenvolvidos, mas nos reservados a necessidade de também maltratar a Mãe Terra por um tempo até que consigamos um nível mínimo de desenvolvimento (Solón 41).

Dois exemplos, dentre os muitos trazidos por Pablo Solón, bem ilustram a falta de eficácia das normas supramencionadas. O artigo 225, inciso II, item 8^o da Constituição da Bolívia de 2009 trouxe a proibição da importação, produção e comercialização de alimentos geneticamente modificados. Porém, dois anos mais tarde, em 2011, também no governo de Evo Morales, foi aprovada a *Ley De La Revolución Productiva Comunitaria Agropecuaria (Ley144/11)* (Bolívia 2011), que não tratou da rotulagem de transgênicos. Como consequência, “[...] a soja transgênica, que representava 21% do total das exportações do grão em 2005, passou a 92% em 2012” (Solón 38). Como se sabe, os grãos transgênicos não são produzidos para alimentar a população local, mas, sim, gado; servem aos interesses de latifundiários e multinacionais, valoriza-se o monocultivo e a agropecuária em detrimento do ideal de soberania alimentar.

Por fim, colaciona-se um segundo exemplo de Solón, que evidencia como os valores do *Suma Qamañaficaram*, na opinião do autor, só no texto da lei:

Um exemplo emblemático é o *Dakar Rally*. A competição automobilística de alto risco é deplorável para qualquer atividade humanista, ambientalista e anticapitalista. O evento chegou à Bolívia em 2014, por atuação direta do presidente Evo Morales. Em 2017, o governo pagou 4 milhões de dólares aos organizadores da competição. Ironicamente, esse evento não poderia estar mais distante da realidade boliviana e do Bem Viver. Trata-se de uma prova na qual são necessários no mínimo 80 mil dólares para participar, e na qual os pilotos promovem as marcas de grandes empresas transnacionais. É uma espécie de circo romano da era decadente dos combustíveis fósseis, que tem como saldo a morte de competidores e espectadores em toda edição. Sua deterioração arqueológica e impacto ambiental são reais, em um espetáculo colonizante sobre a natureza e a consciência humana. Os questionamentos são tantos e os custos, tão altos, que Chile e Peru desistiram de participar. No entanto, o *Dakar Rally* sobrevive na América Latina graças ao apoio do governo indígena e plurinacional da Bolívia (Solón 44).

Entusiasta dos novos diplomas, Zaffaroni, a seu turno, vislumbra importantes efeitos práticos das disposições das Constituições do Equador e da Bolívia, para além do mero caráter simbólico, com desdobramentos para todos os ramos do direito:

Em princípio – como vimos – a simples circunstância de que qualquer um pode agir em defesa da natureza, valendo-se de uma espécie de ação popular sem que seja necessário invocar – e menos ainda provar – a condição da parte lesada, fará com que diferentes pessoas, segundo suas simpatias com os entes naturais não humanos, exerçam ações em sua defesa. [...] Contudo, a questão não se esgota somente com o reconhecimento da capacidade de todo ser humano de ser defensor da natureza, pois o próprio conteúdo do direito sofre alterações importantes. A natureza pode ser utilizada para viver, mas não suntuosamente, para o que não é necessário. A infinita criação do consumo estaria limitada pelo critério *sumak kawsay*. E o mais importante é que no momento em que a natureza é reconhecida como sujeito de direitos, ela adquiriria a condição de terceiro prejudicado quando fosse atacada ilegítimamente e, por conseguinte, se habilitaria ao exercício da legítima defesa em seu favor (legítima defesa de terceiros). Protestos, colocação de obstáculos em face do avanço de máquinas para o desmatamento e – pelo menos – todos os meios de luta não violenta serão condutas lícitas na medida em que sejam contra as agressões ilegítimas à natureza. No

²⁵ “Artículo 255. [...] II. La negociación, suscripción y ratificación de tratados internacionales se registrará por los principios de: [...] 8. Seguridad y soberanía alimentaria para toda la población; prohibición de importación, producción y comercialización de organismos genéticamente modificados y elementos tóxicos que dañen la salud y el medio ambiente” (Bolívia 2009).

âmbito do direito civil, a propriedade de animais necessariamente sofrerá restrições. Seus titulares incorrerão em um abuso ilícito quando ofenderem à Terra provocando sofrimento sem motivo em seus filhos não humanos: por essa via ingressariam todas as colocações razoáveis dos animalistas. A propriedade fundiária também sofrerá limitações, quando a conduta do proprietário alterar os fins processos regulatórios (queimadas, desmatamento, pesticidas altamente tóxicos, etc.) ou quando a prática da monocultura prejudicar a biodiversidade, colocar em perigo as espécies ou exaurir a terra. No plano da propriedade intelectual, será necessário reformular o patenteamento de animais e plantas, pois são seres que não pertencem a nenhum humano, mas à natureza (Zaffaroni 109 110).

Fato é que, para que as normas tenham eficácia, o julgador deverá, em cada caso concreto, definir os limites dos direitos da natureza, avaliando “[...] as condições humanas de sobrevivência digna e a utilização não abusiva de todos os entes naturais” (Zaffaroni 111), e não poderão ser considerados interesses meramente patrimoniais (humanos). “Uma nova jurisprudência deverá se iniciar, cujas consequências práticas são por enquanto difíceis de prever, mas o certo é que ela não responderá aos critérios que até o presente vêm sendo usados” (Zaffaroni 111).

Para efetivação dos direitos da natureza não é o bastante a aprovação de normas jurídicas. A mudança de paradigmas impõe que valores holísticos sejam praticados no dia a dia e que interesses não meramente humanos sejam considerados na tomada de toda e qualquer decisão. Não por mera imposição do Direito, mas por imperativos metafísicos maiores que isso, a vida não espera e a sobrevivência de todas as espécies no planeta Terra depende desse novo olhar sobre o cotidiano.

Na busca por essa mudança de perspectivas, a vivência dos povos originários é fonte de valiosos ensinamentos. As comunidades originárias vivem guiadas por uma filosofia marcada pelo pertencimento à natureza: respeitar os ciclos da natureza é, de alguma forma, respeitar a si mesmo. Reconhecem que tudo tem seu tempo e que o tempo não pode ser atropelado para a satisfação de interesses individuais; caso contrário, ter-se-á desequilíbrio e desordem.²⁶

Essa cosmovisão indígena – materializada nos conceitos de *Suma Qamanã* do *Sumak Kawsay* – foi traduzida de forma incompleta e insuficiente quando do transplante para os diplomas constitucionais equatoriano e boliviano, por meio da institucionalização da filosofia do Bem Viver. As Constituições da Equador (2008) e da Bolívia (2009) trouxeram para o corpo do texto constitucional a proteção da natureza e a “[...] sabedoria ancestral dos desprezados como inferiores” (Zaffaroni 112), substitutiva do discurso único europeu.²⁷

O Bem Viver “[...] é um conceito em construção que passou por diferentes momentos ao longo da história. Não existe uma definição única para o termo, que hoje é alvo de disputa histórica” (Solón 19). Trata-se de conceito extremamente recente, que tem como seus antecessores justamente os conceitos de *Suma Qamanã*, do povo *Aimará*, e *Sumak Kawsay*, do povo *Quéchua*.²⁸

²⁶“A comunhão com Pachamama está longe de ser apenas um discurso oportunista; é uma práxis que tem permitido que – como diz Nina Pacari – 80% da biodiversidade em nossa região [América Latina] se encontre em territórios indígenas”. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A Pachamama e o ser humano*. Tradução de Javier Ignacio Vernal. Florianópolis: UFSC, 2017, p. 117.) Nesse mesmo sentido, é a lição de Natividad Llanquileo, do povo *mapuche*: “[...] en 14.000 años, en 10.000 años, la estabilidad del territorio indígena se mantuvo en este equilibrio, pero no han pasado más de 200 años del proceso de la Revolución Industrial que parte en Inglaterra, en Europa, para devastarlo todo. Nosotros, que somos el 5% de la población mundial, hemos protegido el 80% de la biodiversidad del planeta. Y es entonces cuando los países empiezan a encontrar que habían hecho el peor error mundial a nuestra Madre Tierra (Queupul 2021).” (Llanquileo *apud* Viera-Bravo.) Divergindo dos fatos, o presidente brasileiro Jair Bolsonaro, em seu discurso de abertura da 75ª Assembleia Geral da ONU, em setembro de 2020, de maneira leviana, culpou índios e caboclos pelos incêndios florestais de proporções históricas que assolavam Pantanal e Amazônia naquele período (Congresso em Foco).

²⁷O paradigma colonizador da modernidade, marcado por práticas expropriatórias, fez da América Latina uma de suas principais vítimas, deixando feridas em seus ecossistemas e povos, “*las venas abiertas*” de Eduardo Galeano (Galeano). Apesar de séculos de dominação, os povos ancestrais conseguiram manter vivos seus saberes e tradições e, então, romper com a relação de dependência normativa.

²⁸“Em outros povos indígenas da América Latina há visões e termos similares, como o *teko kavié* o *ñandereko*,

O Bem Viver representa um conjunto de conhecimentos e práticas sociais com conteúdo semelhante aprendidas com as comunidades tradicionais que se organizam, a partir do coletivo, em uma relação interdependente entre pessoas e natureza. A *teorizaçãodo* conceito do Bem Viver, que começou a ser debatida há apenas 30 anos, baseou-se no “[...] processo de reaprendizagem de práticas e visões indígenas que haviam sido desprezadas pela modernidade capitalista” (Solón 20). O recente conceito de Bem Viver surge nos países andinos reinterpretando essas cosmovisões dos povos originários já existentes antes da colonização da América Latina.

Acontece que a filosofia *constitucionalizado* Bem Viver é uma “[...] tradução incompleta do *Suma Qamaña* do *Sumak Kawsay*, que tem um conjunto mais complexo de significados” (Solón 20 21), que não foram contemplados pelas normas positivadas:

Para o Bem Viver, o “todo” é a *Pacha*, conceito andino que muitas vezes foi traduzido simplesmente como Terra – daí a referência a *Pacha Mama* como Mãe Terra. No entanto, *Pacha* tem um sentido muito mais amplo, com uma compreensão indissolúvel entre espaço e tempo. *Pacha* é o “todo” em movimento constante, o cosmos em permanente evolução. *Pacha* não se refere apenas ao mundo dos humanos, dos animais e das plantas mas ao mundo de cima (*hanaq pacha*), habitado pelo sol, pela lua e pelas estrelas, e o mundo de baixo (*ukhu pacha*), onde vivem os mortos e os espíritos. Para o Bem Viver, tudo está interconectado e forma uma unidade. Nesse espaço convivem e se relacionam de maneira dinâmica o passado, o presente e o futuro. A visão andina do tempo não segue a mecânica de Isaac Newton, que postula que o tempo é independente do espaço e tem uma magnitude idêntica para qualquer observador. Pelo contrário, essa cosmovisão nos recorda a famosa frase de Albert Einstein: “a distinção entre passado, presente e futuro é só uma persistente ilusão”. Dentro da concepção da *Pacha*, o passado está sempre presente e é recriado pelo futuro. O tempo e o espaço não são lineares: são cíclicos. A noção linear de crescimento e progresso não é compatível com essa visão. O tempo avança em forma de espiral e o futuro entronca com o passado. Em todo avanço há um retrocesso e todo retrocesso é um avanço. Disso decorre a expressão *aimará* de que, para caminhar adiante, há que se olhar sempre para trás. Essa visão do tempo, em espiral, questiona a noção de “desenvolvimento”, de avançar sempre em direção a um ponto superior. Esse devir ascendente é uma ficção para o Bem Viver. Todo avanço dá voltas, não há nada de eterno, tudo se transforma. Na *Pacha* não existe separação entre os seres vivos e corpos inertes: todos têm vida. A vida só se explica pela relação entre as partes do todo. A dicotomia entre seres vivos e objetos não existe, pois não há uma separação entre seres humanos e natureza. Somos parte da natureza, e a *Pacha*, como todo que é, tem vida. [...] O objetivo dos humanos não é controlar a natureza, mas cuidá-la como se cuida da mãe que te deu a vida. Aí, sim, a expressão Mãe Terra faz sentido. A sociedade não pode entender-se apenas na relação entre humanos, mas como uma comunidade que tem a natureza e o todo como centro. Somos a comunidade da *Pacha*, a comunidade de um todo indissolúvel em permanente processo de mudança cíclica (Solón 24 25).

dos Guarani, o *shîr waras*, dos Shuar, e o *küme mongen*, dos *Mapuche*.” (Solón 19). Mas existem cosmovisões semelhantes em diversos lugares no mundo, a exemplo da filosofia *Ubuntu* sul do continente africano. “[...] A filosofia Ubuntu fundamenta-se em uma ética da coletividade, representada principalmente pela convivência harmoniosa com o outro e baseada na categoria do “nós”, como membro integrante de um todo social. (...) A Filosofia Ubuntu resgata a essência de ser uma pessoa com consciência de que é parte de algo maior e coletivo. Para isso, de acordo com os fundamentos da Filosofia Ubuntu, somos pessoas através de outras pessoas e que não podemos ser plenamente humanos sozinhos, sendo feitos para a interdependência. Nesse contexto, fundamenta-se nas relações entre o divino, a comunidade e a natureza. Porém, a Filosofia Ubuntu procura resgatar o conceito de Comum para alcançar a democracia, ou seja, uma multiplicidade de singularidades. Para tal, tem a igualdade como um princípio fundamental e condicional para a existência do outro.” CAVALCANTE, Kellison Lima. Fundamentos da filosofia Ubuntu: afroperspectivas e o humanismo africano. **Revista Semiário de Visu**, Petrolina, v. 8, n. 2, p. 184- 192, 2020. Disponível em: <https://periodicos.ifsertao-pe.edu.br/ojs2/index.php/semiario_devisu/article/view/1094#:~:text=A%20palavra%20Ubuntu%20tem%20origem,significado%20a%20humani-dade%20para%20todos.> Acesso em: 11 mai. 2023.

A filosofia do Bem Viver parte de uma visão holística e integradora do ser humano, entendido como parte de um todo que inclui também as outras formas de vida e os elementos naturais. Nessa comunidade global, busca-se o necessário para toda a coletividade – que não é composta apenas por seres humanos –, não para o indivíduo isoladamente considerado. Dessa forma, abandona-se o individualismo característico do capitalismo:

Esta filosofía ocasiona un cambio en la perspectiva moderna, por aceptar la lógica de las diversidades cultural, étnica y social, y por combatir los daños hegemónicos colonialistas. El reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derecho colectivo implica la pérdida parcial de la titularidad de los derechos individuales. De ahí adviene la dificultad del reconocimiento del buen vivir dentro del sistema capitalista individualista, en el cual el Estado y el derecho monista se encuentran institucionalizados (Dulley Souza Filho apud Calaça 159 160).

“O Bem Viver, como conceito original, ainda não havia alcançado a maioria quando subitamente entrou em uma nova fase com a ascensão dos governos de Evo Morales na Bolívia, em 2006, e de Rafael Correa no Equador, em 2007” (Solón 28). A voz dos historicamente excluídos foi constitucionalizada naqueles países:

La idea del sumak kawsay o suma qamaña: nace en la periferia social de la periferia mundial y no contiene elementos engañosos del desarrollo convencional [...] La idea proviene del vocabulário de pueblos otrora totalmente marginados, excluídos de la responsabilidade y cuya lengua era considerada inferior, inculta, incapaz del pensamiento abstrato, primitiva. Ahora su vocabulário entra en dos constituciones. (Tortosa 2009 apud Zaffaroni 118)

Ao positivar a filosofia do Bem Viver, as Cartas da Bolívia e do Equador substituíram a perspectiva eurocêntrica e antropocêntrica pela visão de mundo de seus povos originários. “O Bem Viver passou a ser parte do discurso oficial e [ou, porém] foi incorporado pelos planos nacionais de desenvolvimento”. Com isso, representou a redefinição do conceito original, afastando-se, em certa medida, da cosmovisão indígena que lhe servia de lastro.

“O Bem Viver [em sua essência] não é uma visão de desenvolvimento mais democrática, não antropocêntrica, holística e humanizante. Ao contrário das civilizações ocidentais, essa cosmovisão não abraça a noção de progresso, pois persegue o equilíbrio em oposição ao crescimento permanente” (Solón 28):

Ao institucionalizar e formalizar uma cosmovisão, sempre ocorre um processo de fragmentação. Há aspectos que são ressaltados e outros que são deixados de lado. Alguns significados se destacam, outros se perdem. Ao final, resta um corpo mutilado, que pode ter um alcance maior, mas que está incompleto. [...] A Constituição boliviana o apresenta como um ideal a ser alcançado, uma forma de vida, e o vincula ao “desenvolvimento produtivo e industrializador dos recursos naturais”. Em suma, a versão equatoriana prima por uma visão de direitos, ao passo que a boliviana faz um abordagem ética. Nas duas constituições, esses conceitos convivem, se articulam e são instrumentalizados em função de uma visão desenvolvimentista e produtivista. (Solón 34 35)

A filosofia do Bem Viver constitucionalizada pelo Equador e pela Bolívia prega que, por meio da sustentabilidade ambiental, é possível alcançar a sustentabilidade social e, com isso, a mitigação da forte desigualdade social existente nos países subdesenvolvidos. Essa versão institucionalizada do Bem Viver aproxima-se mais de uma nova ideia de desenvolvimento sustentável do que propriamente cosmovisão indígena:

De maneira simplista, poderíamos dividir [a filosofia do Bem Viver] entre a versão contestadora e a versão oficial: uma rebelde e outra palatável, inclusive aceitável para instituições financeiras, como o Banco Mundial. Essas diferenças se aprofundaram com o passar dos anos. Hoje, importantes expoentes do Bem Viver afirmam que os respectivos governos não praticam nem praticaram esse conceito, e amplos sectores da população consideram que a proposta ficou apenas no discurso. [...] Os governos de Equador e Bolívia querem que o conceito se ajuste à prática, e não que as políticas sigam de verdade o caminho subversivo do Bem Viver (Solón 22).

Feitas as críticas acerca das contradições inerentes entre os conceitos originais e aqueles que foram institucionalizados, fato é que, ainda assim, a filosofia do Bem Viver que fora constitucionalizada, com todas as discussões que traz sobre questões ambientais e sociais, representa uma conquista sem precedentes. Trata-se de um poderoso instrumento de transformação do Estado e da relação deste com seus povos, destacando-se, ainda, o processo de reflexão que instaurou em âmbito global.

5. A REJEITADA CONSTITUIÇÃO DO CHILE EM 2022

A proposta de nova Constituição do Chile foi rejeitada em plebiscito em setembro de 2022, pela ampla maioria da população. Com isso, o país continua regido pela *Constitución Política de la República de Chile* promulgada em 1980, herança da ditadura de Augusto Pinochet, que perdurou entre os anos de 1973 e 1980.²⁹

A proposta rejeitada em 2022 transformaria o Chile em um Estado Social e Democrático de Direito,³⁰ substituindo a visão liberal que norteia o texto constitucional vigente, com a previsão de inúmeros direitos sociais e forte enfoque ambiental,³¹ além do reconhecimento expresso da plurinacionalidade indígena e dos direitos da natureza.³²

Dentre os dispositivos rejeitados, tidos como polêmicos, está o reconhecimento da autonomia dos territórios indígenas, reconhecendo o Chile – assim como o fez a Bolívia – como um Estado Plurinacional, composto por onze povos e nações.³³ Sem que tal reconhecimento atentasse contra o caráter único e indivisível do Estado chileno. O artigo 309 do Capítulo IX “*Sistemas de Justicia*” do

²⁹O processo constituinte surgiu com uma das principais demandas das mobilizações populares chilenas de outubro de 2019. A partir daquele mês, o Chile vivenciou uma onda de protestos, que culminaram em confrontos com polícia e mortes de manifestantes. Como resposta àqueles atos, foi convocada votação e, em 2020, 80% dos chilenos decidiram que queriam a instalação de uma nova Assembleia Constituinte ou *Convención Constitucional*. Entre julho de 2021 e julho de 2022, funcionou a *Convención Constitucional* com seus 155 constituintes eleitos, dentre os quais estavam 15 lideranças indígenas, 7 delas do povo *mapuche* (Viera-Bravo). O texto foi aprovado pela *Convención*, em 2022, houve sua rejeição em plebiscito por 62% da população chilena. Após novas negociações políticas, a redação da nova proposta será reiniciada, após eleição de novo Conselho Constitucional, marcada para abril de 2023 (Poder 360).

³⁰“*Artículo 1. 1. Chile es un Estado social y democrático de derecho. Es plurinacional, intercultural, regional y ecológico. 2. Se constituye como una república solidaria. Su democracia es inclusiva y paritaria. Reconoce como valores intrínsecos e irrenunciables la dignidad, la libertad, la igualdad sustantiva de los seres humanos y su relación indisoluble con la naturaleza. 3. La protección y garantía de los derechos humanos individuales y colectivos son el fundamento del Estado y orientan toda su actividad. Es deber del Estado generar las condiciones necesarias y proveer los bienes y servicios para asegurar el igual goce de los derechos y la integración de las personas en la vida política, económica, social y cultural para su pleno desarrollo.*”(Chile).

³¹Diversos outros dispositivos do projeto de Constituição tratavam da questão ecológica e da necessária harmonia na relação ser humano e natureza, dentre eles os artigos 8º, 39, 80, 96, 103 a 108. Havia ainda o capítulo III “*Naturaleza y Medioambiente*” composto pelos artigos 127 a 150.

³²O inciso 3 do artigo 18 do projeto consagrava que a natureza seria titular dos direitos reconhecidos na constituição, no que lhes fossem aplicáveis. “*Artículo 18. [...] 3. La naturaleza es titular de los derechos reconocidos en esta Constitución que le sean aplicables.*[...]”(Chile). Como o texto de 2022 não foi aprovado pela população chilena, o reconhecimento expresso da natureza como sujeito de direitos continua apenas positivado na Constituição do Equador de 2008. O projeto chileno trazia, ainda, em seu artigo 103, semelhante previsão que consta no artigo 71 da Constituição do Equador de 2008: “*Artículo 103. 1. La naturaleza tiene derecho a que se respete y proteja su existencia, a la regeneración, a la mantención y a la restauración de sus funciones y equilibrios dinámicos, que comprenden los ciclos naturales, los ecosistemas y la biodiversidad. 2. El Estado debe garantizar y promover los derechos de la naturaleza.*”(Chile)

³³“*Artículo 5. 1. Chile reconoce la coexistencia de diversos pueblos y naciones en el marco de la unidad del Estado. 2.*

projeto reconhecia os sistemas jurídicos indígenas, resguardada a palavra final da Corte Suprema do Chile:

Artículo 309. 1. El Estado reconoce los sistemas jurídicos de los pueblos y naciones indígenas, los que en virtud de su derecho a la libre determinación coexisten coordinados en un plano de igualdad con el Sistema Nacional de Justicia. Estos deberán respetar los derechos fundamentales que establecen esta Constitución y los tratados e instrumentos internacionales sobre derechos humanos de los que Chile es parte. 2. La ley determinará los mecanismos de coordinación, de cooperación y de resolución de conflictos de competencia entre los sistemas jurídicos indígenas y las entidades estatales. (Chile)

A proposta rejeitada implementaria a filosofia do Bem Viver, por meio do conceito de *Küme mongen*³⁴ originário do povomapucho, que passaria a ser seu princípio constitucional direcionador. Como dito, a cosmovisão indígena – materializada nos conceitos de *Suma Qamanãe* do *Sumak Kawsay* – foi traduzida de forma incompleta e insuficiente quando do transplante para os diplomas constitucionais equatoriano e boliviano. O mesmo ocorreu com a constitucionalização do conceito *Küme mongen* no Chile, constando na redação final do projeto constitucional uma versão simplista e redutora da visão holística caracterizadora do conceito ancestral.

O conceito de *Küme mongen* foi adotado pelo projeto chileno como eixo central de um novo paradigma de organização social e de relação com a natureza, alternativo ao modelo neoliberal extrativista que vigora no país atualmente. O conceito de *Küme mongen*, conforme ensina Professora Patricia Viera-Bravo, da Universidade do Chile, pode ser entendido como uma metáfora que articula outros conceitos parcelares fundamentais, como o de *kimün* (conhecimento mapuche), o de *itrofill mongen* (associado ao conceito atual de biodiversidade, embora aquele seja noção mais ampla), o de *mapu* (território) e o de *admapu* (sistema jurídico biocêntrico).

A compreensão do princípio constitucional direcionador *Küme mongen* depende da absorção de seus conceitos parcelares. O conceito parcelar de *Mapu* identifica-se com o a noção andina de *Pacha*, em seu sentido multidimensional e sistêmico de território. Conforme ensina Victorino Antilef, do povo mapuche, a noção de *Mapu* “trasciende dimensiones que van relacionadas con el componente social, cultural, lingüístico y espiritual que ha caracterizado la forma como históricamente nos hemos relacionado con nuestros espacios” (Antilef apud Viera-Bravo 11). *Mapu* é a:

totalidad compleja del sistema de interrelaciones que vinculan a los sujetos (che) de una comunidad (lofche) entre sí, y con su Itrofill mongen [biodiversidad] en las dimensiones ecosistémicas y espirituales, para generar lo necesario para reproducir la vida en todas sus formas. (Antilef apud Viera-Bravo 11).

A primeira redação da proposta apresentada em 2022 chegava a mencionar, expressamente, os conceitos originários de *mapue pachamama*³⁵ que vieram a ser substituídos. A redação final do artigo 103 do projeto rejeitado era neste sentido:

Son pueblos y naciones indígenas preexistentes los Mapuche, Aymara, Rapanui, Lickanantay, Quechua, Colla, Diaguita, Chango, Kawésqar, Yagán, Selk’nam y otros que puedan ser reconocidos en la forma que establezca la ley. Es deber del Estado respetar, promover, proteger y garantizar el ejercicio de la libre determinación, los derechos colectivos e individuales de los cuales son titulares y su efectiva participación en el ejercicio y distribución del poder, incorporando su representación política en órganos de elección popular a nivel comunal, regional y nacional, así como en la estructura del Estado, sus órganos e instituciones” (Chile).

³⁴ “La noción del *Küme mongen*, como principio político orientador, emergió públicamente como una homologación del Buen vivir posicionado por las nociones *Suma qamaña* y *Sumak kawsay* de los procesos constituyentes andinos, y hasta ahora había tenido un incipiente desarrollo teórico, tal como reconoció el candidato constitucional mapuche, Richard Caifal (2021): “el Buen vivir, el *Küme mongen*, eso lo han construido los vecinos y, como siempre, estamos llegando tarde a la discusión” (Viera-Bravo 10).

³⁵ “La naturaleza, *mapu*, *pachamama*, *pat’ta hoiri*, *jáu*, *merremén*, o sus equivalentes en las cosmovisiones de cada pueblo, donde se reproduce y realiza la vida en sus diversas formas y donde se permite la subsistencia, el desarrollo, la espiritualidad y el buen vivir, tiene derecho a que se respete y proteja integralmente su existencia, hábitat, bienestar,

Artículo 103 1. La naturaleza tiene derecho a que se respete y proteja su existencia, a la regeneración, a la mantención y a la restauración de sus funciones y equilibrios dinámicos, que comprenden los ciclos naturales, los ecosistemas y la biodiversidad. 2. El Estado debe garantizar y promover los derechos de la naturaleza (Chile).

Admapu³⁶ como segundo conceito parcelar de *Küme mongen*, refere-se ao conjunto próprio e particular de normas e leis que regem a convivência social em cada uma das unidades básicas sócio-territoriais (*lof*) que compõem a *Mapu*(ou a *Pacha*). Os povos originários guiam suas existências segundo as leis da natureza, que irão assumir sua própria ordem normativa de acordo com cada *Admapu*:

Una transgresión al Admapu constituye un trafentun que puede consistir en no respetar protocolos en espacios sagrados para la vida del lof, o no retribuir recíprocamente lo que se extrae de un territorio. La mantención del equilibrio en la red de vida implica derechos y obligaciones establecidos dentro de una lógica normativa basada en el principio de reciprocidad en las relaciones individuo-comunidad-biodiversidad: “el pensamiento mapuche, que se orienta a partir del Admapu, nos pone a todos en condición de igualdad: tierra, río, lluvia, nosotros reconocemos en la tierra y en la lluvia un ser espiritual que se interactúa con el ser humano [...]. Estamos retomando el pensamiento mapuche propio que establece la igualdad de los seres humanos y también con la naturaleza” (Loncon 2021b). El Admapu es el pilar normativo de la concepción de la naturaleza que regula que los intercambios que conforman la mapu como construcción social, se realicen en equidad y reciprocidad, en respeto y valoración del otro en horizontalidad, en todos los niveles (individual, comunitario y con la biodiversidad) y dimensiones (materiales e inmateriales) del territorio (Viera-Bravo 12).

O terceiro conceito parcelar de *Küme mongené Itrofill mongen*. Segundo a poeta mapuche Elicura Chihuaifalaf, trata-se de um princípio filosófico de vida, cuja tradução – embora incompleta e parcial da cosmovisão indígena – remeteria a ideia contemporânea hegemônica de biodiversidade³⁷ “De acuerdo a su etimología se distinguen tres raíces: *Icro*, que indica la totalidad sin exclusión. *Fil*, que indica la integridad sin fracción. Y *Mogen*, que significa la vida y el mundo viviente” (Chihuaifalaf apud Viera-Bravo 13). O conceito de *Itrofill mongené* fundamentado nos princípios de complementaridade e reciprocidade, garantidores do equilíbrio das relações entre seres humanos e destes com a natureza:

Dicha coexistencia se remite a la relacionalidad con que existen entre sí todas las cosas, a la complementariedad entre ellas, y a la reciprocidad, que supone que existen obligaciones entre sí, entre los diversos componentes del todo. En virtud de dichas obligaciones, no solo los animales humanos, sino también los animales, las plantas, los ríos y los otros elementos de la diversidad de la vida cuentan con derechos que se pueden exigir a los demás, incluyendo a los humanos. La visión de la relacionalidad de la vida fundamenta la propuesta de los derechos de la naturaleza, como una forma de transformar nuestro sistema jurídico en una constitución radicalmente ecológica (Millabur apud Viera-Bravo 13).

restauración, mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones, procesos evolutivos y, la interacción sistémica y recíproca entre sus distintos componentes. Se reconoce además la especial interrelación que tienen los pueblos y naciones preexistentes con la naturaleza, en cuanto se concibe a ésta, la razón de su subsistencia, desarrollo propio, espiritualidad y el bienestar colectivo de estos (Comisión Medio Ambiente 2022c).” Comisión Meio Ambiente apud Viera-Bravo 11.

³⁶Em relação a esse segundo conceito parcelar, sua previsão estaria implícita em alguns artigos do projeto rejeitado (artigos 63, 103, 130 e 134) (Viera-Bravo 12).

³⁷“*Itrofill Mongen como base y fundamento de todas las formas de vida, que el Estado debe promover, proteger y garantizar. En virtud de este principio, las diferentes formas de vida cohabitan en los territorios de manera interdependiente, sean materiales, inmateriales, tangibles e intangibles, formando un conjunto plural e inseparable. El Estado deberá asegurar su debida conservación, equilibrio y desarrollo, especialmente cuando su alteración amenace, afecte o dañe su desarrollo y continuidad.*” (Caniguan 2022 apud Viera-Bravo 13).

Dentro dessa lógica, respeitar todas as formas de vida que coabitam, com igual direito, um determinado território é, em alguma medida, respeitar a si mesmo, pois apenas assim a humanidade retroagirá do “*precipio medioambiental*” (Linconao *apud* Viera-Bravo 13) para o qual caminha e no qual não haverá vida. Durante os debates da Assembleia Constituinte, Francisca Linconao enfatizou:

[...] tenemos que convivir desde el respeto al Ixofil mogen (biodiversidad), pensar que muchas generaciones más deben habitar esta tierra, por eso debemos implementar medidas de protección que tomen en cuenta los conocimientos tradicionales, y avanzar hacia el reconocimiento de los derechos de la naturaleza y al de todos los derechos sociales desde la perspectiva del buen vivir” (Linconao *apud* Viera-Bravo 13)

Conforme pontua Patrícia Vieira-Bravo, o conceito de *Itrofill mongen* compunha a primeira definição do princípio do Bem Viver apresentada pela Comissão de Princípios Constitucionais. Essa definição, de autoria da constituinte Elisa Loncon, ³⁸do povo *mapuche*, foi rejeitada pelo Pleno Constituinte e passou a constar no projeto a simplificação da definição anterior, eliminando a menção ao conceito parcelar *Itrofill mongen*, mas mantendo seus princípios fundadores (Viera-Bravo 12 13). A redação final do artigo 8 da proposta de Constituição rejeitada previa:

Artículo 8 Las personas y los pueblos son interdependientes con la naturaleza y forman con ella un conjunto inseparable. El Estado reconoce y promueve el buen vivir como una relación de equilibrio armónico entre las personas, la naturaleza y la organización de la sociedad. (Chile)

As alterações na redação original do projeto de constituição, mesmo com a manutenção dos princípios fundamentais, representaram uma fragilização do conceito de *Küme mongen*, que não retrata, de forma fiel, a cosmovisão do povo *mapuche*. A redação final levada a plebiscito popular foi uma redução da cosmovisão *mapuche*, que mesmo simplificada não foi compreendida pela população, levando à rejeição do texto por maioria popular expressiva.

A Professora Patrícia Viera-Bravo entende que a deficiência do debate popular justifica a resposta negativa ao texto. Estudos anteriores ao plebiscito, que culminou na rejeição do projeto de Constituição de 2022, já indicavam uma resposta negativa de amplos setores da população especialmente em relação às temáticas afetas à plurinacionalidade e aos direitos dos povos indígenas.

Diversos dispositivos do projeto de constituição foram má interpretados, como o conceito de *Admapuque* passou a ser entendido como um privilégio dos povos originários, como mecanismo de imunidade à justiça nacional e um sinal de separatismo. A interpretação equivocada foi difundida pelos meios de comunicação hegemônicos, envolvidos na campanha pela rejeição do texto no plebiscito (Viera-Bravo 13).

Porém, como sinaliza Patrícia Viera-Bravo, a rejeição do projeto de constituição representa:

[...]solo una pausa –y no el término– en el proceso de redefiniciones políticas y sociales mientras se determina la forma y tiempos para retomar este proceso. Sin embargo, que la vigencia legal de la Constitución de corte neoliberal implique que el metabolismo social capitalista mantiene su hegemonía, no borra el hecho de que está sien- do ampliamente cuestionado y responsabilizado de la crisis socio-ecológica(Viera-Bravo 15).

³⁸ “[...] fundamento de la vida y aporte de los pueblos originarios, denominado *küme mogen* en lengua *mapuche*, lo que comprende el principio del *itrofill mogen* biodiversidad [...] comprende la valoración y respeto de todas las formas de vida de manera interdependiente y en equilibrio. En virtud de este principio, el Estado promueve y garantiza la igual dignidad y derechos de las personas, los pueblos y la naturaleza, y su convivencia en armonía; el derecho de los pueblos al control de sus formas de vida y desarrollo económico, social y cultural, y la economía de reciprocidad y complementariedad (Comisión Principios Constitucionales 2022b).” (Comisión Principios Constitucionales *apud* Viera-Bravo 13).

A despeito da rejeição do projeto de nova Constituição para o Chile e o reinício dos novos debates constitucionais chilenos, é certo que o conceito de *Küme mongen*, que até então teve um incipiente desenvolvimento teórico,³⁹ figurou na centralidade dos debates constituintes em 2021 e 2022. A vivência ancestral que carrega as cosmovisões indígenas precisa, cada vez mais, ocupar esses espaços políticos de discussão, para que haja uma real compreensão de seus conceitos pela população em geral e, assim, menor seja a rejeição a essas ideias. O debate público faz-se necessário para que haja um acordo substantivo entre os diferentes segmentos da sociedade chilena, possibilitador da aprovação de um novo texto constitucional, de mais respeito à vida.

6. CONCLUSÃO

O Bem Viver, filosofia ainda em construção, ao fazer uma releitura das cosmovisões indígenas, foi institucionalizado em diversos países, traduzindo para a linguagem jurídica valores éticos que tomaram formas próprias como os direitos da natureza. Com isso, o Bem Viver vem inspirando discussões políticas ao trazer um novo olhar a respeito das alternativas sistêmicas que podem ser adotadas nas formas de organização sociopolíticas, representativas de uma reconexão (necessária) do ser humano com a natureza, para responder de forma efetiva às emergências contemporâneas.

Os processos constituintes representam um momento imaginativo, nos quais pode-se refletir acerca dos princípios políticos e jurídicos que devem dar a forma do novo ordenamento jurídico e da sociedade mais justa e solidária que se quer construir. O Bem Viver, filosofia complexa de ser explicada, contraditoriamente, associa-se à ideia até simplista de relação harmônica entre pessoas, natureza e organizações sociais. Uma Constituição dos novos tempos – com os problemas que emergem com o Antropoceno – precisa refletir um novo paradigma no qual a natureza deixe de ser vista como mero objeto instrumental a serviço das potencialidades humanas e o ser humano passe a se entender como a parte integrante que é da natureza, em verdadeira comunhão com *Pachamama*.

É preciso atentar que o futuro almejado não depende apenas da incorporação de conceitos e princípios que reflitam o paradigma holístico dentro do texto constitucional. A constitucionalização da filosofia do Bem Viver – que precisa aprimorar-se e reaproximar-se cada vez mais das cosmovisões indígenas que lhe serviram de lastro – é, sem dúvida, um gigantesco passo em direção ao combate da atual crise sistêmica vivida em nível global. Passo este, porém, insuficiente, que deve vir acompanhado de uma mudança de paradigmas, bem como do comprometimento da população e do Estado, obrigando que, em todas as ponderações da vida, sejam considerados os interesses do todo e não apenas os interesses humanos. O ser humano precisa resgatar a consciência de que é parte de algo maior e coletivo, a potencialidade plena do ser humano depende do reconhecimento do outro e da sua relação de interdependência com o todo.

BIBLIOGRAFÍA

- Brasil. Constituição de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 jan. 2023.
- Bolívia. Constitución Política del Estado Plurinacional de la Bolívia. La Paz, 2009. Disponível em: https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf. Acesso em: 30 jan. 2023.
- Bolívia. Ley De Derechos de La Madre Tierra. La Paz, 2010.
- Bolívia. Ley De La Revolución Productiva Comunitaria Agropecuaria (Ley 144/11). La

³⁹“Si bien el concepto del *Küme mongen* no habia tenido una presencia ni un desarrollo relevante en el debate público hasta el posicionamiento del *Suma qamaña* o el *Sumak Kawsay* en los procesos constituyentes de Bolívia y Ecuador, hoy se ha posicionado como parte de un proceso de redignificación de los pueblos y de sus sistemas de conocimiento, como el *kimün mapuche*, a partir del nuevo ciclo reivindicativo de los derechos de los pueblos indígenas y, en particular, del movimiento mapuche desde fines de los noventa.”(Viera-Bravo 15).

- Paz, 2011. Disponível em: https://www.insa.gob.bo/images/normativa/ LEYES/LEY_144-Ley_de_Revolucion_Productiva_Comunitaria_Agropecuaria.pdf. Acesso em: 30 jan. 2023.
- Boulton, C.A., Lenton, T.M. & Boers, N. Pronounced loss of Amazon rainforest resilience since the early 2000s. *Nature. Clim. Chang.* 12, 271–278 (2022). <https://doi.org/10.1038/s41558-022-01287-8>.
 - Calaça, Irene Zasimowicz Pinto y outros. La naturaleza como sujeto de derechos: análisis bioético de las Constituciones de Ecuador y Bolivia. *Revista Latinoamericana de Bioética, Nueva Granada.* v. 18, n. 1, p. 155-171, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.18359/rubi.3030>. Acesso em: 30 jan. 2023.
 - Calvalcante, Kellison Lima. Fundamentos da filosofia Ubuntu: afroperspectivas e o humanismo africano. *Revista Semiário de Visu, Petrolina,* v. 8, n. 2, p. 184- 192, 2020.
 - Chile. Propuesta Constitución Política de la República de Chile. Santiago, 2022. Disponível em: <https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/07/Texto-Definitivo-CPR-2022-Tapas.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2023.
 - Congresso do Chile fecha acordo para criar nova Constituição. *PODER 360, Brasília,* 13 dez. 2022. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/internacional/congresso-do-chile-fecha-acordo-para-criar-nova-constituicao/>. Acesso: 31 jan. 2023.
 - Congresso em Foco. Na ONU, Bolsonaro culpa índios e caboclos pelos incêndios florestais. Uol, São Paulo, 2020. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/governo/a-ovivo-bolsonaro-onu/>. Acesso em: 30 jan. 2023.
 - Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva n. 23/2017 sobre “Meio Ambiente e Derechos Humanos”. 2017.
 - Elhacham, E., Ben-Uri, L., Grozovski, J. et al. Global human-made mass exceeds all living biomass. *Nature* 588, 442–444 (2020). <https://doi.org/10.1038/s41586-020-3010-5>.
 - Equador. Constitución de la República del Ecuador. Quito, 2008.
 - Farias, Talden. Constituição de 1988 fixa meios para concretizar proteção do meio ambiente. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-nov-11/constituicao-fixa-meios-concretizar-protacao-meio-ambiente>. Acesso em: 30 jan. 2023.
 - Fensterseifer, Tiago. Direito constitucional ambiental: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente. 5. ed. *Revista dos Tribunais,* Rio de Janeiro, 2017.
 - Fensterseifer, Tiago; sarlet, Ingo Wolfgang. O direito constitucional-ambiental brasileiro e a governança judicial ecológica: estudo à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Curitiba,* v. 11, n. 20, p. 42-110, jan./jul. 2019. Disponível em: [http://abdconst.com.br/revista21/Ingo Thiago.pdf](http://abdconst.com.br/revista21/Ingo%20Thiago.pdf). Acesso em: 30 jan. 2023.
 - Galeano, Eduardo. *La venas Abiertas de América Latina.* 6. ed. Montevideo: Siglo Veintiuno Editores, 1999.
 - Gatti, L.V., Basso, L.S., Miller, J.B. et al. Amazonia as a carbon source linked to deforestation and climate change. *Nature* 595, 388–393 (2021). <https://doi.org/10.1038/s41586-021-03629-6>.
 - Jonas, Hans. O princípio da responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. 2. ed. Tradução de Marijame Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: PUC, 2019.
 - Kant, Immanuel. *Crítica da Razão Pura.* 5ª Edição. Trad.: Manuela Pinto e Alexandre Morujão. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
 - Mirra, Álvaro Luiz Valery. O Estado, a proteção do meio ambiente e a jurisprudência. Local: editora, 2017. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2017-jul-08 /ambiente-juridico-estado-protacao-meio-ambiente-jurisprudencia](https://www.conjur.com.br/2017-jul-08/ambiente-juridico-estado-protacao-meio-ambiente-jurisprudencia). Acesso em: 30 jan. 2023.
 - Nações Unidas. Harmony With Nature - Law List. *Harmony with Nature.* [S.l.], 2022. Disponível em: <http://www.harmonywithnatureun.org/rightsOfNature/>. Acesso em: 30 jan. 2023.
 - Nogueira, Caroline Barbosa Contente; Dantas, Fernando Antonio de Carvalho. O Sumak Kawsay (Buen Vivir) e o Novo Constitucionalismo Latino-Americano: uma proposta para concretização dos direitos socioambientais. *Universitas e Direito, Curitiba,* p. 24-42, 2012.
 - Primeiro caso mundial sobre “Direitos da Natureza” será julgado no Equador. *Redação Ciclo Verde,* [S.l.], 17 ago. 2020. Disponível em: [https://ciclovivo.com.br/plan eta/meio-](https://ciclovivo.com.br/plan-eta/meio-)

ambiente/caso-mundial-direitos-da-natureza-equador/. Acesso em: 30 jan. 2023.

- Solón, Pablo (org.). *Alternativas Sistêmicas: Bem Viver, decrescimento, comuns, ecofeminismo, direitos da Mãe Terra e desglobalização*. Tradução de João Peres. São Paulo: Elefante, 2019.
- Viera-Bravo, Patricia. *Küme mongen en el proceso constituyente chileno. Aporte del Buen vivir mapuche a una nueva relación con la naturaleza*. *Revista Andina de Estudios Políticos*, Santiago, v. 12, n. 2, p. 1-22, dez. 2022.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. *A Pachamama e o ser humano*. Tradução de Javier Ignacio Vernal. Florianópolis: UFSC, 2017.

¿Pueden los animales tener derechos si no pueden contraer obligaciones? Animales sujetos y ciudadanos

Can animals have rights without duties? Animals as subjects and citizens
Os animais podem ter direitos se não podem ter obrigações? Sujeitos e cidadãos animais

Silvina Pezzetta 

Universidad de Buenos Aires, Argentina

Resumen

En este trabajo revisaré uno de los argumentos habituales para refutar que los animales pueden ser considerados sujetos de derecho. El argumento en cuestión sostiene que los animales no pueden ser sujetos de derecho porque son incapaces de contraer obligaciones. La forma canónica de responder a este cuestionamiento es apelar a los argumentos de la “superposición de especies” –hay humanos sin dicha capacidad que igual son sujetos de derecho– y al de la “relevancia moral” –una característica que no tiene relación con la necesidad de tener la protección que otorgan los derechos–. A nivel jurídico, ambos argumentos se traducen en que esta incapacidad de hecho no es obstáculo para ser sujeto de derecho –en el caso humano–. Aunque todo esto es obvio, el argumento de las obligaciones persiste en fallos y doctrina. En este trabajo tomaré en serio el argumento de las obligaciones y propondré que la forma de refutarlo es revisar la teoría política que lo apoya. Dicha teoría será evaluada a la luz de la propuesta de Donaldson y Kymlicka sobre la ciudadanía para los demás animales. En su propuesta teórica, los autores sostienen que los animales sí pueden cumplir con algunas obligaciones y de hecho ya lo hacen en las sociedades interespecies actuales.

Palabras clave: Animales sujetos de derecho, Teoría política, Derecho animal.

Abstract

In this paper, I will review one of the standard arguments to refute that animals can be considered subjects of law. The argument holds that animals cannot be subjects of law because they cannot assume duties. The canonical way to respond to this question is to appeal to the arguments of “species overlap” –there are humans without that feature that are nonetheless subject of rights– and the “moral relevance” –highlighting the irrelevance of that incapability to gain right’s protection. At the legal level, both arguments translate into the fact that de facto incapacity is not an obstacle to being a subject of law –in the human case–. Although all this is obvious, the argument of obligations persists in rulings and doctrine. In this paper, I will take the obligations argument seriously and propose that the way to refute it is to review the political theory that supports it. That theory will be evaluated in light of Donaldson and Kymlicka’s proposal of citizenship for other animals. In their theoretical proposal, the authors argue that animals can and do fulfill some obligations in today’s interspecies societies.

Keywords: Nonhuman animals subjects of rights, Political theory, Animal law.

Resumo

Neste artigo, analisarei um dos argumentos mais comuns para refutar o fato de os animais poderem ser considerados sujeitos de direito. O argumento em questão é que os animais não podem ser sujeitos de direito porque são incapazes de contrair obrigações. A maneira canônica de responder a essa pergunta é apelar para os argumentos de “sobreposição de espécies” – há humanos sem essa capacidade que ainda são sujeitos de direito – e “relevância moral” – uma característica não relacionada à necessidade de proteção de direitos. No nível jurídico, ambos os argumentos significam que essa incapacidade de fato não é um obstáculo para ser um sujeito de direito – no caso humano. Embora tudo isso seja óbvio, o argumento das obrigações persiste nos julgamentos e na doutrina. Neste artigo, levarei a sério o argumento das obrigações e proporei que a maneira de refutá-lo é revisar a teoria política que o sustenta. Essa teoria será avaliada à luz da proposta de Donaldson e Kymlicka de cidadania para outros animais. Em sua proposta teórica, os autores argumentam que os animais podem e de fato cumprem algumas obrigações nas sociedades interespecies atuais.

Palavras chave: Animais como sujeitos de direito, Teoria política, Direito animal.

DOI: [10.5281/zenodo.8194064](https://doi.org/10.5281/zenodo.8194064)

*Contacto: silvinapezzetta@gmail.com Abogada (UNR), doctora en Derecho (UNR), postdoctora en Derecho (UBA). Investigadora Adjunta CONICET (UBA, Derecho), Max Planck Senior Visiting Fellow (2023).

1. INTRODUCCIÓN

En este trabajo revisaré uno de los argumentos habituales para refutar que los animales pueden ser considerados sujetos de derecho. El argumento en cuestión sostiene que los animales no pueden ser sujetos de derechos porque son incapaces de contraer obligaciones (de ahora en más, “el argumento de las obligaciones”). Si bien este no es el argumento más esgrimido, está incluido en el más común: el que niega la posibilidad de que los animales sean considerados sujetos de derecho al señalar su incapacidad de razonar. En definitiva, si no pueden razonar, no pueden contraer obligaciones ni respetar normas. La forma canónica de responder a este cuestionamiento es apelar al argumento de la “superposición de especies”, anteriormente referido como “de los casos marginales”. Este argumento indica que también hay humanos sin dichas capacidades y no por ello dejan de ser sujetos de derecho. Asimismo, se discute la “relevancia moral” de esta capacidad de contraer obligaciones para poder gozar de protección en tanto que los animales pueden ser pacientes morales y esto es lo único que importa.

En el campo jurídico las refutaciones antedichas para el caso humano se tornan en soluciones legales. Así, se distingue entre ser sujeto de derecho y tener capacidad legal. Lo primero no depende de lo segundo cuando se trata de humanos. Una persona con una incapacidad de hecho muy importante, por ejemplo, una demencia avanzada, no puede contraer obligaciones por sí misma porque su capacidad de hecho está seriamente afectada. Pero no pierde por ello su calidad de sujeto de derecho y su incapacidad de hecho es cubierta por un representante legal para que pueda ejercer sus derechos a través de este. Es más, en nuestros regímenes actuales, la incapacidad de derecho es siempre relativa. La incapacidad de hecho o ejercicio, aunque grave o absoluta, no es moralmente relevante y lo que cuenta es la vulnerabilidad, que deberá ser protegida por medio de derechos.² Todo esto no es más que una obviedad para cualquier abogado o abogada. Por ello, asombran las contorsiones argumentales que realizan quienes quieren seguir basando el rechazo de reconocer a los animales como sujetos postulando su incapacidad de hecho para contraer obligaciones.

Pero, si se atiende a la recurrencia del argumento, presente en fallos judiciales de distintos países y también en la doctrina, quizás se encuentre algo más. En este trabajo voy a proponer que lo que está detrás del argumento de las obligaciones tiene más relación con la teoría política que con la teoría jurídica. Es claro que en términos legales no se sostiene de ninguna forma. Sin embargo, es una idea muy ligada al derecho en cuanto refiere al problema de su legitimación y, por ello, se relaciona con la teoría de quién es miembro de la comunidad política y en qué calidad y, en definitiva, quién goza de qué derechos. Es decir, es una idea que pertenece al ámbito de las relaciones entre el derecho y la política y que sólo puede ser contestada pensando en qué teoría política está detrás de ésta. Y si esa teoría política es aceptable, claro.

En esta línea, entonces, presentaré primero brevemente la discusión en torno al estatus legal de los animales y los distintos escenarios en que se ha intentado revertir su condición de cosas. Sobre todo porque entre los nuevos sujetos constitucionales, y legales en sentido más amplio, los animales aparecen como uno de los candidatos recurrentes. Luego, exploraré qué ideas políticas hay detrás del argumento de las obligaciones para, en tercer lugar, confrontarlas a la luz de la teoría que proponen Sue Donaldson y Will Kymlicka (2011) en *Zoopolis. Una teoría política para los derechos animales*. Defenderé la idea de que la ciudadanía animal, en relación con grupos diferenciados de animales, puede ser una forma más productiva que las tradicionales de responder al argumento de las obligaciones. Y esto porque al replicar desde las ideas propuestas en *Zoopolis* se parte de un hecho no controvertido: los animales ya viven entre nosotros. Y, como

¹En honor a la brevedad uso la palabra “animal” sin dejar de recordar que los humanos también somos animales.

²Por supuesto este es para el caso de las personas físicas y no de las jurídicas que tienen otra función, como puede ser la de proteger el patrimonio personal de quienes la integran.

³Los argumentos de jueces que citaré son a título ilustrativo y no son producto de una investigación empírica al respecto. Sin embargo, para conocer más respecto de las argumentaciones a favor y en contra de la declaración de los animales como sujetos de derecho se puede leer el exhaustivo trabajo de Montes Franceschini, Macarena. “Animal Personhood: The Quest for Recognition”, *Animal & Natural Resource Law Review* XVII (2021): 93-150.

han subrayado también otros autores y autoras (Cochrane 2010 Smith 2012), ya los gobernamos -bajo condiciones de tiranía en tanto sólo cuentan los intereses humanos- (Donaldson y Kymlicka 2014).

2. LOS ANIMALES COMO SUJETOS DE DERECHO

Este trabajo no busca hacer un recorrido por las teorías de la ética animal contemporánea que sostienen que la discriminación por especie es injustificada e injusta. Sin embargo, una breve referencia a sus temas centrales servirá para entender mejor el debate sobre la personalidad legal para los animales y las posiciones a favor y en contra. Es preciso mencionar que en dichas teorías se puso de relieve que, desde el punto de vista moral, es insuficiente considerar la especie para determinar quiénes pueden ser lesionados, asesinados o sufrir acciones dolorosas. Es decir que la ética animal identifica y rechaza el especismo o discriminación por especie y señala que para ser considerado moralmente es suficiente con ser sintiente.⁴ La sintiencia, un concepto utilizado además en biología y en la ciencia del bienestar animal (Broom 2014), es la capacidad de tener experiencias subjetivas del mundo. Esta capacidad varía en un individuo a lo largo de su vida y también hay variaciones intra e interespecies. No todos los humanos son sintientes, ni lo serán a lo largo de toda su vida, ni sólo los humanos lo son. Sobre esta base, entonces, se desarrollaron los fundamentos para construir éticas normativas que estipulan derechos morales animales y deberes humanos que responden a distintas corrientes de la filosofía contemporánea. En el campo legal la discusión sobre los derechos morales de los animales toma forma, en gran medida, a través de los intentos de lograr el reconocimiento de los animales como sujetos de derecho. Podría decirse que este objetivo fue la “traducción legal” de la teoría ética que impugna el especismo.

El objetivo de cambiar el estatus de los animales como el norte de toda disputa legal –y social– se presenta como opuesto a lo que se denomina “bienestarismo”. El bienestarismo es una posición moral, más o menos articulada teóricamente, que sostiene que la crueldad gratuita o innecesaria es incorrecta moralmente y debe ser prohibida (Haynes 2008). Pero es aceptable toda la crueldad que sea necesaria para algún beneficio humano, por más banal que éste sea, porque el bienestarismo no cuestiona la explotación. En contraposición, los intentos de cambiar el estatus legal de los animales buscan, en última instancia, dotarlos de un marco protector de derechos que les confiera inmunidad frente a los intereses humanos. Por eso, cuando los y las teóricas argumentan a favor del reconocimiento de los derechos de los animales, en general, sostienen que todos los animales sintientes⁵ deberían tener, como mínimo, derecho a la vida, a la integridad física y psíquica y a la libertad.

Estas teorías de los derechos fundamentales para los animales se han llevado a la práctica por vía legislativa y judicial. El éxito de estas vías es muy incompleto. La vía judicial es la que ha tenido mayor suceso. En este sentido, la iniciativa de *The Non Human Rights Project*, del abogado estadounidense Steven Wise, ha tenido inesperadas repercusiones en Latinoamérica. Aunque el abogado no ha logrado un fallo favorable en su largo recorrido presentando *habeas corpus* para liberar animales en cautiverio, ha inspirado la presentación de *habeas corpus* en Argentina, por ejemplo. Los fallos Sandra y Cecilia⁶ de tribunales argentinos, dieron lugar a nuevas sentencias que reconocieron como sujetos de derecho en ese país a animales de distintas especies aunque

⁴Aunque no necesario. Así, quienes sostienen que la naturaleza u objetos inanimados tienen valor inherente y tienen derechos lo hacen sobre una base distinta de la sintiencia e incluso de la vida.

⁵Qué animales son sintientes es un hecho que depende de hechos biológicos. Hoy no hay duda de que todos los vertebrados son sintientes. Respecto de los invertebrados, sobre algunas especies ya se sabe que lo son. Al respecto de la determinación de la sintiencia ver Browning, Heather y Birch, Jonathan. “Animal Sentience”, *Philosophy Compass*, vol. 17, no. 5, 2022, p. e12822, <https://doi.org/10.1111/phc3.12822>

⁶Cámara Federal Casación Penal, Sala II, 18/12/2014, Causa CCC68831/2014/CFC1, “Orangutana Sandra s/Recurso de Casación s/*Habeas Corpus*”. Juzgado N° 4 Contencioso Administrativo Tributario de C.A.B.A., 21/10/2015, Exp. A2174-2015/0, “A.F.A.D.A. y otros c/GCBA s/Amparo”. Tercer Juzgado de Garantías de Mendoza, 03/11/2016, Exp. P-72.254/15, “Presentación efectuada por A.F.A.D.A. respecto del chimpancé Cecilia – Sujeto no humano”. Cámara de Apelación Penal, Contravencional y de Faltas de C.A.B.A., Sala III, 12/12/2016, Exp. 18491-00-00/14, “Responsable del Zoológico de Buenos Aires s/Ley 14.346”.

no en procesos de *habeas corpus* sino en el marco de causas penales y administrativas –grandes simios, caballos, perros, un puma y dos monos–. Incluso antes de estos fallos, en Brasil se produjeron sentencias (Montes Franceschini 2021). Estas sentencias, con paralelos en otras latitudes como las sentencias de las cortes de la India y Pakistán, fueron también seguidas en recientes fallos en nuestra región. Así, el más notable es el caso de Estrellita. Una sentencia de la Corte Constitucional de Ecuador que reconoce que el *habeas corpus* es un procedimiento aceptable en el caso animal y que los animales tienen derechos que surgen de los derechos de la naturaleza reconocidos en la constitución nacional ecuatoriana.

En efecto, y antes de avanzar, es importante remarcar que la fundamentación de muchos de los casos mencionados, en particular de los más relevantes –Sandra, Cecilia, Estrellita–, se sostienen, en parte, en base a la normativa ambiental. No tengo tiempo de explorar estos fundamentos, pero es significativo notar que la forma en que los tribunales han aceptado acciones a favor de animales no implicó abrazar *in totum* los argumentos de los defensores de los animales, que se apoyaban sobre todo en la sintiencia. Aunque los objetivos del derecho ambiental, y del ambientalismo más en general, no sean siempre compatibles (Sagoff 1984) con la defensa de los derechos animales, jueces y juezas han recurrido a aquel. Posiblemente porque lo consideran el principal –y único– derecho positivo disponible para sus fallos, a diferencia de la cuestión animal que necesita mayor creación pretoriana. Y, además, porque los animales, en nuestro imaginario, están incluidos en el conjunto más amplio de la “naturaleza” del que los humanos estaríamos excluidos total o parcialmente.

Es decir, los fallos en que se declara a los animales como sujetos de derecho no necesariamente se sostienen en la idea de los derechos fundamentales que la teoría del derecho animal fundamenta en la sintiencia. Nótese que los animales abarcados en los fallos latinoamericanos son, de una parte, animales salvajes viviendo en cautiverio –zoológicos, domicilios particulares– o domesticados de “compañía” o “trabajo”, de la otra. En el primer caso, se hace apelación a la cuestión ambiental para fundar su protección legal y distinguir a estos animales de otros, especialmente de los de “consumo” –notables disquisiciones al respecto aparecen en los fallos Cecilia y Estrellita–. En estos casos, además, el derecho a la vida de estos animales nunca estuvo en juego puesto que no estaban destinados al consumo sino a la exhibición. El derecho afectado en sus casos eran el derecho a la libertad y la integridad física y psíquica, con peligro para la vida por las condiciones del cautiverio. Por otra parte, en cuanto a los animales domesticados, se trató de casos de maltrato y crueldad y la ley penal que castiga esos delitos refiere a los animales como “víctimas” por lo que la fundamentación giró en torno a ese reconocimiento legal, con alguna mención a la conciencia y la sintiencia.

En resumen, la idea de que los animales deben ser reconocidos en el ordenamiento jurídico como sujetos de derecho, ha tenido algún éxito en los tribunales. Sin embargo, es difícil pensar que habrá fallos así en relación con el resto de los animales sintientes, sobre todo los de consumo. Por otro lado, ese alcance general, más propio de la legislación, se ha pretendido en distintos países a distintos niveles. La UE y algunos países de esa región tienen algunas normas y principios a nivel supranacional, constitucional y nacional en que se reconoce a los animales en tanto seres sintientes o dotados de sensibilidad o bien se menciona que tienen dignidad. No obstante, siguen

⁷Juzgado Correccional N° 4 de San Isidro, 24/10/2018, Causa 4285-P. Juzgado Penal de Rawson, Provincia de Chubut, 10/06/2021, Carpeta Judicial N° 7311, Legajo Fiscal N° 21.466, “C., M. M. M. s/ Denuncia Maltrato Animal”. Juzgado de 1ra Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 4, “Robledo, Leandro Nicolás y otros sobre 239 - resistencia o desobediencia a la autoridad”, Número: IPP 246466/2021-0 CUIJ: IPP J-01-00246466-3/2021-0, Actuación Nro: 2971213/2021. Juzgado de 1ra Instancia en lo Penal, Penal Juvenil, Contravencional y de Faltas N° 3, “Ledesma, Diego Alberto sobre Ley N° 14.346 de protección al animal. Malos tratos o actos de crueldad”, Número: IPP 149744/2022-0 CUIJ: IPP J-01-00149744-4/2022-0, Actuación Nro: 1802321/2022. Juzgado de 1ra Instancia en lo Penal, Contravencional y de faltas N° 1 secretaria N° , “nn, nn sobre 128 - mantener animales en lugares inadecuados”, Número: IPP 42081/2022-0 CUIJ: IPP J-01-00042081-2/2022-0, Actuación Nro: 2179828/2022.

⁸Supr. Corte de Justicia de India, 07/05/2014, “Animal Welfare Board of India v. Nagaraja and Ors.” Supr. Corte de Islamabad (Pakistán), 25/04/2020, “Islamabad Wildlife Management Board v. Metropolitan Corporation Islamabad & 4 others”, W.P. No.1155/2019.

⁹Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia 253-20-JH/22.

¹⁰Aunque no lo aplica al caso porque al momento de la sentencia Estrellita había fallecido.

¹¹Para ver una base de datos sobre la legislación al respecto de diversos países se puede visitar

sometidos al régimen de cosas. Más recientemente, Chile ha sido un ejemplo en la materia puesto que se había logrado incorporar un artículo en el proyecto de nueva constitución, finalmente no aprobado, para dotar de un estatus especial a los animales –“sujetos de especial protección”–. Un elemento común en los debates en sede judicial, legislativa y convencional es el foco en los argumentos ético-animistas –y ambientalistas– antes que en los de carácter político. Es decir, los derechos de los animales no politizan: nunca se habla de los animales como miembros de nuestras comunidades –o de las suyas soberanas–. Esto significa que se siguen usando los argumentos de la superposición de especies y de la relevancia moral –o apelando a la protección ambiental–. Pero ¿y si se tomara en serio el argumento de las obligaciones que aparece explícita o implícitamente en estas disputas? ¿Sólo quién puede contraer una obligación puede ser parte de la comunidad y, por lo tanto, tener derechos? Y, por último, ¿realmente podemos asegurar que los animales no pueden contraer obligaciones?

3. EL ARGUMENTO DE LAS OBLIGACIONES: ¿ES JURÍDICO O POLÍTICO?

En 2022 un juez de la provincia de Entre Ríos, Argentina, falló en un amparo¹² presentado por organizaciones ambientalistas y proteccionistas de los animales. El recurso judicial solicitaba la declaración de inconstitucionalidad de la caza de animales de especies nativas y la declaración de los animales afectados como sujetos de derecho. El juez aceptó parcialmente el amparo y declaró la inconstitucionalidad de la resolución que regulaba la caza, pero, en cuanto a la cuestión de los animales como sujetos de derecho dijo:

Nuestro régimen legal caracteriza al sujeto de derecho como aquel que tiene la capacidad de tener derechos, y considera a la capacidad como un atributo de la persona, y entendiendo por éstas a las personas humanas y, por vía de la ficción legal las personas jurídicas dado que a la corta o larga están necesariamente compuestas por personas humanas.

Es decir, el juez diferencia entre sujeto de derecho y persona humana y también diferencia entre capacidad y personalidad humana al notar que nuestro derecho reconoce la capacidad también a las personas jurídicas. Pero justifica su existencia en que están compuestas por personas humanas. Como vimos, la especie en sí misma no es un dato suficiente para atribuir o negar derechos o personalidad legal. Pero lo más relevante para el objetivo de este trabajo es lo que dice a continuación:

Persona y capacidad son conceptos que van unidos; y la capacidad se caracteriza por ser la aptitud de tener derechos, pero por el hecho de vivir en comunidad esta tiene un contrapunto que son las obligaciones derivadas básicamente de la existencia de otras personas que también tienen derechos. Y hete aquí un inconveniente que surge para confrontar a la tesis de considerar como sujetos de derechos a ciertos animales, esto es la dificultad de asignarles cuales son las obligaciones que tendrían en relación con otros sujetos de derechos sean humanos o no (énfasis mío).

El juez deja claro que la capacidad es tanto para gozar de derechos como para contraer obligaciones, o sea, que son dos capacidades diferentes. Sin embargo, no concibe la existencia de derechos por fuera de una comunidad y, por ello, según su razonamiento, nadie que no pueda tener obligaciones puede tener derechos. Por supuesto, en el caso humano esto no es así, como el mismo juez reconoce haciendo alusión al argumento de la superposición de especies:

<https://www.globalanimallaw.org/database/index.html>

¹²Fallo 7/7/2022 N° 11051 Centro para el Estudio y Defensa de las Aves Silvestres (CEYDAS) y otros c/ Superior Gobierno de la provincia de Entre Ríos s/ acción de amparo (ambiental).

Y ello se debe sostener aun cuando hay innumerables casos de personas que tienen derechos sin tener obligaciones exigibles como el menor de corta edad o, la persona con la capacidad restringida; pero en estos casos se somete esta restricción a plazo -por el aumento su edad- o a condición resolutoria -que se mantenga la interdicción-; y son incapacidades de hecho y relativas. Pero amén de ello, lo dicho no enerva que existan opiniones que aluden a una diversidad de supuestos, que parecen ser excepciones o casos dudosos, como el ya mencionado caso de los infantes, o puede bien sostenerse (como lo hacen algunos partícipes de la teoría de la subjetividad jurídica de los animales) que un mamífero adulto como un caballo, un perro o un delfín son más inteligentes o tienen mayor capacidad de comprensión y empatía que un niño recién nacido.

¿Cómo responde el juez al argumento de la superposición de especies? Recuérdese que, como él afirma, hay humanos que no pueden contraer obligaciones y ello no resulta óbice para considerarlos sujetos de derecho. Así, hay humanos y animales que no pueden contraer obligaciones pero ello arroja dos resultados diversos en función de su especie. Para solucionar esta incoherencia hay dos opciones: negarles entonces dicho estatus a los humanos incapaces de hecho, una solución que hoy resulta afortunadamente inaceptable, o bien asumir que no poder contraer obligaciones no puede ser un argumento para negar la personalidad legal. Sin embargo, el juez responde lo siguiente:

Pero todo ello no son un argumento válido dado que: 1º) la conceptualización es estructural, y lo particular no descaracteriza al sistema, de allí que tomar el nivel de inteligencia en determinado momento de las especies no es válido; de lo contrario se podría decir lo mismo de una computadora o de un robot de acompañamiento personal, dado que tiene más capacidad de razonamiento y de almacenamiento de información que un bebé, o que el mejor animal entrenado (o inteligente si se quiere). E incluso llevando a un extremo absurdo tal posición, podría establecerse un ranking con grados de personalidad, de los seres humanos y los animales, según su inteligencia o su sensibilidad; y esto no resulta posible dado que atribuir mayor o menor personalidad en función de estos caracteres importa ni más ni menos que adoptar un criterio supremacista que viola el principio de igualdad.

Su respuesta equivoca el punto al incorporar una nueva variante, la inteligencia. De forma acertada, el juez sostiene que la inteligencia no puede ser el criterio para establecer la personalidad ni mucho menos grados de ella. Pero esto sólo en el caso humano. Es decir, reconoce que la inteligencia no es relevante pero apela a ella de forma indirecta al referir a la capacidad de contraer obligaciones – ¿acaso se puede respetar una obligación sin algún grado de inteligencia?-. Ahora bien, en este mismo fallo se cita al civilista Sebastián Picasso (2015) para negar la personalidad legal a los animales. El trabajo referenciado ha sido ampliamente difundido como un ejemplo de argumentación contra la declaración de los animales como sujetos de derecho. Entre los argumentos clásicos contra esta posibilidad, ya suficientemente contestados, destaca la idea que me interesa discutir:

Ni que decir del hecho de que la personalidad jurídica no implica únicamente la existencia de derechos, sino también de obligaciones, con lo cual cabría preguntarse de qué modo lograremos que los animales, los bosques o las piedras acaten los mandatos del legislador. Este último punto es particularmente esclarecedor, porque nos conecta con otro serio inconveniente. Ya hemos dicho que la personalidad jurídica es una categoría técnica, y que por eso mismo no sería inconcebible que la ley la empleara respecto de los animales. Sin embargo, que tal cosa sea técnicamente posible no impide poner de resalto que a los animales los tiene sin cuidado las normas jurídicas, y que por más que establezcamos a su respecto derechos y deberes jamás podremos lograr que actúen con arreglo a ese esquema. Con razón decía Coviello que los animales son incapaces de tratar con nosotros y darnos a conocer sus determinaciones, por lo que no

puede haber sociedad entre el hombre y el animal, condición necesaria del derecho. En el mismo sentido, Arauz Castex señalaba que los animales son ajenos a la posibilidad de tener conducta, que es la materia del derecho (énfasis mío).

Esta cita, en parte reproducida textualmente en el fallo analizado, da cuenta de la ligazón entre derechos y obligaciones. La preocupación de Picasso es que los animales no podrán acatar los mandatos del legislador y que, en definitiva, lo que diga el derecho no les importa. Es más, también sostiene que nunca podrán formar sociedad con los humanos porque no realizan conducta. Esta argumentación tiene al menos dos problemas. Por un lado, los animales ya viven entre nosotros o bajo nuestra directa explotación. Afectamos sus vidas e incluso las gobernamos imponiéndoles nuestras normas sociales y también legales. El hecho de que no conozcan nuestro derecho, ni puedan hacerlo, algo que también se puede predicar de incontables humanos, no los deja al margen de las sociedades humanas. Aún más, como se desarrollará en la última sección, la idea de que los animales no respetan normas, no cumplen con obligaciones y no son capaces de colaborar, es algo que es fácilmente refutable cuando pensamos en la cantidad de normas que los animales domesticados aprenden, y respetan, al convivir en nuestras sociedades. Incluso se educa a animales como perros y cerdos para que busquen personas humanas u objetos y su trabajo no reconocido como tal es una colaboración indudable. La negación de que puedan darnos a conocer sus determinaciones y de que realicen conducta, por otra parte, es realizable sólo desde el desconocimiento de la ciencia de la etología y disciplinas como la filosofía de la mente (Krupenye y Call 2018) y el bienestar animal (Dawkins 2021) que refieren a la conducta animal y sus motivaciones (Ferrari, Lázaro y Tarzi 2018). Por último, los animales, en su detrimento, ya aportan a nuestra sociedad: sus cuerpos, fuerza de trabajo, apoyo y compañía.

El argumento de las obligaciones también aparece en otro caso resonante llevado adelante por *Nonhuman Rights Project*, el de Hércules y Leo, dos chimpancés mantenidos en cautiverio en un zoológico privado en los EEUU. El juez negó el habeas corpus de esta forma:

Para llegar a esta conclusión, el Tribunal, aunque señaló que la falta de precedentes para tratar a los animales como personas a efectos del hábeas corpus no ... pone fin a la investigación (id), razonó que la personalidad jurídica se ha definido sistemáticamente en términos tanto de derechos como de deberes (id. en 152 [énfasis en el original]), y determinó que la incapacidad de los chimpancés para asumir cualquier responsabilidad legal y deberes sociales los descalifica para recibir los derechos legales otorgados a los seres humanos (énfasis mío).¹³

Una vez más se está frente a la exigencia en cabeza del mismo individuo de asumir obligaciones para poder gozar de derechos. Como esto no se requiere en el caso humano, el juez tiene que recurrir a un argumento complementario, utilizado ya en primera instancia:

A menudo ... los argumentos a favor de los derechos de los animales proceden por analogía. En primer lugar, los seres humanos biológicos tienen derechos. En segundo lugar, los animales comparten muchas de las características de los seres humanos, al menos en menor grado. Por lo tanto, los animales tienen al menos algunos de los mismos derechos que los seres humanos. Obviamente, este argumento sólo funciona si las características compartidas son relevantes para la atribución de derechos; de lo contrario, la analogía pierde su fuerza Por tanto, extender el concepto de persona a los animales sólo indica que comparten características relevantes con los seres humanos y merecen derechos por ello. (Jens David Ohlin, Note, *Is the Concept of the Person Necessary for Human Rights*, 105 Colum L Rev 209, 222 [2005]). Este parece ser el argumento esgrimido por el peticionario, a saber, que a los chimpancés

¹³Supreme Court of The State of New York, New York County: IAS Part 12. In the Matter of a Proceeding under Article 70 of the CPLR for a Writ of *Habeas Corpus*, 2015.

se les deben conceder derechos acordes con sus capacidades, y que su autonomía y autodeterminación merecen el derecho a no ser detenidos ilegalmente y, en esa medida, el estatuto de persona jurídica. *Basándose en el llamado "contrato social" y en el derecho consuetudinario para determinar que los chimpancés están descalificados para recibir el estatus de persona jurídica, el Tercer Departamento en People ex rel Nonhuman Rights Project, Inc. v Lavery determinó, en efecto, que 26 [* 26] conceder a los chimpancés el estatus de persona jurídica es inapropiado, ya que son incapaces de asumir responsabilidades legales y deberes sociales (énfasis mío)*¹⁴

Si se reconstruyen los argumentos de estos casos vemos, incluso de forma explícita en el caso Hércules y Leo, la apelación a una idea de contrato social. Este contrato social fundamentaría, en última instancia, la exigencia de poder contraer obligaciones para gozar de derechos. Existen dos versiones del contractualismo: como teoría política de la legitimidad de la autoridad política o como teoría moral del origen o el contenido legítimo de las normas morales. Los referentes de la teoría política son Locke, Hobbes, Kant y Rousseau. Luego del declive de esta teoría, John Rawls (1971) vuelve a convertirla en una forma relevante de discutir sobre la justicia de las instituciones en los años setenta del siglo pasado. En cuanto al contractualismo en sentido moral, es decir, la idea de que las normas morales surgen de un acuerdo entre partes racionales, se trata de una idea que dejaré de lado en este trabajo. Entiendo que el énfasis en el problema de la comunidad, del respeto de las normas, de la incapacidad para cumplir con obligaciones y reglas, indica que más bien el argumento de las obligaciones tiene relación con la versión política de la teoría del contrato social. Además, ambas teorías no se implican mutuamente.

La teoría del contrato social que surgió en el SXVIII tuvo como objetivo central fundamentar el poder de los nuevos gobiernos que ya no se apoyaban en el derecho divino de los monarcas para gobernar. Es decir, el contrato social al que apelan los filósofos modernos es una construcción teórica que servía para explicar y justificar cómo surge una comunidad política. Por medio del contrato social se sale del estado de naturaleza, que distintos autores describen de maneras opuestas y, a pesar de la obligación que el contrato supone, su ventaja es que sirve para mejor protección de los derechos. Derechos que, hay que destacar, anteceden al contrato.¹⁵ Porque este contractualismo no es una forma de fundamentar los derechos sino de establecer cuándo el poder político es legítimo.¹⁶

Si bien en todas las versiones del contractualismo se ha supuesto que las partes son sujetos racionales y autorreflexivos capaces de deliberar, decidir y respetar pactos, eso no significa que no puedan incluir en ese pacto a otros sujetos incapaces de ello. Claro que entonces se afirma que los deberes que tengamos con ellos no surgirán de su valor intrínseco sino que tendremos deberes indirectos.¹⁷ Pero esto no tiene por qué ser un problema, también de esta forma algunos justifican los deberes que tenemos con otros humanos que no tienen estas capacidades. O bien lo hacen apelando a su pertenencia a la especie humana, aunque este argumento no es aceptable puesto que la sola pertenencia a la especie no tiene *per se* relevancia moral.

Hasta aquí, entonces, se puede decir que el contractualismo no serviría para negar que los animales puedan tener derechos porque, en definitiva, los derechos fundamentales, ligados a las obligaciones, no surgen en sí mismos del contrato social. Con esto alcanzaría para dejar de lado el argumento de las obligaciones apoyado en el contractualismo. Sin embargo, todavía se puede pensar en torno a este problema a partir de las relaciones entre el derecho y la política. Porque la cuestión del poder legítimo, que es lo que se busca establecer a través de la idea de contrato social, está estrechamente relacionada con el problema de la legitimidad del derecho. Brevemente, y siguiendo a Norberto Bobbio (1996), defino al poder político como “[. . .] el poder último (supremo

¹⁴Id.

¹⁵Con la quizás única excepción de Hobbes.

¹⁶Por supuesto, estoy presentando una simplificación de las teorías contractualistas. Pero no es posible detenerme en un desarrollo histórico o teórico más completo.

¹⁷Recientemente, Christine Korsgaard presentó una obra defendiendo desde una posición kantiana los deberes directos respecto de los animales: *Fellow Creatures. Our Obligations to the Other Animals*. Oxford: Oxford University Press, 2018.

o soberano) sobre una comunidad de individuos en un territorio” (157). El filósofo distingue a este poder de otros, como el económico y religioso, por el medio que utiliza: la fuerza. Esta descripción carece de la dimensión evaluativa y, en efecto, se dijo que la idea de contrato social está en parte dirigida a justificar el poder político. En esta búsqueda de legitimidad aparece el derecho. Las relaciones entre derecho y política son múltiples. Aunque el esfuerzo por separar ambos ámbitos ha sido importante, la interdependencia es innegable. Bobbio (1996) señala dos momentos de contacto:

Cuando por derecho se entiende el conjunto de las normas, u orden normativo, en el que se desenvuelve la vida de un grupo organizado, la política tiene que ver con el derecho bajo dos puntos de vista: en cuanto la acción política se lleva a efecto a través del derecho, y en cuanto el derecho delimita y disciplina la acción política (170-171).

El poder político legítimo se lleva adelante por medio del derecho y éste necesita del poder político para tener efectividad. La legitimidad, distinta de la mera efectividad, la otorga el derecho. Precisamente porque el cumplimiento del derecho de parte de gobernados y gobernantes involucra la obediencia y aceptación de las normas emanadas por el poder político, es decir, se trata de un comportamiento de carácter moral en última instancia. Cuándo se debe cumplir con las normas jurídicas, en suma, es una cuestión normativa: política y ética. Desde un punto de vista contractualista, se justifica cumplir con estas normas si son las que se hubieran elegido para salir del estado de naturaleza o, en la versión rawlsiana, en la posición originaria. En definitiva, los problemas jurídicos, como quién tiene derecho a qué, por qué debemos obedecer el derecho, la existencia de un derecho a desobedecer, cuándo el derecho es injusto, cuál es la diferencia entre poder legal y poder legítimo, quiénes tienen obligación de obedecer qué, y cómo se distinguen las comunidades políticas, no se dan en un vacío. Siempre se dan en un contexto político.

Y creo que son todos estos aspectos los que los jueces tienen presentes, de forma más o menos articulada, al momento de decidir si los animales pueden ser sujetos de derecho. De alguna forma intuyen que, si declaran sujetos de derecho a los animales, estarían haciendo algo más: estarían reconociendo que son miembros de la comunidad política, tendrían derechos pero no podrían cumplir con obligaciones. Y esa incapacidad para cumplir obligaciones les resulta un obstáculo para considerarlos parte de la comunidad, aun cuando en el caso humano no lo sea a nivel de la regulación legal. Una vía posible, y ya explorada, en relación con la fundamentación del derecho y la política en función de la metáfora del contrato social es la de rechazar el contractualismo por estos problemas para justificar la inclusión de humanos -y animales- que no pueden obligarse por sí mismos. Pero no es el objetivo de este trabajo ahondar en esta línea. La idea de las obligaciones es una idea persistente y basal para pensar cualquier comunidad. Además, de lo que se trata es de tomar en serio esta idea. Por eso, quiero explorar las ideas de Donaldson y Kymlicka respecto de la ciudadanía en general y de la ciudadanía animal, en particular, y de los distintos grupos de animales a los que aplicaría. Porque su idea central desafía la presuposición que vimos en los fallos, y en debates doctrinarios, sobre que los animales no pueden participar en la sociedad. Que, como mucho, son objetos de especial protección, cuidado, o una entidad intermedia. En la siguiente sección, entonces, exploraré las ideas de Donaldson y Kymlicka para usarlas como “salida por arriba” del laberinto de la capacidad/racionalidad como obstáculo para considerar a los animales sujetos y ciudadanos capaces de cumplir obligaciones y contribuir a la sociedad.

4. BESTIAS INGOVERNABLES O SUMISOS INDIGNOS. LOS ANIMALES COMO SUJETOS CON AGENCIA EN LA TEORÍA DE DONALDSON Y KYMLICKA

En su trabajo “Unruly beasts: animal citizens and the threat of tyranny”, Donaldson y Kymlicka (2014) responden a una crítica recibida a la propuesta de extender la ciudadanía a los animales domesticados. La autora a la que responden, Emma Planinc (2014), rechaza en su artículo “Democracy, despots and wolves: on the dangers of Zoopolis’ animal citizen” la idea de que los

animales domesticados sean considerados ciudadanos. Pero sólo rechaza la tercera función de la ciudadanía que describen Donaldson y Kymlicka: la de la agencia política expresada en la participación democrática en la elaboración de las normas comunes. Y su rechazo espeja los argumentos que aparecen en el campo jurídico: los animales no pueden contraer obligaciones ni respetar norma alguna. En suma, si los animales fueran considerados ciudadanos, aquellas virtudes que hacen a la democracia, como la deliberación racional, el cumplimiento de las normas por vía de la abstención de los impulsos, y la capacidad de establecer límites consensuados, caerían en desgracia. No obstante, Planinc sí acepta que los animales domesticados gocen de las otras dos funciones de la ciudadanía que se exponen en *Zoopolis*: asegurar el derecho a ser parte de una comunidad política y la de “soberanía popular”, es decir, que las normas también tienen que tener en cuenta los intereses de los animales domesticados.

Ahora bien, cabe desarrollar brevemente las ideas expuestas en *Zoopolis* y el trabajo que responde a las críticas de Planinc antes de poder argumentar por qué son relevantes para los debates jurídicos. En primer lugar, Donaldson y Kymlicka toman como base de su teoría los desarrollos de la ética animal que rechaza el especismo y postulan que todos los animales sintientes, debido a esa capacidad subjetiva, deben ser reconocidos como sujetos de derecho con tres derechos fundamentales: a la vida, a la integridad física y psíquica y a la libertad. Esa posición es la que denominan “teoría tradicional de los derechos animales”. No obstante tomarla de base, los autores harán una crítica a sus límites por varias razones: por su falta de imaginación para pensar un mundo de relaciones justas con los demás animales, por la presunción de que es posible, y deseable, que animales y humanos vivamos en espacios separados y por su excesivo énfasis en las obligaciones de abstención para los humanos y los derechos negativos para los animales. Por último, un problema significativo que detectan en la teoría tradicional es que no hay mayores especificaciones respecto de cómo implementar los derechos frente a una diversidad enorme de situaciones. Una teoría así de general no puede dar cuenta de las diferencias que hay entre una paloma que vive en una plaza, un cerdo en una explotación intensiva, un perro viviendo con humanos o de una gacela viviendo en la selva.

Todos estos límites de la teoría tradicional son objeto de las ampliaciones que proponen Donaldson y Kymlicka por medio de la utilización de la teoría política para el caso de los animales sintientes. Así, el primer movimiento que hacen es dividir a los animales en grupos (que no son estancos y cuyas especies no forman parte exclusiva y excluyente de cada uno): domesticados, salvajes y liminales. Los domesticados, que son aquellos que han sido deliberadamente criados por siglos para vivir en cercanía de los humanos, y ser explotados de diferentes formas, son los animales que deberían obtener la ciudadanía en nuestros estados. Y esto porque los animales domesticados, por la misma historia y proceso de domesticación, tienen características que los hacen especialmente aptos para la convivencia con humanos. De múltiples formas, los animales domesticados cumplen con las normas humanas, se adaptan, aprenden y cooperan con nosotros. En parte, eso es producto de la selección de características como la docilidad y la tolerancia a la novedad. Pero también es en parte producto de las capacidades de estas especies para interactuar en base a los sentimientos y tendencias prosociales así como de las habilidades cognitivas que poseen.

Sin embargo, no es sólo una cuestión de capacidades para cumplir con normas y convivir, algo que ya hacen los animales domesticados. La propuesta de considerarlos sujetos de derecho y ciudadanos de nuestras comunidades se basa en el hecho de que se trata de especies que, por lo menos en lo inmediato, no tienen un hábitat al que volver. Vacas, cerdos, caballos, gatos y demás especies domesticadas, no tienen hoy un ambiente “natural” al que volver. Y, en muchos casos, tampoco sobrevivirían sin asistencia humana –al menos, temporal–. La ciudadanía para esta categoría supone, además de los derechos fundamentales comunes a todas las otras dos, un esquema que incluye más derechos pero también obligaciones. En cuanto a los derechos que se ganarían con la ciudadanía cuentan, por ejemplo, la protección efectiva del derecho a la vida –de los ataques de otros animales y también de humanos–, el acceso a la salud y a un refugio adecuado, uso del espacio público y derecho a moverse. Pero estos derechos también suponen algunas obligaciones, entre ellas la de la socialización para poder convivir en sociedades

interespecies. Esta socialización, que hoy ocurre en distintas versiones y siempre pensando en los intereses humanos, muchas veces asumiendo formas crueles y degradantes, es también un derecho que permitirá a los animales entender a los humanos. Aunque también nosotros deberemos aprender a hacerlo. Además, al menos al principio, habrá un control sobre sus derechos reproductivos. Lo más destacable, no obstante, es que la propuesta no hace más que reconocer todo lo que los animales domesticados ya hacen: se auto restringen, aprenden a comportarse en distintos escenarios, respetan normas, colaboran, comunican sus preferencias y se auto-regulan. Además, por supuesto, en la mayoría de los casos son explotados.

Los animales salvajes son aquellos que no han sido objeto de manipulación humana y que no desean, en general, vivir entre nosotros. Aunque viven libres, y la libertad es su derecho básico, afectamos sus vidas de múltiples maneras: caza, invasión de sus territorios, capturas. Estos animales, según los teóricos, deberían ser considerados ciudadanos, pero de sus propios territorios. Y esto porque no nos necesitan para llevar adelante sus vidas, como sí es el caso de los animales domesticados. En primer lugar, entonces, nuestro deber es respetar la soberanía de sus territorios que, dada la presencia humana extendida a casi todas las áreas del planeta, será compartida en la mayoría de los casos. Las intervenciones humanas en su interés, de acuerdo con *Zoopolis*, sólo se requieren en casos puntuales: casos individuales y casos de “estado fallido” en que peligra la continuidad de la comunidad soberana si no se interviniera. Los animales salvajes cuyos derechos fueron violados porque están en cautiverio, como Sandra y Cecilia, o Hércules y Leo, están en una situación especial. Ya no pueden ser liberados en su hábitat, sino que requieren asistencia humana para sobrevivir por los daños psíquicos que causó el cautiverio. Entonces, en tal caso, estamos en un escenario que los asemeja a los domesticados. Hay una responsabilidad humana por sus vidas. Las categorías son flexibles y siempre deben comprenderse a la luz del respeto de los derechos fundamentales de los animales.

Por último, los animales liminales son todos aquellos que, de origen domesticado o salvaje, viven entre nosotros en las ciudades, pero de forma libre y sin depender de manera inflexible de nadie en particular. Diferentes razones han operado para que estas especies vivan, y hasta florezcan como tales, en ambientes urbanos: colonización de sus espacios y desplazamiento forzado, utilización del territorio que antes era de ellos, contaminación de sus hábitats, comensalismo, sinantropismo, abandono o escape en entornos urbanos (Kojusner 2022, Pérez Pejčić 2020). Para los autores, estos animales olvidados por la teoría tradicional, necesitan un esquema de protección lo suficientemente flexible para no perder su capacidad de autogobernarse y, por ello, establecen que su estatus político debe ser el de residentes: con derechos básicos pero sin obligaciones como las de los domesticados.

Ahora bien, nótese que los autores refieren a las obligaciones -de los domesticados que son los que tendrán derecho a ser co-ciudadanos- y no sólo a los derechos. Antes se dijo que las funciones de la ciudadanía que se describen en *Zoopolis* son tres:

1. Otorgar una nacionalidad: que asegura la pertenencia al territorio de un estado.
2. Fundar la idea de soberanía popular: que implica ser parte del “pueblo” en nombre de quién se gobierna.
3. Garantizar la agencia política democrática: la función con la que actualmente se identifica casi exclusivamente a la ciudadanía, la de garantizar el derecho a participar en la democracia de forma activa.

Es precisamente esta última función de la ciudadanía, como participación que requiere de la capacidad de deliberar, cumplir con normas y obligaciones, la que muchos autores,¹⁸ entre otros Planinc, sostienen que es imposible de aplicar a los animales. Es decir, también utilizan el argumento de las obligaciones pero para la extensión de la ciudadanía. En “Unruly beasts. . .”,

¹⁸Otros autores, en cambio, creen que es perjudicial para los animales ser parte de nuestras sociedades porque se les restringen mucho sus libertades a cambio de garantizarles derechos.

Donaldson y Kymlicka (2014), contestan a estas objeción. En primer lugar, describen los dos lugares comunes respecto de los animales domesticados -algo que se debería extender también a los animales improntados o en cautiverio por largos períodos o generaciones. Los animales son considerados o bien “bestias ingobernables”, incapaces de obedecer, de colaborar, de convivir o de entendernos. O bien, por otra parte, los animales se ven como “seres sumisos y dependientes”, obedientes al punto de ser incapaces de resistir las órdenes y situaciones que los oprimen y los llevan a la muerte. De hecho, estas dos imágenes también están presentes en la literatura tradicional de los derechos animales. Por un lado, a veces se observa una exaltación de la “animalidad” en términos de ingobernabilidad, irracionalidad y conexión con los instintos naturales que los humanos deberíamos recuperar. Por el otro, la visión de los animales sumisos, meros artefactos artificiales hechos por los humanos, aparece en la propuesta de que los animales domesticados, en tanto dependientes y obedientes, no tienen dignidad y siempre serán susceptibles de relaciones de opresión, ergo, hay que propender a su extinción por medio de su no reproducción. Pero Donaldson y Kymlicka no creen que estos lugares comunes realmente representen las complejas vidas de los animales domesticados (ni de muchas otras especies).

Es particularmente importante entender que los animales domesticados, y los animales que han pasado sus vidas en cautiverio, incluso nacido por generaciones en zoológicos, forman parte de nuestras sociedades, cumplen con nuestras normas, viven bajo nuestra tiranía y aportan de muchas maneras (forzadas en la mayoría de los casos). Y lo hacen en modos similares a cómo lo hacemos los humanos en la mayoría de las ocasiones: no reflexiva, impulsados por el ambiente social y por la socialización. La generalidad de las veces, los humanos cumplimos con las normas legales, sociales y morales de forma acrítica, sin siquiera pensar en ellas. Por supuesto que tenemos la capacidad de reflexionar racionalmente sobre ellas, y esto es importante y necesario porque muchas normas son injustas. No habría progreso moral sin esta posibilidad. Pero casi nunca actuamos de esa forma. En este sentido, los animales también cumplen con las normas en múltiples casos. Incluso los animales en los zoológicos son entrenados para que colaboren y se dejen realizar estudios y pruebas así como para poder manipular sus entornos -o bien para realizar espectáculos-. También los animales explotados en circos y otros espectáculos aprenden rutinas muy complejas, cumplen órdenes y tienen obligaciones. Y, en definitiva, todos los animales domesticados contribuyen a la sociedad con sus cuerpos, fuerza de trabajo, sentidos de los que carecemos y también con su compañía. Estos son hechos que sirven para fundamentar la necesidad no sólo de ser considerados sujetos de derecho sino de reconocer plenamente su presencia a través del arraigo político de ese carácter: como ciudadanos.

Por lo demás, un énfasis excesivo en el intelectualismo, sostienen Donaldson y Kymlicka (2014) en “Unruly beasts. . .” y otros trabajos (2014, 2017), nos hace olvidar que también nosotros, en tanto animales, actuamos en base a emociones básicas y la tendencia al comportamiento prosocial. Igualmente, explican los límites de la metáfora del contrato social para incluir a los niños y personas con dificultades mentales severas. Al respecto, señalan cómo la teoría de la ciudadanía para los niños y para las personas con graves problemas mentales iluminó los límites de considerarlos meros sujetos pasivos de cuidados e incapaces de moldear la vida democrática y de participar activamente. Las adaptaciones necesarias para permitir que las personas con padecimientos mentales y los niños, cada uno con sus experiencias vitales propias, requieran tomarnos en serio su ciudadanía en los tres niveles mencionados. Y, sobre todo, en el último, para poder reconocer cómo también pueden elaborar las normas sociales que nos rigen. En este sentido, sostienen Donaldson y Kymlicka, los animales domesticados, y todos aquellos que se encuentran en una situación similar, deberían ser considerados ciudadanos. En definitiva, los animales domesticados, y los animales que explotamos en zoológicos, por ejemplo, ya viven en nuestra sociedad, ya cumplen con nuestras normas de forma voluntaria o forzada, ya colaboran con nosotros -de forma forzada o no-, ya tenemos lazos con muchos de ellos, ya se los considera incluso judicialmente¹⁹ parte de la familia (Suárez 2017) y, fundamentalmente, pudiendo hacernos daño²⁰ la más de las veces optan por no hacerlo.

¹⁹B., N. A. c/ P., R. J. s/ Violencia Familiar”, Exp. No 10022/2021-1, Argentina.

²⁰Esto no significa atribuirles responsabilidad moral como lo hacemos con los humanos adultos imputables. No obstante, la dicotomía agente moral/paciente moral está puesta en crisis en el caso de los animales para reconocerles

Una última consideración, en línea también con lo que sostienen Donaldson y Kymlicka en relación con los académicos aferrados a las imágenes de “bestias ingobernables” o “seres sumisos y dependientes”, pero esta vez para el campo jurídico. Jueces y juezas, legisladores, convencionales y funcionarios discuten muchas veces sobre los animales y sus capacidades afirmando proposiciones de hecho que hace ya largo tiempo han sido refutadas. Resulta increíble que en el SXXI los jueces, y abogados en general, todavía nieguen la inteligencia animal y sus capacidades cognitivas así como que desconozcan las especialidades a las que recurrir para poder comprender sus capacidades y necesidades. No sólo necesitamos argumentos morales, jurídicos y políticos. También necesitamos, y mucho, una formación adecuada en temas básicos de biología y etología. Al menos para dejar de asimilar la vida sintiente con la vida que no lo es.

5. CONCLUSIONES

Sostuve que el argumento de las obligaciones se apoya en una idea de carácter político: una versión del contractualismo. Esta teoría política, orientada a explicar y fundamentar el poder político de los nuevos gobiernos no monárquicos, sigue teniendo vigencia. A pesar de las muchas críticas que ha recibido, sobre todo por sus problemas para incluir a quienes no pueden deliberar racionalmente ni cumplir con obligaciones, aún predomina en el campo de la investigación política y tiene peso en el campo jurídico. Como se dijera, esta idea está presente en fallos y también en los debates sobre la declaración de los animales como sujetos de derecho. El contractualismo tiene además mucho peso porque forma parte de las respuestas a preguntas centrales del derecho: cuándo el derecho es legítimo, cuándo tenemos una obligación moral de obedecerlo, quién es parte de la comunidad política y qué derechos tienen quiénes.

En lugar de rechazar esta teoría, en este trabajo tomé en serio la idea de que para ser sujeto de derecho hay que ser capaz de contraer obligaciones y no sólo poder gozar de los derechos. A pesar de que es una idea insostenible en el plano de la regulación jurídica, es necesario revisarla con exhaustividad. Entonces, en vez de negar la importancia de las obligaciones, de lo que se trató es de demostrar cómo los animales domesticados (y los salvajes que ya no están en condiciones de vivir en libertad) ya forman parte de nuestras sociedades. No sólo son sujetos pasivos de nuestras normas morales, sociales y legales. También participan activamente, comunican sus intereses, respetan normas y aprenden a convivir con nosotros. Son víctimas históricas de las sociedades humanas, que se han beneficiado, y continúan haciéndolo, sometiéndolos a la más violenta de las tiranías. Reconocer a los animales significa, entonces, reconocer también sus capacidades de cumplimiento y otorgarles el estatus jurídico adecuado: la personalidad legal arraigada en un territorio político.

BIBLIOGRAFÍA

- Bobbio, Norberto. *El filósofo y la política. Antología*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1996.
- Broom, Donald. *Sentience and Animal Welfare*. Croydon: Cabi, 2014.
- Browning, Heather y Birch, Jonathan. “Animal Sentience”, *Philosophy Compass*, vol. 17, no. 5 (2022) p. e12822, <https://doi.org/10.1111/phc3.12822>. Visitado el 14 de Diciembre de 2023.
- Cochrane, Alasdair. *An Introduction to Animals and Political Theory*. New York: Palgrave Macmillan, 2010.
- Dawkins, Marian. *The Science of Animal Welfare. Understanding What the Animals Want*. Oxford: Oxford University Press, 2021.
- Donaldson, Sue y Kymlicka, Will. *Zoopolis. A Political Theory of Animal Rights*. New York: Oxford University Press, 2011.

mayor capacidad de agencia. Ver Rowlands, Mark. “¿Pueden los animales ser morales?”, *Dilemata*9 (2012). 1-32.

- Donaldson, Sue y Kymlicka, Will. "Animals in Political Theory". *Oxford Handbook of Animal Studies*, ed. Linda Kalof. New York: Oxford University Press, 2014. 43-64.
- Donaldson, Sue y Kymlicka, Will. "Unruly beasts: animal citizens and the threat of tyranny", *Canadian Journal of Political Science* 47(2014): 23-45.
- Ferrari, Héctor R.; Lázaro, Laura; Tarzia, Carolina Emilse. *Las cuatro preguntas de Tinbergen: un marco teórico y procedimental para el estudio del comportamiento*. - 1a ed. - La Plata: Universidad Nacional de La Plata, 2018. Libro digital, PDF - (Libros de cátedra) Archivo Digital: descarga y online ISBN 978-950-34-1717-1
- Haynes, Richard. *Animal Welfare. Competing Conceptions and their Ethical Implications*. New York: Springer, 2008.
- Kojusner, Nuria. "Control ético de población y convivencia responsable con especies liminales. El desafío de las palomas urbanas para el bienestar animal", *Revista Latinoamericana de Estudios Críticos Animales I* (2022).
- Korsgaard, Christine. *Fellow Creatures. Our Obligations to the Other Animals*. Oxford: Oxford University Press, 2018.
- Krupenye, Christopher, and Josep Call. "Theory of mind in animals: Current and future directions", *Wiley interdisciplinary reviews. Cognitive science* 10,6 (2019): e1503. doi:10.1002/wcs.1503 Visitado el 2 de Marzo de 2023.
- Kymlicka, Will y Donaldson, Sue. "Inclusive Citizenship Beyond the Capacity Contract", *The Oxford Handbook of Citizenship*, Ayelet Shachar and others (eds). Oxford: Oxford University Press, 2017. 863-880.
- Montes Franceschini, Macarena. "Animal Personhood: The Quest for Recognition", *Animal & Natural Resource Law Review XVII* (2021): 93-150.
- Pérez Pejčić, Gonzalo. "Materiales para defender a los animales liminales", *Revista Latinoamericana de Estudios Críticos Animales, II* (2020). 21-84.
- Picasso, Sebastián. "Reflexiones a propósito del supuesto carácter de sujeto de derecho de los animales. Cuando la mona se viste de seda", *La ley* 16/04/2015. Cita online AR/DOC/114472015, 1-13.
- Planinc, Emma, "Democracy, despoists and wolves: on the dangers of Zoopolis' animal citizen", *Canadian Journal of Political Science* 47:1 (2014) 1-21.
- Rawls, John. *A Theory of Justice*. Cambridge: The Belknap Press. 1971.
- Rowlands, Mark. "¿Pueden los animales ser morales?", *Dilemata* 9 (2012). 1-32.
- Sagoff, Mark. "Animal Liberation and Environmental Ethics: Bad Marriage, Quick Divorce". *Osgoode Hall Law Journal* 22.2, 1984: 297-307.
- Smith, Kimberly. *Governing Animals. Animal Welfare and the Liberal State*. New York: Oxford University Press, 2012.
- Suárez, Pablo. "Animales, Incapaces y Familias Multi-especies", *Revista Latinoamericana Estudios Críticos Animales IV(II)* (2017). 58-84.

¿"En la medida de lo posible"?: La autodeterminación mapuche como un imposible jurídico

"To the extent possible"?: Mapuche self-determination as a legal impossible
"Na medida do possível"?: A autodeterminação mapuche como impossível jurídico

Jorge Aillapán Quinteros 
Universidad Adolfo Ibáñez, Chile

Resumen

En el presente ensayo, el autor cuestiona las posibilidades jurídicas reconocidas al sujeto indígena para autodeterminarse. Específicamente, y tratándose del pueblo mapuche, ello implica que la autonomía y autodeterminación territorial deviene en un imposible toda vez que, en términos individuales, el sujeto indígena es considerado un "incapaz". En términos colectivos, ocurre otro tanto, debido a la negación de su capacidad nomogenética frente al Derecho hegemónico, impidiéndole su autorregulación. En consecuencia, si bien la legislación chilena como la normativa internacional sobre derechos humanos declaran que tolerarán la autonomía y autodeterminación indígena "en la medida de lo posible", en la práctica deviene en un imposible, transformando dichas normas en meras declaraciones programáticas.

Palabras clave: Mapuche, indígena, autonomía, autodeterminación, vulnerabilidad.

Abstract

In this essay, the author questions the legal possibilities recognized for the indigenous subject to achieve self-determination. Specifically, and in the case of the Mapuche people, this implies that territorial autonomy and self-determination becomes impossible because, individually, the indigenous subject is considered "incapable". In collective terms, the same thing occurs, due to the denial of its nomogenetic capacity against hegemonic Law, preventing its self-regulation. Consequently, although Chilean legislation and international human rights regulations declare that they will tolerate indigenous autonomy and self-determination "to the extent possible", in practice it becomes impossible, transforming said regulations into mere programmatic declarations.

Keywords: Mapuche, indian, autonomy, self-determination, vulnerability.

Resumo

Neste ensaio, o autor questiona as possibilidades jurídicas reconhecidas aos indígenas à autodeterminação. Especificamente, e no caso do povo mapuche, isso implica que a autonomia e a autodeterminação territorial se tornam impossíveis, uma vez que, em termos individuais, o sujeito indígena é considerado um "incapaz". Em termos coletivos, o mesmo ocorre, devido à negação de sua capacidade nomogenética frente ao direito hegemônico, impedindo sua autorregulação. Consequentemente, embora a legislação chilena e o direito internacional dos direitos humanos declarem que tolerarão a autonomia e a autodeterminação indígenas "na medida do possível", na prática isso se torna impossível, transformando essas normas em meras declarações programáticas.

Palavras chave: Mapuche, indígena, autonomia, autodeterminação, vulnerabilidade.

DOI: [10.5281/zenodo.8194062](https://doi.org/10.5281/zenodo.8194062)

*Contacto: abogado@aillapan.cl Doctor en Derecho. Se ha desempeñado como asesor, en materias indígenas, durante el proceso constituyente impulsado por la ex presidenta Michelle Bachelet (2016), y en la ex Convención Constitucional (2021-2022). Actualmente, su línea de litigación e investigación es la desposesión territorial -tanto campesina como mapuche- y el reconocimiento jurisprudencial del denominado 'título indígena'.

1. INTRODUCCIÓN

En Argentina, la cuestión territorial mapuche ha transitado –en pocos meses– desde el optimismo y esperanza, hacia el descrédito y desazón. En efecto, hacia principios del 2022 sorpresa generó una sentencia judicial en la que se reconoció el despojo y la desposesión territorial sufrida por una comunidad, en la zona de Bariloche.¹ En contraste, en abril de 2023, la Cámara de Diputados de Mendoza ha declarado al mapuche como “un pueblo originario no argentino”, con el objetivo de impedirle alegar preexistencia y reclamar posesión ancestral sobre sus territorios usurpados.²

En Chile –y a diferencia del vecino país–, no existe jurisprudencia que reconozca el despojo y la desposesión territorial. Se intentó que esto quedara a nivel constitucional, en el borrador del año 2022³ sin embargo resultó ser una de las normas más rechazadas por quienes se movilizaron contra la aprobación de una nueva Constitución Política. Por el contrario, en lo que sí compartimos experiencia con Argentina, es precisamente en la negación de la demanda territorial. De hecho, lo que ocurre en la discusión constitucional actual no es más que la continuidad del histórico negacionismo contra de la posesión ancestral sobre estos territorios, inclusive, alegando la “extranjería” del mapuche.⁴

Desde mediados del siglo pasado que se viene haciendo hincapié en que el término “indio” o “indígena” no denota ningún contenido específico de los grupos que abarca, sino que se trata de una categoría social diseñada para caracterizar la particular relación de éstos con otros sectores del sistema social global del que forman parte. Explícitamente, “denota la condición de colonizado y hace referencia necesaria a la relación colonial” (Bonfill Batalla 1972 110), aunque no reducida solamente al período clásicamente conocido como tal, sino que incluyendo el “colonialismo interno” (Dussel 1994 7-8) que caracteriza a las sociedades latinoamericanas contemporáneas y, en donde, el Estado –monista o pluralista, en términos nacionales– reclama dominio y/o paternidad sobre “sus” indios. En este contexto, la legislación sobre pueblos indígenas –y sus políticas derivadas– buscaría empoderar a estos pueblos aunque podemos comprobar que, en la práctica, ello no ocurre pues apenas sirve para socorrer y regular indiferenciadamente las condiciones de vida de aquellos. El mismo Stavenhagen reconocía que los pueblos indígenas, históricamente, han tenido que confiar en acciones paternalistas de los gobiernos para enderezar entuertos o para obtener financiamiento que pudiera mejorar sus condiciones de vida, incluso si estas políticas fuesen abiertamente asimilacionistas, tal como ocurrió con la primera legislación internacional en la materia (Stavenhagen 1989 41-42). Y si bien, hoy se suele destacar el abandono de dicha perspectiva asimilacionista, el trato paternalista hacia los pueblos indígenas persiste, entorpeciendo el debido ejercicio de su autonomía y su derecho a la autodeterminación.

Entonces, y teniendo en consideración lo anterior, con el presente ensayo pretendo motivar la reflexión en aras de una debida contextualización jurídica de la autonomía y autodeterminación mapuche en Chile y la clarificación de algunos conceptos que naufragan en el inmenso mar de las Ciencias Sociales. En específico, propongo reconsiderar aquel dogma en cuya virtud la autodeterminación indígena será tolerada solo “*en la medida de lo posible*” (art. 7.1 Convenio N° 169 OIT 1989). Evidentemente, por las características del texto, no vengo en aportar ni una

¹Nos referimos a la comunidad “Ranquehue”, al oeste de Bariloche. Cfr. <https://www.rionegro.com.ar/politica/region/la-justicia-federal-ordeno-al-gobierno-nacional-entregar-el-titulo-de-propiedad-a-una-comunidad-mapuche-en-bariloche-2143426/>, visto el 18 de mayo de 2023, a las 16:35 horas de Chile continental.

²Sobre la noticia y contexto, cfr. <https://www.pagina12.com.ar/536070-mendoza-el-gobernador-suarez-quiere-avanzar-con-su-ley-antim/>, visto el 10 de abril de 2023, a las 10:35 horas de Chile continental.

³No obstante lo parsimonioso de su redacción final. Señalaba el art. 79 del borrador constitucional de 2022: “1. El Estado reconoce y garantiza, conforme con la Constitución, el derecho de los pueblos y naciones indígenas a sus tierras, territorios y recursos. 2. La propiedad de las tierras indígenas goza de especial protección. El Estado establecerá instrumentos jurídicos eficaces para su catastro, regularización, demarcación, titulación, reparación y restitución. 3. La restitución constituye un mecanismo preferente de reparación, de utilidad pública e interés general. 4. Conforme con la Constitución y la ley, los pueblos y naciones indígenas tienen derecho a utilizar los recursos que tradicionalmente han usado u ocupado, que se encuentran en sus territorios y sean indispensables para su existencia colectiva”.

⁴Como postuló, hacia principios del siglo XX, el arqueólogo Ricardo E. Latcham, para quien el pueblo mapuche habría migrado desde Argentina hacia Chile.

metodología original ni unos resultados investigativos exhaustivos, sino solo a abrir espacios de discusión, mediante la proposición de una hipótesis vinculada a la pretendida capacidad nomogenética de nuestro pueblo, reivindicación que constituye un denominador común en el discurso político e intelectualidad mapuche de las últimas tres décadas. En efecto, mi hipótesis –acaso la más básica y general, en este ámbito–, dice relación con la posibilidad de poner en práctica la nomogénesis mapuche y autodeterminarse políticamente dentro de los márgenes de la actual y futura estructura constitucional chilena en ciernes. No es que el argumento de la ruptura, independencia política o secesión territorial se encuentren ya superados o descartados, no. Sin embargo, la *realpolitik* nos obliga a guiarnos dentro un marco jurídico y político sumamente parsimonioso que comprende fundamentalmente a la ley N° 19.253 y sus políticas indígenas derivadas. Y el panorama es aun más desalentador porque los mismísimos antecedentes internacionales, provenientes del ámbito de los derechos humanos, confirman que la autodeterminación de los pueblos indígenas será tolerada solo “*en la medida de lo posible*”, por ello que no sorprenda que la nomogénesis de éstos sea constantemente soslayada o derechamente negada por el Derecho hegemónico, ora nacional, ora internacional.

Para el caso Mapuche, se ha constatado ya la dicotomía entre aquellas reivindicaciones de tipo “cultural” versus las “políticas” o “nacionalitarias” (Marimán Quemenado 2012 24-25). Frente a este panorama, una opción sería considerar que los avances en el reconocimiento y promoción de la lengua mapuche, la medicina tradicional o el día de los pueblos indígenas, constituyen expresiones suficientes o –en el mejor de los casos– iniciales “*de lo posible*”, esto es, estados previos para un futuro reconocimiento de la autonomía, autogobierno y control territorial indígena (Papadópolo 1995 64). Al contrario, la hipótesis que hoy ofrezco plantea que la frontera “*de lo posible*” no alcanza jamás a envolver lo político, sino que solo cubre aquellas expresiones de tipo “folkloricas” o “culturales” que caracterizan a los indígenas; expresiones que no implican autodeterminación, sino simple autogestión reconocida a éstos en cuanto colectivos o “grupos intermedios” chilenos (Sierra 2003 24). ¿Por qué?, desde luego porque tras la conquista e invención de América la guerra aniquiló las posibilidades de autodeterminación y capacidad nomogenética de los pueblos indígenas colonizados, debiendo someterse en adelante a la normativa dictada por el imperio español. Y cuando el argumento de la fuerza se hizo insostenible, la piedad y la razón ilustrada dictaron que los indios eran amentes e incapaces de autodeterminarse, por eso la necesidad de dotarlos de tutelaje y patronato, cuidando de ellos tal como se hacía con los niños y, en general, con las personas que no pueden valerse por sí mismas. Lo curioso –o preocupante, más bien– es que esta dialéctica con los pueblos indígenas continúa invariable; claro, ahora bajo nuevos y sofisticados argumentos que dan sustento a las políticas indigenistas contemporáneas, manteniendo el control del destino y vida de aquellos (González Galván 1993 71). La nomenclatura ha cambiado; ya no se habla de bárbaros, sino de “grupos vulnerables”, es decir, seres humanos que poseen una historia, folklore y cultura de incalculable valor y funcionalidad en la formación de las naciones, pero que lamentablemente siguen siendo incapaces de autodeterminarse y alcanzar, por sí mismos, los estándares de desarrollo político, económico y jurídico fijados por el imperialismo occidental contemporáneo, de ahí que necesiten de interlocutores, intermediarios o representantes entre ellos y las élites criollas latinoamericanas para insertarse en la comunidad nacional.

Para la exposición de mis argumentos, he dividido este ensayo en dos secciones, más una conclusión. En la primera sección –“El derecho a la autodeterminación”– realizo un breve recuento de los orígenes del reclamo y reconocimiento del derecho a la autonomía y autodeterminación indígena, en el ámbito de la legislación internacional, para luego enumerar y caracterizar los elementos básicos que los propios mapuche han ido definiendo, en los últimos años, incluida las normas propuestas en el borrador constitucional del año 2022. En la segunda sección –“De la capacidad nomogenética del pueblo mapuche”– desarrollo en particular la cuestión de la nomogénesis, en cuanto comprensiva de tópicos que la teoría política y jurídica tradicional vinculan con la soberanía, jurisdicción e imperio de la ley, analizando críticamente el alcance que la dogmática le reconoce a dicha capacidad. Al final, planteo ciertas conclusiones pertinentes a lo esbozado en mi ensayo.

⁵Más aún después del rechazo a la propuesta constitucional del año 2022.

2. ATONOMÍA Y AUTODETERMINACIÓN EN CLAVE JURÍDICA

i. Autonomía individual

La disputa por la reconstrucción del derecho a la autonomía y autodeterminación de los pueblos indígenas se viene librando en una dimensión distinta a la de otros pueblos considerados “no indígenas”. En efecto, para los primeros el escenario ha sido el Derecho internacional de los derechos humanos, antecedente crucial a la hora de evaluar los fundamentos que justifiquen el anhelo por una autodeterminación política y colectiva del pueblo Mapuche. Y resulta crucial pues dicha superestructura jurídica o marco está determinado por el binomio autonomía-paternalismo, extremos definidos desde antaño por el pensamiento moderno, no obstante que hoy existan sendas críticas a esa herencia conceptual, específicamente por la inevitable condición de incapaz jurídico que históricamente se ha atribuido al indígena; al menos en Chile (Claro Solar 1992 47).

Se ha dicho que el derecho a la autodeterminación de los pueblos no es más que la proyección colectiva de la autonomía individual (Calogeropoulos-Stratis 1973 15). Quizás, por eso que, en el lenguaje jurídico actual, la colectivización de ciertas prerrogativas individuales haya llevado a rebautizar el derecho a la vida privada como “autodeterminación informativa”, por indicar un ejemplo. No obstante, lo que trasciende son las diferencias conceptuales entre el comportamiento individual versus la voluntad colectiva, develando la disputa práctica y teórica respecto a la función de los derechos “individuales” –vinculados a la tradición política liberal– versus los derechos “colectivos”, –innovación propia del socialismo (Atria 2004 39)–. En el caso mapuche, por ejemplo, ello ocurre cuando algún comunero pretende enajenar sus tierras contrariando tanto la voluntad comunitaria y la ley N° 19.253 (Martínez Cid 2012 72). Ahora bien, es un despropósito hacerse cargo aquí de tal disputa, pero valga la pena recordar que la protección promovida por el Derecho internacional hacia las denominadas “minorías” puso en alerta durante el siglo XX a muchos Estados que vieron amenazada su soberanía estatal precisamente por los procesos autodeterministas, no obstante que, en definitiva, dichas aspiraciones resultaran satisfechas de manera disímil para los pueblos indígenas. Sin ir más lejos, la conyuntura chilena es prueba viviente de aquello, a propósito del encarnizado rechazo que generó la idea de plurinacionalidad recogida en el proyecto constitucional del año 2022⁶

ii. Autonomía y autodeterminación en pueblos “no indígenas”

El derecho a la libre determinación de los pueblos es considerado un derecho humano base o fuente, de cuyo reconocimiento depende el goce efectivo de otros tantos derechos, como la libertad o la vida misma. Así se ha manifestado en diferentes resoluciones e interpretaciones de la Asamblea General de Naciones Unidas, considerando que tal prerrogativa –en tanto derecho colectivo– involucra no solo cuestiones jurídicas, sino también políticas, económicas, sociales y culturales (Mendoza Antunez 2013 14-15).

La autodeterminación se entiende como un principio democrático en cuya virtud toda comunidad humana puede gobernarse a sí misma, sin injerencias exteriores. Con influencia o como evolución del “principio de las nacionalidades” (De Obieta Chalbaud 1993 31), su positivización en el Derecho Internacional Público tuvo lugar con ocasión de los procesos de descolonización que se siguieron tras la Segunda Guerra Mundial. Sin ir más lejos, hay quienes denominan al sistema de normas que reconoce la autodeterminación como la “Carta Magna de la descolonización” (Martínez 2007 327), integrada por la Carta ONU de 1945 (art. 1.2 y 55), la “Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales de 1960 (art. 2), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 (art. 1), y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (art. 1), la “Declaración relativa a los principios de Derecho

⁶Al respecto, por ejemplo, véase: <https://www.ex-ante.cl/jose-rodriguez-elizondo-evo-morales-usa-la-plurinacionalidad-como-factor-estrategico-para-conseguir-mar-para-bolivia/>, visto el 3 de marzo de 2023, a las 12:20 horas de Chile continental.

internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados" de 1970 (preámbulo) y, también, la "Declaración y programa de acción de Viena" de 1993 (apartado I. 2), en cuanto considera que la denegación del derecho a la libre determinación constituye una violación de los derechos humanos, de manera que los pueblos cuentan siempre con la posibilidad de adoptar cualquier medida legítima encaminada a realizar aquel. Eso sí, siempre de conformidad con la Carta ONU y en pleno respeto de la integridad territorial de los Estados.

iii. Autonomía y autodeterminación en pueblos indígenas

Resulta un lugar común afirmar que la necesidad de los pueblos indígenas por autodeterminarse surge como respuesta a un histórico estado de incomodidad, opresión, discriminación y racismo experimentado al interior de los Estados. En el ámbito estrictamente jurídico, se ha intentado explicar el derecho a la autodeterminación indígena como el reconocimiento que los Estados realizan de aquellas prácticas y tradiciones colectivas que conserven la identidad de cada pueblo, manifestada en las más diversas formas: libre disposición de los territorios y recursos naturales; autodefinición en el desarrollo económico y cultural; elección de representantes ante el gobierno central e, incluso, la generación y aplicación de un sistema jurídico y una organización política propia.

Tras un largo periplo, este derecho a la autodeterminación indígena fue finalmente perfilado y recogido en diferentes instrumentos jurídicos internacionales hacia fines del siglo XX. Sin embargo, su alcance no es el mismo que para el resto de los pueblos "no indígenas". He ahí precisamente la causa de uno de los principales errores cometidos por quienes, pretendiendo autodeterminación para los primeros, homologan ambas instituciones desde que soslayan que el núcleo de este último derecho es sumamente reducido. No solo porque prohíbe la secesión territorial o porque fue elaborado para responder estrictamente al fenómeno de la descolonización (Pérez Villar 1997 474), sino fundamentalmente porque obliga a los indígenas a adecuar su ejercicio considerando las directrices del "multiculturalismo liberal" (Kymlicka 2013 99-126), concretamente en lo referido los estándares de desarrollo productivo y, además, respecto a la epistemología que sustenta el actual imperialismo de los derechos humanos, epistemología cristiano-occidental que limita seriamente la expresividad de los pueblos indígenas, cuestión recogida en la discusión constituyente chilena del presente año 2023.

Según la Declaración de San José sobre Etnocidio y el Etnodesarrollo de 1981, la autodeterminación correspondía a (N° 3):

la ampliación y consolidación de los ámbitos de cultura propia, mediante el fortalecimiento de la capacidad autónoma de decisión de una sociedad culturalmente diferenciada para guiar su propio desarrollo y el ejercicio de la autodeterminación, cualquiera que sea el nivel que se considere, e implica una organización equitativa y propia del poder. Esto significa que el grupo étnico es unidad político administrativa con autoridad sobre su propio territorio y capacidad de decisión en los ámbitos que constituyen su proyecto de desarrollo dentro de un proceso de creciente autonomía y autogestión.

En esa época, esta definición marcaba el tránsito de la autodeterminación indígena desde el "desarrollo endógeno" hacia el "etnodesarrollo". Sin ir más lejos, hay quienes hacían de este último un sinónimo de aquella (Papadópolo 1995 63). Llama la atención además que, en esos años, se reconociera a los pueblos indígenas como una "unidad político administrativa con autoridad sobre su propio territorio y capacidad de decisión en los ámbitos que constituyen su proyecto de desarrollo", sin embargo los expertos se apuraban en clarificaban que el etnodesarrollo no implicaba validar ni la autarquía ni el aislamiento⁷; mucho menos, la secesión territorial o separatismo del Estado al cual pertenecía el pueblo indígena, pues el objetivo político del

⁷Huelga concordar, en esta parte, que la Declaración OEA del año 2016, en su art. XXVI señala: "Pueblos indígenas en aislamiento voluntario o en contacto inicial. 1. Los pueblos indígenas en aislamiento voluntario o en contacto inicial,

etnodesarrollo no era subvertir los procesos de construcción nacional, sino redefinir dicha construcción hacia lo que hoy conocemos como “sociedades multiculturales” (Polo 2018 512).

En la actualidad, el reconocimiento que existe hacia la autodeterminación de los pueblos indígenas es sumamente limitada y se manifiesta en los siguientes aspectos:

Pluralismo jurídico “subordinado” Una de las primeras alarmas generadas durante la discusión constitucional del periodo 2020-2022, fue el reconocimiento del pluralismo jurídico⁸ norma a partir de la cual se comenzó a construir el argumento de que los pueblos indígenas serían grupos “privilegiados”, al tener justicia propia⁹. No obstante esa lectura reaccionaria y racista, lo cierto es que el Derecho propio –o costumbre indígena– desde siempre ha sido reconocida por el Derecho hegemónico impuesto tras la invasión a estos territorios. En la actualidad, la legislación internacional continúa reconociendo expresamente la nomogénesis o Derecho propio a los pueblos indígenas¹⁰ aunque ello no deba interpretarse en clave de igualdad, ni menos de ser guiada por la normativa que rige a Estados soberanos pues el Derecho propio indígena está subordinado a la legislación hegemónica (Walsh 2009 172). Peor incluso, pues no es considerado un “Derecho” propiamente tal, al no satisfacer los estándares de científicidad alcanzados por la epistemología occidental. A la luz de los cánones científicos occidentales, el Derecho propio indígena no es más que arbitrariedad, barbarie, “justicia del Cadi” (Weber 1996 732). Entonces, cuando se dice que la vigencia de este Derecho da origen al fenómeno del “pluralismo jurídico”, ello solo implica el reconocimiento que el Estado brinda a la costumbre indígena de tipo jurídico (Yrigoyen Fajardo 2004 171-195). En el caso chileno, como dicho reconocimiento y validez dependerá de la aprobación del legislador, la autodeterminación y nomogénesis mapuche están condicionadas por dicha voluntad la cual, en los hechos, solo aprueba aquellas “buenas costumbres” que resulten útiles para resolver problemas de tipo domésticos o rurales y, además, con un claro enfoque “esencialista” respecto a la persona que puede invocar dicha costumbre. Por ello, si se quiere hablar de “pluralismo jurídico”, habrá que considerar que éste –en todo momento– se encuentra subordinado al Derecho hegemónico.

Los derechos humanos son fuente y límite de los derechos de los indígenas . Como he señalado anteriormente (Aillapán Quinteros 2015), el sistema internacional de derechos humanos constituye la fuente y, a la vez, límite para la promoción, validez y ejercicio de los derechos reconocidos a los pueblos indígenas. Resulta paradójico –y hasta políticamente incorrecto decirlo–, pero éstos han devenido en un escollo para la autodeterminación desde que la cosmovisión, cosmología, cosmogonía, prácticas, tradiciones y costumbres indígenas históricamente han sido consideradas como “bárbaras” o, cuando menos, cortapisas para el avance y consolidación de la civilización cristiano-occidental, cuyo estándar ético y político contemporáneo es precisamente el sistema internacional de los derechos humanos. Esta limitación está positivada en el Convenio N° 169 OIT (preámbulo, arts. 8.1 y 9.2), en la Declaración ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas de 2007 (art. 34 y 46 N° 2 y 3), y más recientemente en la Declaración OEA sobre derechos de los pueblos indígenas de 2016 (preámbulo, y arts. V, XXXV y XXXVI).

tienen derecho a permanecer en dicha condición y de vivir libremente y de acuerdo a sus culturas. 2. Los Estados adoptarán políticas y medidas adecuadas, con conocimiento y participación de los pueblos y las organizaciones indígenas, para reconocer, respetar y proteger las tierras, territorios, medio ambiente y culturas de estos pueblos, así como su vida e integridad individual y colectiva”.

⁸Así, por ejemplo, el art. 322 del borrador constitucional, del año 2022, señalaba: “1. La función jurisdiccional se define en su estructura, integración y procedimientos conforme a los principios de plurinacionalidad, pluralismo jurídico e interculturalidad. 2. Cuando se trate de personas indígenas, los tribunales y sus funcionarios deberán adoptar una perspectiva intercultural en el tratamiento y resolución de las materias de su competencia, tomando debidamente en consideración las costumbres, las tradiciones, los protocolos y los sistemas normativos de los pueblos indígenas, conforme a los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos de los que Chile es parte”.

⁹Al respecto, véase mi opinión en: <https://radio.uchile.cl/2022/03/07/jorge-aillapan-por-pluralismo-juridico-la-implementacion-de-los-sistemas-de-justicia-indigena-conlleva-una-inversion-inmensa/0/>, visto el 15 de abril de 2023, a las 18:30 horas de Chile continental.

¹⁰Así, en el Convenio N° 169 OIT (art. 8.1); la Declaración ONU de 2007 reconoce las “leyes” propias indígenas en diversos artículos; y la Declaración OEA de 2016 (art. XXII: “Derecho y jurisdicción indígena”).

Fomento del neoliberalismo . Otra nota que advierte el limitado alcance otorgado al derecho a la autodeterminación indígena es el estándar de desarrollo económico que se fomenta, espera –y prácticamente se impone– a estos pueblos. La historia da cuenta que, durante el siglo XX, la preocupación por la situación de los indígenas surgió a propósito de la constatación de los niveles de pobreza de éstos y las escasas posibilidades de alcanzar los estándares mínimos de desarrollo fijados por el capitalismo global, estando permanentemente amenazados por el “etnocidio económico” (Stavenhagen 1988 69). En la actualidad dichas exigencias se han morigerado, no obstante el neoliberalismo igualmente campea (Boccaro Bolados 2010 651-690). En el plano interno, por ejemplo, no se fomenta necesariamente un desarrollo autónomo y con pertinencia de los pueblos indígenas ya que las políticas y financiamiento público apuntan hacia aquellos proyectos que estén en sintonía con las directrices del mercado. Los apoyos económicos se destinan a actividades que muestren pertinencia cultural, pero en la medida que resulten productivas, rentables y sustentables según los estándares económicos internacionales. Paradigmática, al respecto, resultan dos sentencias dadas por la Corte Suprema, el reciente año, y en donde si bien relevó el “valor cultural” de las tierras indígenas, inmediatamente condicionó dicho valor a la constatación de atavismos en la costumbre mapuche contemporánea. Así, el máximo tribunal decidió:

Que, aplicando las directrices mencionadas al conflicto de marras, aparece que don Rufino Queupumil Burgos no ha logrado acreditar que el inmueble expropiado fuese destinado a actividades de significación cultural o religiosa, ni al desarrollo de actividades económicas tradicionales. A ello se agrega que, si bien el actor probó integrar la Comunidad Mapuche ‘Colimilla Burgos’, los testigos presentados por el propio reclamante dieron cuenta que se trata de una familia ‘dispersa’ que ‘perdió el vínculo de comunidad familiar’. Finalmente, la prueba técnica rendida en juicio concluye que la estructura o edificación incluida en la indemnización provisional no era utilizada como vivienda.¹¹

Autonomía interna, local y rural . Salvo excepciones (Anaya 2005 150-162), por regla general se ha descartado de plano la posibilidad de secesión territorial o autonomía externa para los pueblos indígenas (Gros Espiell 1979 2). Pero incluso así, aquellos Estados que reconocen el ejercicio de autodeterminación política a los pueblos indígenas lo permiten solo para cuestiones menores como, por ejemplo, organización vecinal o comunitaria, y otras relacionadas con administración de justicia en casos puntuales y bajo la condición de que esta administración no trascienda o afecte la seguridad nacional. En el caso chileno, ni siquiera esto último existe pues la autodeterminación reconocida a los indígenas no se concibe en el sentido que ahora le damos, sino como mera autogestión cultural y económica –de aquella que reconocida constitucionalmente a los “grupos intermedios” (art. 1 inc. III CPR)–, aunque corregida con las beneficios que otorgan las políticas de reconocimiento y reparación.¹² En consecuencia, la administración de justicia que atente contra la moral o las buenas costumbres será proscrita. De igual forma, cualquier control territorial al margen del ordenamiento jurídico chileno solo podrá ser considerado un control “autonómico” de facto y, por ende, antijurídico.

Autodeterminación, pero solo “en la medida de lo posible” . El Convenio N° 169 OIT vino a reconocer de manera célebre –pero pusilánime, a la vez– el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas (art. 7.1):

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

¹¹Sentencia dictada el 15 de marzo de 2022, en causa rol N° Rol N° 139.750-2020.

¹²El borrador de Constitución de 2022 recogía, en su articulado, a las “autonomía territoriales indígenas”. Evidentemente, dichas normas no fueron aprobadas.

utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente (el subrayado es mío).

Por una parte, esta “medida” implica que el universo ético, político y jurídico en el cual los comportamientos indígenas resultarán válidos está configurado únicamente en base a valores y principios consagrados por una epistemología que a sí misma se considera universal y suficiente, de guisa que cualquier comportamiento que desconozca o atente contra dicha epistemología –occidental y cristiana– será considerado a priori cavernario, bárbaro, terrorista y obviamente contrario al sistema universal de los derechos humanos (Douzinas 2006 331). En la práctica, esta “medida” se refleja en la aplicación de la Consulta Indígena regida por el Convenio N° 169 OIT, a propósito del control autónomico que los pueblos tienen sobre su desarrollo económico, social y cultural. Según este Convenio es obligación para los Estados oír y considerar la opinión de los indígenas antes de aplicar políticas, planes, programas o derechamente autorizar la instalación de industrias extractivas en sus territorios, sin embargo, esta opinión es meramente consultiva, es decir, que para los pueblos indígenas nunca ha habido chance de decir simplemente: no, ¡fuera de mi territorio! (Stavenhagen 1989 47-49).

iv. La autodeterminación Mapuche: elementos y características

Para el caso Mapuche, no hay pleno acuerdo respecto al “día cero” de la autodeterminación colectiva. Tampoco en cuanto a su definición (Marimán Quemenado 2012 21-22). A mi juicio, una de las pocas –y más claras– definiciones es la siguiente: “la autonomía representa una aspiración por recuperar nuestra ‘soberanía suspendida’ con la invasión y conquista de los Estados chileno y argentino; ésta es una forma de gobierno, una manera de ejercer una administración propia en nuestros territorios. La autonomía o autodeterminación es un instrumento jurídico-político para generar gobierno, por lo que debe poseer: a) un territorio; b) una población; c) instrumentos jurídicos y d) un aparato burocrático” (Caniuqueo Huircapán, Levil Chicahual, Marimán Quemenado, Millalén Paillal, 2006 253).

Atendiendo a esta última definición podemos identificar tres elementos que resultan esenciales y constitutivos para la autodeterminación mapuche. Concretamente, territorio, población y capacidad para generar normas jurídicas. Veamos:

Territorio . Evidentemente la cuestión territorial resulta crucial pues inmediatamente perfila el reclamo, distinguiendo la simple autonomía de un grupo intermedio -un partido político, una empresa, una junta de vecinos, etcétera- de aquella autodeterminación pretendida por el pueblo Mapuche. Y aunque ahora no abordaremos la cuestión territorial, siempre es necesario recordar al lector que este reclamo no solo trata de la devolución de más o menos hectáreas (Marimán Quemenado 2017 141-144), sino que involucra la definición de diversas cuestiones básicas y otras más complejas, como la diferencia entre “tierra” y “territorio”, la relación entre autonomía territorial y descentralización o regionalización e, incluso, la restricción para enajenar tierras consideradas “indígenas”.

Incluso la georeferenciación de la autodeterminación mapuche no resulta un tema pacífico. Al margen de la inclusión de las autonomías territoriales indígenas, en el borrador constitucional del año 2022¹³ la propuesta más concreta y lograda está contenida en los resultados de la Comisión de Descentralización del año 2014, instancia en la que se propuso transformar la IX región de la Araucanía en una región plurinacional¹⁴ y aunque objeto de críticas (Pairicán 2016 41), esta

¹³Artículos 234 y siguientes.

¹⁴Dentro del nuevo “marco constitucional y político” para la descentralización, la Comisión Asesora Presidencial propuso: “declarar región plurinacional y multicultural a la región actualmente denominada ‘de La Araucanía’, incorporándola en el

propuesta destaca precisamente por su concreción, no obstante dejar en suspenso y pendientes de resolución otras cuestiones como la coordinación del reclamo autonómico con los mapuche que viven en Puelmapu o Argentina y, más urgentemente, la situación de la diáspora mapuche, máxime si se considera que cerca del 80% de la población mapuche nace, vive y muere en Santiago de Chile (Antileo 2013 197).

Población . En estrecha relación con el punto anterior se encuentra la disputa por definir el elemento personal, al titular del derecho a la autodeterminación: ¿qué es un pueblo indígena?; ¿cuál es la "nación" mapuche?; ¿cuáles son los requisitos para ser considerado un "ciudadano" mapuche? Por la extensión del presente ensayo, tampoco abordaremos esta temática pues resulta un aspecto sumamente conflictivo de definir, tanto en la teoría como en la práctica. Aun así, en cuanto a la reconstrucción nacionalitaria indígena podemos señalar que ésta se nutre de antecedentes pasados y recientes. Baste recordar, por ejemplo, que el "Consejo Mundial de Pueblos Indígenas" solicitó expresamente a la ONU, hacia principios de la década de 1980, reconocer a los indígenas como naciones distintas al interior de un Estado, las "primeras naciones" (Stavenhagen 1989 60). En la actualidad, la evolución de dicha reivindicación ha mutado no solo hacia la "plurinacionalidad" (Aylwin & Marimán 2017) dentro de un Estado sino que, incluso, hacia la "multinacionalidad", innovadora prerrogativa recogida en el art. VIII de la Declaración OEA (2016):

Derecho a pertenecer a pueblos indígenas. Las personas y comunidades indígenas tienen el derecho de pertenecer a uno o varios pueblos indígenas, de acuerdo con la identidad, tradiciones, costumbres y sistemas de pertenencia de cada pueblo. Del ejercicio de ese derecho no puede resultar discriminación de ningún tipo.

En Chile, el reclamo "etno-nacionalitario" mapuche y, en general, la determinación de la "ciudadanía" indígena siguen planteando una serie de desafíos jurídicos y políticos, máxime la reciente discusión constitucional del año 2022. Previamente, el aumento censal de esta población –vía autoidentificación– venía despertando numerosas críticas y sospechas (Fernández, Peralta, Sánchez 2018), particularmente entre quienes ven con preocupación la "indigenización" de la sociedad chilena, a pesar de que desde finales del siglo pasado se haya consensuando respecto a que la autoidentificación es un derecho y área privativa para los indígenas (Martínez Cobo 1987 30). A su vez –y debido probablemente a la actividad desplegada en sectores rurales por parte de activistas políticos pro mapuche–, se ha terminado influenciado a algunos líderes y dirigentes para defender un "esencialismo" el cual implica la exclusión del colectivo de aquellos mapuche que, tras la diáspora, emigraron de sus comunidades originales para devenir parte de la economía moderna urbano-industrial instalada en Santiago y otras ciudades, dilema no menor si se pretende reconstruir una demanda nacionalitaria ampliada y con miras al futuro (Marimán Quemenado 2017 81-83).

Por último, no debemos olvidar aquí la disputa teórica respecto a si el Mapuche es técnicamente un "pueblo". En este punto, las Ciencias Sociales tradicionalmente se han visto influenciadas por una cuota de idealismo a la hora de definir a los indígenas, designándolos indistintamente como "tribus", "poblaciones", "etnias" o "minorías étnicas", siempre atendiendo al grado de conservación de algunos caracteres culturales –la lengua, normalmente–, pero incluso ciertos rasgos fenotípicos pues, como se ha afirmado, "una persona, salvo simbólicamente no puede adquirir ni abandonar libremente su condición étnica" (Martínez 2007 350). Eso sí, llevada al plano jurídico, esta

artículo 126 bis de la Constitución y habilitándola así también, para establecer su propio estatuto". Este informe está disponible en internet: <https://prensa.presidencia.cl/lfi-content/otras/informes-comisiones/InformeDescentralizacion.pdf>, visto el 5 de noviembre de 2022 a las 12:15 horas de Chile continental. Anteriormente, también, el partido "Wallmapuwen" incluyó dentro de sus bases programáticas (2006) lograr -en el marco de un Estado plurinacional, plurilingüístico y descentralizado en Chile- un estatuto de autonomía para la Región de La Araucanía más algunas comunas adyacentes de las regiones del Bío Bío y de los Ríos, la que debería tomar el nombre de Wallmapu -en castellano "Territorio circundante"-, es decir, el área tradicional de asentamiento mapuche durante los siglos XIX y XX. Esta información está disponible on-line en <https://wallmapuwen.cl/quienes-somos/>, visto el 5 de noviembre de 2022 a las 12:30 horas de Chile continental.

polisemia se reduce a lo siguiente: ante el Derecho Internacional los indígenas no poseen el estatus de “pueblo”, de ahí que no estén habilitados para subvertir la unidad territorial del país al cual pertenecen ni reclamar la intervención de la comunidad internacional con tal objetivo (Christakis 1999 510). El mismo Convenio N° 169 OIT (art. 1 N° 3) nos brinda una “ayuda” al prevenir que el concepto “pueblo” no se condice con aquel aplicado para el resto de los pueblos no indígenas, en el contexto del Derecho internacional. Para el caso Mapuche, esta interpretación fue corroborada el año 2000 cuando el Tribunal Constitucional cerró la puerta a cualquier intento de reclamo de autodeterminación política fundado precisamente en el concepto general de “pueblo”, tal como señalamos más adelante.

Nomogénesis . Básicamente, se trata ésta de la capacidad para crear normas jurídicas y poder exigir su cumplimiento. Por la trascendencia que posee, le dedicaré un apartado especial.

3. DE LA CAPACIDAD NOMOGENÉTICA DEL PUEBLO MAPUCHE

i. Heteronomía en las normas jurídicas

Al involucrarse en el estudio del fenómeno de la normatividad, una de las operaciones básicas para identificar las normas es determinar la “autoridad normativa”, la prescripción que dicta, el “sujeto legislado” y si el cumplimiento de la norma puede obtenerse por medio de la fuerza (Squella Narducci 2011 66-82). En este sentido, lo que da carácter y distingue a las normas jurídicas de otras -como las normas morales o las religiosas- es su “heteronomía” e imperio. Veamos: atendiendo a su origen, una norma es “autónoma” cuando la autoridad normativa se confunde con el destinatario de la prescripción, puesto que son la misma persona. Por su parte, atendiendo a su obligatoriedad o imperio, una norma es “autónoma” si su cumplimiento no puede ser exigido, por medio de la fuerza, a un tercero. Entonces, para la Teoría del Derecho, la “autonomía” del comportamiento es la sujeción al capricho, voluntad o querer propio. Jamás de otro. Así sucede, por ejemplo, cuando un fanático del fútbol dice “debo seguir a mi equipo de fútbol, juegue donde juegue”, siendo ésta una prescripción autónoma en cuanto a su origen y en cuanto a su obligatoriedad.

A diferencia de lo anterior, la “heteronomía” implica sujeción a la nomogénesis o capacidad nomogenética de otro, es decir, al poder y querer ajeno. Así, en cuanto a su origen, una norma será “heterónoma” cuando la autoridad normativa es diferente del sujeto legislado, normalmente vinculados por una relación de ascendencia/subordinación. Ello ocurre, por ejemplo, con las normas impuestas por una autoridad religiosa a sus fieles. Sin embargo esta última no es “heterónoma” en cuanto a su imperio pues resulta imposible exigir su cumplimiento por medio de la fuerza estatal, característica que sí poseen las normas jurídicas. Éstas últimas son, por regla general, “heterónomas” en ambos sentidos ya que provienen de autoridades normativas que se sitúan por fuera -y encima- de los sujetos legislados que deben cumplirlas; a su vez, éstos están obligados a obedecerlas, incluso si están en contra de lo que se les prescribe, pues para ello se organiza la fuerza estatal. Así, por ejemplo, ocurre cuando el art. 5 de la ley N° 19.253 dice: “todo aquel que, atribuyéndose la calidad de indígena sin serlo, obtenga algún beneficio económico que esta ley consagra sólo para los indígenas, será castigado con las penas establecidas en el artículo 467 del Código Penal”. En este ejemplo, todo aquel que desobedezca la prohibición impuesta por la ley arriesga las penas señaladas, incluso mediando la intervención de la policía en caso de declararse en rebeldía.

ii. Derecho indígena versus Derecho “sobre” indígenas

En el año 2000 el Tribunal Constitucional chileno sentenció:

(. . .) que todo lo expuesto y, especialmente los propios términos de la Convención N° 169 cuestionada, es suficiente para que este Tribunal llegue a la íntima convicción que la expresión 'pueblos indígenas', debe ser considerada en el ámbito de dicho tratado, como un conjunto de personas o grupos de personas de un país que poseen en común características culturales propias, que no se encuentran dotadas de potestades públicas y que tienen y tendrán derecho a participar y a ser consultadas, en materias que les conciernan, con estricta sujeción a la ley suprema del respectivo Estado de cuya población forman parte. Ellos no constituyen un ente colectivo autónomo entre los individuos y el Estado. ¹⁵

Frente a tal decisión, inmediatamente surgen algunas preguntas: ¿tiene el pueblo Mapuche capacidad nomogenética o "Derecho propio"?; ¿quién crea el Derecho indígena?; ¿cuál es la relación entre el pueblo Mapuche y el Derecho indígena? En Chile, se ha planteado que el término "Derecho indígena" eventualmente podría utilizarse para aludir al Derecho propio de cada pueblo originario, al producto de su nomogénesis. No obstante, y como dijimos arriba, debido a que este "Derecho propio" no satisface los estándares mínimos de cientificidad que exige el paradigma epistemológico occidental, apenas alcanza para ser considerado "costumbre jurídica". Es por ello que, en este ámbito de las Ciencias Sociales, se reserve el giro "Derecho indígena" solo para aludir al conjunto de normas, nacionales e internacionales, dictadas para regular las peculiaridades culturales, ambientales y patrimoniales de los pueblos originarios (Nuñez Poblete 2010 13). En su momento, Stavenhagen decía:

[u]na dificultad particular que debe ser encarada en este proceso es el hecho de que las normas internacionales están siendo desarrolladas por los Estados -o sus representantes- y para los Estados. Los pueblos indígenas se han quejado desde hace mucho tiempo de que los principales problemas que tienen que enfrentar se deben precisamente a sus relaciones con los Estados. Además, hasta hace muy poco, ellos raras veces han sido consultados -para no decir invitados- a participar en los esfuerzos colectivos tendientes al desarrollo de estas normas (Stavenhagen 1989 40-43).

Teniendo en cuenta lo anterior, la nomogénesis Mapuche no es posible encontrarla en el Convenio N° 169 OIT, en la Declaración ONU del 2007, en la Declaración OEA del 2016 ni, tampoco, en la ley Indígena N° 19.253. Dicha capacidad nomogenética solo es posible rastrearla en su "Derecho propio" el que a consecuencia del "racismo epistemológico" con que opera el colonialismo contemporáneo (Mignolo, 2009: 10) ha quedado reducido al valor de "usos" o "costumbres" jurídicas, que aunque poseen ciertas implicancias frente al ordenamiento jurídico chileno éstas solo son de tipo folklóricas o culturales, jamás políticas, en el sentido de pretender subvertir la soberanía, jurisdicción e imperio reclamado por el Estado chileno. Así, por ejemplo, lo ha ratificado la Corte Suprema, en fallo del 26 de julio de 2018 ¹⁶

Que de conformidad con lo dispuesto por el Convenio N° 169, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes de la Organización Internacional de Trabajo, y en la ley 19.253, en especial en sus artículos 8 y 1, respectivamente, el símbolo ceremonial referido, que forma parte de las costumbres e instituciones de los recurrentes, merece un respeto especial acorde a su naturaleza (. . .).

Lo trascendente, eso sí, es que en seguida el máximo tribunal previene:

(. . .) cabe mencionar que el señalado Convenio dispone, en el segundo apartado de su artículo 8, que la preservación de las costumbres e instituciones propias de los

¹⁵Considerando N° 44 de la causa rol N° 309, sentencia del 4 de agosto del 2000.

¹⁶Causa rol N° 9021-2018, caratulado "Painepe con Sociedad Agrícola Las Vertientes Limitada", considerandos 3° y 6°.

pueblos indígenas es '(. . .) siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional (. . .)', dentro de los cuales es reconocido en nuestro el derecho de propiedad que le asiste a la parte recurrida, que la autoriza para usar, gozar y disponer de dicho predio y que la Constitución protege y resguarda.

iii. Racismo epistemológico: negación de la capacidad nomogenética mapuche

La tradición jurídica dicta que sujetos internacionales de Derecho son solo aquellos a quienes se les reconoce capacidad nomogenética y "*ius contrahendi*" en el plano internacional. Los pueblos indígenas, al ser objetos de Derecho –principalmente vía tratados sobre derechos humanos– no poseen tal subjetividad; tampoco, al interior de los Estados (Fernández Lira 2016 230).

Al igual que ha sucedido con la lengua –“dialecto”– o la medicina –“chamanismo”–, el racismo epistemológico interno ha dictado que el mapuche, en ejercicio de su capacidad nomogenética, solo puede crear “costumbre jurídica”, no Derecho. Esta minusvaloración conlleva serias implicancias a la hora de reconstruir un reclamo por autodeterminación política, al menos en el contexto jurídico chileno. No solo por su inferioridad científica –ni siquiera está escrito–, sino por su subordinación política ya que el reconocimiento, efectividad y eficacia del “Derecho propio” depende de la aprobación que el legislador chileno le otorgue. En otras palabras, la nomogénesis mapuche existirá en la medida que el legislador chileno la reconozca pues así lo prescribe el Código Civil en su art. 2º: “La costumbre no constituye Derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella”. En concordancia, el inc. I del art. 54 de la ley Nº 19.253 señala: “La costumbre hecha valer en juicio entre indígenas pertenecientes a una misma etnia, constituirá Derecho, siempre que no sea incompatible con la Constitución Política de la República”. Pero aun más, porque el legislador solo permitirá las “buenas costumbres” (art. 7 inc. I, ley Nº 19.253), aquellas que no subviertan la integridad territorial ni tampoco que atenten contra la doctrina hegemónica e imperial que nutre de fundamentos al sistema internacional sobre derechos humanos (Pérez Villar 1997 477).

Cada vez que un tribunal chileno decide una causa donde hay involucrados mapuche se hace ostensible el choque cultural subyacente, desencuentro que no solo tiene una lectura antropológico-jurídica, sino derechamente política (Vergés 2008). En efecto, y para el caso Mapuche, al conflicto entre su “Derecho propio” y la legislación chilena subyace otra cuestión mucho más profunda, de ahí que resurja hoy el argumento de la supervivencia de los Pactos o “Tratados”, firmados entre ambas naciones hasta inicios del siglo XX, retomándose la discusión sobre la soberanía territorial. Por tanto, el enfoque jurídico de la relación entre pueblo mapuche y Estado chileno no debe reducirse a una cuestión de más o menos derechos humanos, sino que debe llevarnos a resolver la relación de subordinación que actualmente tiene el Derecho mapuche respecto al ordenamiento jurídico chileno y, de paso, resolver la crisis epistemológica que conlleva reconstruir el Derecho mapuche únicamente a partir de la Teoría general de los Derechos Humanos (Aillapán Quinteros 2015). No son pocos los mapuche que han señalado que las leyes más importantes, en nuestra lucha autonómica, son “el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas por los Derechos de los Pueblos Indígenas” (Mariqueo 2012). Por mi parte, sin embargo, me pliego a aquellos que plantean la urgencia de una radical reconceptualización del paradigma de los derechos humanos (Mignolo 2000 739).

El Derecho vigente dice quien manda en una determinada sociedad. Quien impone las reglas de juego –y las modifica a su antojo– controla los destinos de un determinado territorio y su población. Al respecto, como plantea Mignolo:

cambiar los términos de la conversación implica desprenderse de las controversias disciplinarias o interdisciplinarias y del conflicto de las interpretaciones. Mientras controversias e interpretaciones se mantengan dentro de las mismas reglas del juego –términos de la conversación–, el control del conocimiento no está en juego. Y para

cuestionar los cimientos del control del conocimiento moderno/colonial, es necesario enfocarse en quien conoce más que en lo conocido. Significa ir a los supuestos reales que sostienen el locus de las enunciaciones. (2009 13)

Aplicando *mutatis mutandi* este razonamiento al ámbito jurídico, podríamos decir que hoy no solo basta con modificar el "contenido" de la conversación entre el Estado chileno y el pueblo mapuche, sino debe apuntarse a modificar los "términos" de aquella conversación, tal como se intentó en la discusión constitucional llevada a cabo entre los años 2021 y 2022. No basta conformarse con un reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas, un Ministerio ad-hoc o escaños reservados en el Congreso Nacional. En nuestro caso, se debe avanzar decididamente hacia la decolonización del Derecho indígena (Walsh 2009 172) y, en general, del actual marco occidental e imperialista sobre los derechos humanos. En Chile, la posibilidad de que la autodeterminación mapuche decante en un proceso secesionista aparece como una opción muy lejana, casi inviable, máxime la actitud de la élite y su férrea defensa de la integridad territorial, la nación unitaria, la descentralización y el "monismo jurídico". Por ahora, lo más sensato es apostar al "pluralismo jurídico", tesis que ha encontrado acogida ya en cierta literatura y jurisprudencia chilena. Aun así, el desafío es que este pluralismo deje de ser subordinado porque –en teoría, al menos– debiera ser directamente proporcional a la soberanía y autogobierno reclamado, de manera que a mayor autonomía política, mayor debiera ser la autodeterminación en el ejercicio de la nomogénesis por parte de un determinado pueblo, condición que en Chile no se tolera. Es más, en el texto de nuestra Constitución ni siquiera se reconoce la posibilidad del pluralismo jurídico, lo cual ya plantea una dificultad de base.

Hacia el final, sirva la siguiente comparación para ilustrar como el racismo chileno determina la negación de la nomogénesis mapuche, no obstante permitirle para otros colectivos o grupos intermedios no indígenas, aun si estos últimos en su ejercicio violan los estándares de derechos humanos. En efecto, esto es lo que ha venido ocurriendo durante la última década con la Asociación Nacional de Fútbol Profesional (ANFP), institución a la cual se le ha tolerado imponer sanciones que vulneran abiertamente los derechos humanos, sin que haya existido reproche por parte de la autoridad chilena, tal como ocurrió, por ejemplo, con el inédito y desmedido castigo aplicado a un futbolista por "abusar" de su libertad de expresión al criticar el manejo de la ANFP¹⁷ O, también, con las desafiliaciones sufridas por un par clubes de fútbol chileno por demandar civilmente a dicha Asociación ante los tribunales ordinarios de justicia¹⁸ sanción aplicada por soslayar precisamente el aparato jurídico-político autónomo que rige las relaciones dentro del ámbito del fútbol y que, en principio, se encuentra al margen del ordenamiento jurídico chileno.

4. CONCLUSIONES

Ausencia de una teoría política mapuche . No basta con decir que la autonomía o la autodeterminación mapuche debe ser "porque sí", porque tenemos "derechos históricos" o simplemente porque es un "derecho humano". La crítica más común a cualquier movimiento autodeterminista es que busca romper el marco jurídico existente para imponer un sistema soberano distinto (Martínez 2007 362-363). Efectivamente, las demandas por autodeterminación ponen en jaque la normalidad jurídica de cualquier país, mas no por los motivos esbozados desde sectores reaccionarios que buscan conservar el carácter pacificador atribuido al Derecho hegemónico, sino simplemente porque la historia colonial y republicana latinoamericana engendraron la necesidad de autonomía para los pueblos indígenas, necesidad que debe ser satisfecha (González Galván 1993 71).

Lamentablemente en el caso Mapuche, detrás del reclamo por autodeterminación no se logra

¹⁷Archivo de la noticia en <http://www.eldinamo.cl/estadio/2014/12/01/fin-al-misterio-barroso-es-sancionadocon-8-fechas-por-la-anfp/> visto el 26 de diciembre de 2018 a las 13:30 horas de Chile continental

¹⁸Archivo de la noticia en <https://www.latercera.com/el-deportivo/noticia/la-anfp-expulsa-vallenar-ir-la-justicia/442988/> visto el 26 de diciembre de 2018 a las 13:40 horas de Chile continental.

reconocer una teoría política colectiva y consistente, que sostenga dicha reivindicación (Marimán Quemenedo 2012 21-25) y así quedó demostrado durante la reciente experiencia de modificación constitucional. Peor incluso, pues en el escenario actual se extraña un consenso mínimo respecto al contenido de la demanda, objetivos básicos y concretos que otorguen claridad hacia el interior de la sociedad mapuche como, también, a la comunidad nacional e internacional, despejando el reproche de quienes ven en aquella solo un germen de violencia, terrorismo y separatismo. La indefinición en los alcances del proceso y la ausencia de una teoría política reconocible consolida la creencia de que solo la “vía institucional” –mesas de diálogo, reconocimiento constitucional, subsidios, fomento a la producción, etcétera– empodera y confiere autonomía a la sociedad mapuche. Craso error, pues basta observar que en las últimas dos décadas los principales logros políticos (Huenchumilla 2018) y reivindicaciones territoriales han sido consecuencia, directa o indirecta, de la radicalización del movimiento y sus métodos –propaganda y violencia política, básicamente– para enfrentar aquella “guerra de baja intensidad” (LLaitul 2017) desatada por el Estado chileno en aquellos territorios reclamados como históricos. Y si bien dijimos que la ruptura o secesión se muestra como una opción poco realista en el contexto político y jurídico actual, no hay que olvidar que la historia reciente demuestra que –incluso apelando a la violencia o la guerra– los procesos de liberación nacional necesitan de una sólida fundamentación política y jurídica (Sosa 2005 59).

Avanzar hacia la decolonización del Derecho indígena . Aunque para un amplio sector del pueblo Mapuche tanto el Convenio N° 169 OIT, como el resto de los instrumentos del Derecho internacional sobre derechos humanos, constituyen la fuente de los derechos indígenas –y, en específico, del derecho a la autodeterminación–, a mi juicio, dicha tesis solo conlleva la perpetuación del colonialismo interno pues que los derechos humanos –en su paradigma epistemológico actual, obviamente– resulten ser fuente y límite de las prerrogativas demandadas por los pueblos indígenas implica que toda posibilidad de autodeterminación política, autogobierno y control territorial estén a priori condenados al fracaso.

Y aun cuando la transformación del marco jurídico chileno no apunte a la ruptura o secesión territorial, necesariamente deben cambiarse los “términos” de la conversación entre el Estado y el pueblo mapuche a través de la decolonización de toda normativa que valide y justifique el colonialismo interno a que se ve expuesto este último.

Ampliar la medida de lo posible . A propósito de la vigencia del Convenio N° 169 OIT en Chile, la imposibilidad de negarse a la ejecución de proyectos industriales o extractivos en territorios indígenas es un claro ejemplo de que la “Consulta indígena” no favorece ni resguarda la autonomía o autodeterminación mapuche. Atendiendo a la obligatoriedad y efectos de esta consulta, apenas resulta homologable con el “derecho del niño a ser oído”, institución reconocida por la legislación nacional e internacional para velar por el “interés superior” de los menores involucrados en procesos judiciales. Luego, bajo este razonamiento, la legislación sobre indígenas deviene en un estatuto normativo similar al diseñado para el cuidado y protección de la niñez, amparado en la premisa de que los menores no poseen la suficiente madurez cognitiva o capacidad para autodeterminarse, y en donde se considera su opinión, pero solo con valor consultivo, no obligatorio. De ahí que urja decolonizar el Derecho, ampliando el poder de decisión indígena, y que esa “medida de lo posible” del art. 7.1 del Convenio N° 169 OIT incluya, necesariamente, la posibilidad de oponerse o rechazar la instalación de industrias extractivas o industriales en territorios propios, genuina expresión de libre determinación de todo pueblo.

Recuperación de la nomogénesis perdida . Un objetivo preciso del proceso autonómico mapuche ha de ser la refundación de su capacidad nomogenética y el rechazo al pluralismo jurídico subordinado. En concreto, esto se vería reflejado en un estatuto autonómico propio, tal como lo venían sugiriendo ciertos líderes e intelectuales mapuche, y que en los resultados de la Comisión para la Descentralización (2014) tuvo su primera positivización, y más recientemente

en el borrador constitucional de 2022. La tarea, entonces, es realizar una convocatoria amplia que involucre a todos y todas para el diseño de dicho estatuto autonómico, algo así como una "Carta Magna Mapuche" que guíe las futuras negociaciones con el Estado chileno.

En este sentido, la reconsideración de la tesis de los Parlamentos es un buen ejemplo de la reconstrucción de la capacidad nomogénica del mapuche. Efectivamente, apelando a dichos Parlamentos -celebrados con el imperio español y, luego, con la naciente república chilena- varios líderes e intelectuales mapuche vienen exigiendo a la comunidad internacional el reconocimiento del Mapuche como un pueblo-nación autónomo. De todas maneras, y aunque desde hace décadas se venga estudiando el valor jurídico y la potencial utilidad de dichos instrumentos, está pendiente de verificación si acaso el reconocimiento de dichos Parlamentos o "Tratados" devolverían el estatus de nación soberana al pueblo mapuche, es decir, si acaso la comunidad de Estados estaría dispuesta a reconocerles su nomogénesis, su "*ius contrahendi*", su autodeterminación política.

REFERENCIAS

- Aillapán Quinteros, J. El Mapuche ante el Derecho chileno. Aproximación crítica a la vigencia de los derechos humanos en el Wallmapu. Primer Seminario sobre Convenio 169 OIT y legalidad indigenista. Punta Arenas, 2015.
- Anaya, J. Los pueblos indígenas en el Derecho internacional (segunda ed.). (L. Rodríguez-Piñero Moyo, P. Gutiérrez, & B. Clavero, Trads.) Madrid: Trotta-Universidad Internacional de Andalucía, 2005.
- Antileo, E. (2013). Migración mapuche y continuidad colonial. En Comunidad de Historia Mapuche, Ta ñ fijke xipa rakizuameluwün. Historia, colonialismo y resistencia desde el país Mapuche. Temuco, Chile: Autor.
- Atria, F. ¿Existen los derechos sociales? Discusiones: Derechos sociales(4), 15-59, 2004.
- Aylwin, J., & Marimán, J. Proceso constituyente en Chile: análisis crítico desde la perspectiva de los derechos humanos y de la plurinacionalidad. Temuco: Observatorio Ciudadano, 2017.
- Boccara, G., & Bolados, P. ¿Qué es el multiculturalismo? La nueva cuestión étnica en el Chile neoliberal. Revista de Indias, 70(250), 2010, 651-690.
- Bonfil Batalla, G. El concepto de indio en América: una categoría de la situación colonial. Anales de Antropología, 9, 1972, 105-124.
- Calogeropoulos-Stratis, S. Le Droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. Brussels: Établissements Émile Bruylant, 1973.
- Caniuqueo Huircapán, S., Levil Chicahual, R., Marimán Quemenado, P., & Millalén Paillal, J. ¡...Escucha, winka...! Cuatro ensayos de historia nacional mapuche y un epílogo sobre el futuro. Santiago, Chile: LOM, 2006.
- Christakis, T. Le droit à l'autodétermination en dehors des situations de décolonisation. Marseille, Francia: Centre d'Etudes et de Recherches Internationales et Communautaires, Université d'Aix-Marseille III, 1998.
- Claro Solar, L. Explicaciones de Derecho civil chileno y comparado. (Vol. V. De las obligaciones). Santiago: Editorial Jurídica, 1992.
- De Obieta Chalbaud, J. El derecho humano de la autodeterminación de los pueblos. Madrid: Tecnos, 1993.
- Douzinas, C. El fin(al) de los derechos humanos. Anuario de derechos humanos. Nueva Época, 7(1), 2006, 309-340.
- Dussel, E. El encubrimiento del otro: hacia el origen del mito de la modernidad. La Paz: Plural/UMSA, 1994.
- Fernández Liria, C. En defensa del populismo. Madrid: Los libros de la Catarata, 2016.
- Fernández, J., Peralta, C., & Sánchez, M. ¿Por qué y cómo contar? El censo y la población indígena en Chile. Documento de Trabajo ICSO. Serie Laboratorio Constitucional, Escuela de Sociología, Universidad Diego Portales, Santiago. (s.f.).
- Gargarella, R., & Ferreyra, G. (27 de enero de 2017). Página 12. Recuperado el 8 de noviembre de 2018, de <https://www.pagina12.com.ar/16461-nuestros-pueblos-indigenas>

- González Galván, J. El derecho matriz de los excluidos: la autonomía (los procesos autonómicos de los pueblos mayas de Chiapas). *Boletín de Antropología Americana*(28), 1993, 71-92.
- Gros Espiell, H. *Le droit a l'autodétermination. Application des résolutions de l'organisation des Nations Unies*. Nueva York: ONU, 1979.
- Huenchumilla, F. (26 de Diciembre de 2018). La Tercera. Recuperado el 2018 de Diciembre de 28, de <https://www.latercera.com/politica/noticia/huenchumilla-analiza-ano-del-pueblo-mapuche-este-2018-termina-triunfo-politico-salieron-fortalecidos/460333/>
- Kymlicka, W. Neoliberal Multiculturalism. En P. Hall, & M. Lamont (Edits.), *Social Resilience in the Neoliberal Era* (págs. 99-126). Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- LLaitul, H. (25 de enero de 2017). [radio.uchile.cl](https://radio.uchile.cl/2017/01/25/hector-llaitul-el-estado-implementa-un-escenario-de-guerra-contra-la-resistencia-mapuche/). Recuperado el 16 de Noviembre de 2018, de <https://radio.uchile.cl/2017/01/25/hector-llaitul-el-estado-implementa-un-escenario-de-guerra-contra-la-resistencia-mapuche/>
- Marimán Quemenado, J. *Autodeterminación. Ideas políticas mapuche en el albor del siglo XXI*. Santiago: LOM, 2012.
- Marimán Quemenado, J. *Awkan tañi müleam Mapun kimün. Mañke pu kintun (Combates por una historia mapuche. La perspectiva de un cóndor)*. Centro Rüntun/Fundación Böell, 2017.
- Mariqueo, R. (21 de Febrero de 2012). [mapuche-nation](http://www.mapuche-nation.org/espanol/html/noticias/ntcs-477.htm). Recuperado el 2018 de diciembre de 12, de <http://www.mapuche-nation.org/espanol/html/noticias/ntcs-477.htm>
- Martínez Cid, C. *Aplicación de la ley N° 19.253 en materia de contratos. Análisis jurisprudencial y comentarios*. Concepción, Chile: Facultad de Derecho de la Universidad de Concepción, 2012.
- Martínez Cobo, J. *Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas. Volumen V: conclusiones, propuestas y recomendaciones*. Nueva York: Organización de las Naciones Unidas, 1987.
- Martínez Muñoz, J. *La autodeterminación*. *Anuario de Derechos Humanos*. Nueva Época, 8, 2007, 325-364.
- Mendoza Antunez, C. *El derecho a la autodeterminación: un derecho humano de los pueblos indígenas*. En M. Macías Vásquez, & M. Anglés Hernández (Edits.), *Estudios en homenaje a don José Emilio Rolando Ordoñez Cifuentes 2013*, (págs. 1-24). México: UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Mignolo, W. *The many faces of cosmo-polis: border thinking and critical cosmopolitanism*. *Public Culture*, 12(3), 2000, 721-748.
- Mignolo, W. *Desobediencia epistémica (II), Pensamiento independiente y libertad de-colonial*. *Otros Logos. Revista de Estudios Críticos*, 1(1), 2009, 8-42.
- Mignolo, W. *Who speaks for the human in human rights?* En J.-M. Barreto (Ed.), *Human rights from a third world perspective: critique, history and international law*, 2012 (págs. 44-64). Newcastle: Cambridge Scholars Publishing.
- Nuñez Poblete, M. *Normativa nacional e internacional sobre pueblos indígenas*. (M. Nuñez Poblete, Ed.) *Librotecnia*, 2010.
- Papadópolo, M. *El nuevo enfoque internacional en materia de derechos de los pueblos indígenas*. Guatemala: IDIES-Universidad Rafael Landívar, 1995.
- Pérez Villar, C. *El derecho de autodeterminación de los pueblos: perspectiva actual*. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*(18), 1997, 473-481.
- Polo, J. *Un acercamiento crítico a los problemas antropológicos, políticos y filosóficos del pluralismo jurídico*. *Isegoría. Revista de Filosofía, Moral y Política*(59), 2018, 511-526.
- Sierra, L. *La Constitución y los indígenas en Chile: reconocimiento individual y no colectivo*. *Estudios Públicos*(92), 2003, 19-27.
- Sosa, E. *La autodeterminación de los pueblos*. En E. Rabasa, & E. Rabasa (Ed.), *Los siete principios básicos de la política exterior de México*. México: UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.
- Squella Narducci, A. *Introducción al Derecho*. Santiago: Editorial Jurídica, 2011.
- Stavenhagen, R. *Etnocidio o etnodesarrollo: el nuevo desafío*. *Mundo: problemas y confrontaciones*, 2(1), 1988, 59-74.
- Stavenhagen, R. *Los derechos indígenas: nuevo enfoque del sistema internacional*. *IIDH*, 10,

1989, 39-64.

- Stavenhagen, R. Los pueblos originarios: el debate necesario. Buenos Aires: CLACSO, 2010.
- Vergés, J. (2008). Estrategia judicial en los procesos políticos. Barcelona: Anagrama.
- Walsh, C. Interculturalidad, Estado, sociedad. Luchas (de) coloniales de nuestra época. Quito: Ediciones Abya-Yala, 2009.
- Weber, M. Economía y Sociedad (segunda ed.). (J. Medina Echevarría, J. Roum Parella, E. Imaz, E. García Maynez, & J. Ferrater Mora, Trads.) México: Fondo de Cultura Económica, 1996.
- Yrigoyen Fajardo, R. Pluralismo jurídico, Derecho indígena y jurisprudencia especial en países indígenas. *El Otro Derecho*(30), 2004, 171-195.
-

Estado Social y Derechos Sociales: argumentos liberales para su constitucionalización

Social State and Social Rights: liberal arguments for constitutionalisation
Estado Social e Direitos Sociais: argumentos liberais para a constitucionalização

Pablo Aguayo Westwood 
Universidad de Chile, Chile

Santiago Estévez Álvarez 
Universidad de Chile, Chile

Resumen

Desde los orígenes del constitucionalismo moderno la incorporación de un catálogo de derechos ha gozado de amplia aceptación. Lo anterior resulta indiscutible si nos referimos a los derechos civiles y políticos. Sin embargo, no ocurre lo mismo con los derechos sociales, habiendo diferentes opiniones en la literatura sobre su fundamento y constitucionalización. A este respecto, cobra especial relevancia la idea del Estado social como mandato al Estado para hacerse cargo de las vicisitudes que coartan la posibilidad de desarrollar los proyectos de vida de las personas. En virtud de lo anterior, este artículo presenta el panorama del actual debate acerca de la constitucionalización de los derechos sociales y su vinculación con la cláusula del Estado social de derecho. Asimismo, se ofrece una justificación de la constitucionalización de los derechos sociales desde la tradición liberal a partir de las nociones de autonomía y la idea de sociedad como un sistema de mutua cooperación.

Palabras clave: Estado social, derechos sociales, liberalismo, autonomía, mutua cooperación.

Abstract

Since the origins of modern constitutionalism, the incorporation of a catalogue of rights has enjoyed wide acceptance. The foregoing is indisputable if we refer to civil and political rights. However, the same does not occur with social rights and there are different opinions in the literature on its foundation and constitutionalisation. In this regard, the idea of the Constitutional Social State as a mandate to the State to take charge of the difficulties that limit the possibility of developing people's life projects is relevant. This article offers an overview of the current debate about social rights and its connection with the clause of the social rule of law and offers a defence of the constitutionalisation of these rights. To achieve this, a justification for the constitutionalisation of social rights is offered from the liberal tradition based on the notions of autonomy and the idea of society as a system of mutual cooperation.

Keywords: Social state, social rights, liberalism, autonomy, social cooperation.

Resumo

Desde as origens do constitucionalismo moderno, a incorporação de um catálogo de direitos teve ampla aceitação. O anterior é indiscutível se nos referirmos aos direitos civis e políticos. Entretanto, o mesmo não ocorre com os direitos sociais e há diferentes opiniões na literatura sobre sua fundamentação e constitucionalização. Nesse sentido, é relevante a ideia do Estado Social Constitucional como mandato ao Estado para se encarregar das dificuldades que limitam a possibilidade de desenvolver os projetos de vida das pessoas. Este artigo oferece uma visão geral do debate atual sobre os direitos sociais e sua conexão com a cláusula do estado de direito social e oferece uma defesa da constitucionalização desses direitos. Para isso, é oferecida uma justificativa para a constitucionalização dos direitos sociais a partir da tradição liberal baseada nas noções de autonomia e na ideia de sociedade como um sistema de cooperação mútua.

Palavras chave: Estado social, direitos sociais, liberalismo, autonomia, cooperação social.

DOI: [10.5281/zenodo.8194057](https://doi.org/10.5281/zenodo.8194057)

*Contacto: paguayo@derecho.uchile.cl Doctor en Ética y Democracia. Profesor Asociado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Es autor de *Justicia Social. Conceptos, teorías y problemas* (2020) y *Reconocimiento, justicia y democracia. Ensayos sobre Rawls* (2018).

†Contacto: santiago.estevez@derecho.uchile.cl Estudiante de Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Ayudante de la cátedra Filosofía de la moral y Teoría de la Justicia.

1. INTRODUCCIÓN

Desde los orígenes del constitucionalismo moderno la incorporación de un catálogo de derechos ha gozado de amplia aceptación. Por ejemplo, las primeras constituciones representaron la positivización de los principios propios del iusracionalismo ilustrado, consagrando principalmente los derechos del hombre y del ciudadano. Estos últimos, conocidos típicamente como derechos civiles y políticos (en adelante DCP), han sido caracterizados como derechos naturales e inherentes al ser humano, derechos que fundamentan la constitución de un Estado civil cuya obligación principal es entregarle protección. Sin embargo, desde finales del siglo XIX dentro del constitucionalismo se han suscitado diversas críticas a la suficiencia de los DCP para otorgar las condiciones mínimas para que las personas puedan llevar adelante sus proyectos de vida de manera autónoma, por lo que se han incorporado otros catálogos de derechos, entre ellos los derechos económicos, sociales y culturales, conocidos como derechos sociales (en adelante DS).

No obstante, a diferencia de los DCP, no es pacífica la idea de que los derechos económicos, sociales y culturales debiesen estar constitucionalizados¹. Resulta indiscutible que los DCP gozan de una amplia aceptación en cuanto a su consagración constitucional dado que entregan legitimidad a la existencia del Estado. Lo anterior se basa en gran medida en la idea de que los DCP corresponderían a derechos naturales precontractuales que el Estado estaría llamado a proteger. Además, son derechos cuyo titular somos todos los ciudadanos, lo que les permite otorgar una verdadera igualdad jurídica entre todos los individuos que integran la sociedad. Los DS, en cambio, no pueden sino identificarse con las necesidades particulares de sus beneficiarios; necesidades que permitirían una desigualdad jurídica relevante entre distintos grupos en orden a concretar lo que se conoce como igualdad sustantiva.

En este sentido, y como desarrollaremos en este trabajo, la literatura ha presentado argumentos de diversa índole en miras a derribar la pretensión de consagrar los DS en la Carta Magna. Algunos como Hayek (1960) y Nozick (1974) dieron preeminencia a los derechos de primera generación negando de plano la pertinencia de consagrar los DS en tanto esto sería un atentado contra la libertad del individuo que el Estado está llamado a salvaguardar. En palabras de Hayek, los DS, como la propia justicia social, serían meros espejismos. Otros como L.W. Sumner (1987) han defendido que, dado que los recursos son escasos, solo pueden entregarse al grupo que los reclama y, por tanto, no son universales. Así, los DS usualmente son vistos como fines deseables pero que en la práctica son difíciles de concretar, dada la escasez de los recursos. Incluso se han levantado críticas más radicales a la idea de derechos sociales como la presentada por Fernando Atria en su artículo *¿Existen los derechos sociales?* (2004) quien argumentó que la sola idea de derechos sociales presenta una contradicción entre la forma liberal y su contenido socialista. Dado lo anterior, un entendimiento de estos derechos como derechos subjetivos implicaría su degeneración traduciéndolos en la práctica a meras herramientas disponibles para el favor de los propios intereses individuales de los y las ciudadanas, en desmedro de los intereses sociales o comunes.

Asimismo, la discusión sobre la constitucionalización de los DS guarda estrecha relación con la manera en que estos pueden hacerse exigibles. Dentro de la literatura existe una fuerte oposición a la consideración de los DS como derechos subjetivos y a los procedimientos mediante los cuales estos podrían reclamarse. Esta tesis se funda en que su judicialización implicaría entregar un poder de interferencia inaceptable a la judicatura. Lo anterior conllevaría un conflicto de competencias con el Legislador y la Administración, quienes tradicionalmente se han entendido como los poderes públicos que se arrogan la creación e implementación de políticas públicas.

En lo que sigue, nos centraremos en ofrecer el estado del debate acerca de la constitucionalización de los DS, para luego esbozar una justificación plausible de ello desde la tradición liberal.

¹La expresión Derechos Sociales (DS) pertenece al ámbito de la discusión constitucional, mientras que la idea de Derechos Económicos Sociales y Culturales (DESC) es más cercana al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En el contexto de este trabajo se usan como sinónimo, aunque la discusión se centra más en la idea de derechos sociales prestacionales.

A este respecto, comenzaremos con una breve explicación de los principales fundamentos teóricos que subyacen tanto a los DCP como a los DS. Luego, haremos referencia a la vinculación entre los DS y la cláusula del Estado social de derecho. En seguida nos abocaremos a detallar las principales críticas que existen hacia la noción de DS y su constitucionalización. Finalmente, entregaremos una justificación plausible de los DS desde la tradición liberal.

2. DERECHOS SOCIALES

A diferencia de lo que ocurre con los DCP, no existe consenso acerca del fundamento de los DS. Por una parte, es ampliamente aceptado que los DCP tienen su origen en los cambios filosófico-políticos experimentados entre el siglo XVII y XVIII con el advenimiento de la Ilustración. En este sentido, y conforme a las teorías contractualistas clásicas, el Estado se crea como efecto de un pacto social para proteger aquellos derechos que en principio se consideraban inherentes a la naturaleza humana de forma previa a la existencia de una sociedad organizada. Por consiguiente, los derechos naturales e inherentes al ser humano –considerados de manera abstracta y, por lo tanto, universales²– se conciben como límites al poder del Estado, el cual tiene un deber de abstención de interferir en la libertad de los individuos. Por esta razón, se ha mencionado que el fundamento de los DCP estaría en la igualdad jurídica o formal que estos despliegan: “crean una sociedad basada en la autodeterminación individual que, sobre la base del reconocimiento de la igualdad jurídica, generará el desenvolvimiento de la desigualdad natural de los individuos (...) legitimada por ser la expresión de la espontánea dinámica de la sociedad” (Carmona 32).

El fundamento de los DS, por su parte, ha sido objeto de amplio debate al interior de la filosofía política y del derecho. Algunos autores han argumentado que la igualdad jurídica o formal que propician los DCP no sería suficiente dado que pasaría por alto las desigualdades materiales existentes entre los individuos que componen la sociedad. Por ello, el fundamento de los derechos sociales es que constituirían la base material sobre la que se podría alcanzar la igualdad sustancial. En palabras de Prieto Sanchís, a través de ellos se habilita a los individuos a “gozar de un régimen jurídico diferenciado o desigual en atención precisamente a una desigualdad de hecho que trata de ser limitada o superada” (Prieto Sanchís 17). Este argumento descansa en la premisa de que los DS son condición necesaria para la realización sustantiva de los DCP en la medida en que resulta poco razonable esperar que una persona en condición de pobreza o vulnerabilidad pueda realizar las libertades y derechos que lo califican como un igual a aquellos que sí tienen los medios para la autosuficiencia económica.

Por otra parte, es posible pensar en una fundamentación de la existencia de los DS sobre la base de la consecución de la libertad fáctica. En esta línea, Robert Alexy argumentó que la libertad jurídica –la no interferencia de terceros en las decisiones de los individuos—pierde cualquier valor si no es en conjunción con la libertad fáctica (Alexy 214-215). Siguiendo al autor, el catálogo de derechos fundamentales tendría como finalidad el desarrollo personal de cada individuo; objetivo para el cual se hace necesario poder asegurar no solo la posibilidad de poder elegir entre diferentes planes de vida, sino que esta decisión no se vea coartada por circunstancias externas a la voluntad como pueden ser una situación de empobrecimiento o precariedad que limiten una real elección. En consecuencia, sería imperativo asegurar la libertad fáctica como presupuesto de la libertad jurídica, de manera que esta última se vea realmente realizada.

A modo de cierre, es posible establecer –haciendo un análisis de las distintas posiciones al respecto— que los DS tienen como objetivo general materializar las libertades e igualdades jurídicas o formales que nos entregan los derechos de primera generación. Esto guarda estrecha relación con los fundamentos de la cláusula del Estado social de derecho, construida a principios del siglo XX por Herman Heller. En vistas de aquello, a continuación, haremos referencia a la vinculación existente entre los DS y dicha fórmula.

²Véase por ejemplo la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

3. EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

La cláusula del Estado social de derecho nace como cristalización de un proceso de cuestionamientos al ideario ilustrado y, por consiguiente, al modelo del Estado de derecho liberal. El problema, según marxistas y socialistas, radica en que precisamente este Estado abstencionista permitía la estructuración de la sociedad en base a las desigualdades materiales que se desenvolvían libremente al interior de la economía capitalista y el orden jurídico propio del derecho privado. En otras palabras, el Estado liberal propiciaba una distribución de riqueza que podría ser justa desde una concepción de justicia libertaria como la de Robert Nozick (1974), en cuanto la distribución es producto de intercambios libres e incondicionados privilegiando la libertad contractual y la igualdad jurídica de las partes. En cambio, según John Rawls estos sistemas de libertad natural (1971 65-66) se asientan en distribuciones que, si bien son eficientes, no por ello pueden considerarse justas. En este sentido, el problema que observaron los críticos del ideario de la ilustración es que esta igualdad formal que propicia la consecución de proyectos de vida conforme al mérito es ciega ante las vicisitudes de la lotería social y natural que sufren los individuos y equipara, en el lenguaje de Ronald Dworkin, suerte bruta con suerte opcional (2000 73). De esta manera, comienzan a aparecer diversas legislaciones en aras de corregir dichas desigualdades materiales³ particularmente el constitucionalismo social como una respuesta al malestar derivado de la llamada *cuestión social*. Desde esta tradición constitucional, las cartas fundamentales ya no solo tienen como misión organizar el poder, sino que también asumen una función de transformación social. Así, por ejemplo, en Chile el constitucionalismo social fue piedra angular de la Constitución Política de la República de 1925 incorporando un nuevo concepto de propiedad con énfase en su función social –tomando clara distancia del derecho de propiedad *natural* propio del liberalismo clásico— un sistema impositivo progresivo, la educación primaria obligatoria, además de reconocer la doctrina de los derechos sociales garantizando a los ciudadanos “un mínimo de bienestar” (Ruiz-Tagle 128).

Junto a lo anterior, es importante destacar que la cláusula del Estado social cobra especial relevancia en cuanto intenta ser un “necesario complemento” al Estado abstencionista (Viera 466). Ahora, reconociendo que el debate sobre el contenido de la cláusula no es pacífico⁴ si nos fijamos en las cuestiones incorporadas en constituciones como la chilena de 1925, podemos apreciar que la fórmula del Estado social entrega un deber al Estado de actuar positivamente sobre la sociedad en contraposición al deber de abstención que defendía el contractualismo liberal. La razón de lo anterior se debe a que la cláusula del Estado social busca reivindicar la solidaridad frente al individualismo que caracteriza el ideario ilustrado. Así, la interdependencia social entre los individuos es el presupuesto que subyace a un Estado social: el ser humano es consciente de que no es capaz de satisfacer sus necesidades, tendencias y aspiraciones si no es mediante la vida en común con los demás. En este sentido, siguiendo a León Duguit (1926), el Estado tiene como elemento esencial la prestación de servicios públicos destinada a la satisfacción de las necesidades de sus integrantes, en consecuencia, el Estado está obligado a hacer “todas aquellas leyes que sean necesarias para asegurar la realización de la solidaridad social” (Duguit 279). Por ende, la cláusula del Estado social configura un mandato a la Administración del Estado a hacer o entregar prestaciones y servicios públicos. Ese deber prestacional que emerge de la idea de servicio público no puede sino verse favorecida con la incorporación de los DS. Precisamente, los DS aparecen como elementos indispensables de un Estado social que pretende hacerse cargo de garantizar bienes y servicios que permitan a los individuos la realización de sus proyectos de vida.

Otra razón para apoyar lo anterior descansa en que los poderes públicos se encuentran vinculados tanto positiva como negativamente en su actuar por dicha cláusula. Por un lado, se encuentran vinculados positivamente, ya que tanto el Legislador como la Administración deben utilizar la cláusula como directiva, por ende, no poseen discrecionalidad respecto del camino que

³Para un estudio más detallado del proceso de cambio de paradigma en el constitucionalismo y la aparición de las primeras legislaciones en materia social véase: Carmona, Encarnación. *El Estado social de Derecho en la Constitución*. Madrid: Consejo Económico y Social, 2000.

⁴Para una apreciación más detallada de este debate véase Viera, Christian. “El Estado social como fórmula en la constitución chilena.” *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* 21 (2) (2014): 453-482.

deben seguir en su actuar. Por otro lado, tiene una vinculación negativa al utilizar la fórmula del Estado social para controlar la actuación de los poderes públicos, en el entendido de que su validez estará condicionada por su conformidad con la cláusula (Santamaría Pastor 101). Entonces, esta cláusula es de tal entidad que modificaciones o actuaciones estatales que atentaran contra la consecución de la libertad fáctica no serían posibles o, en caso de serlo, se verían enfrentadas a un vicio de inconstitucionalidad. De ahí su vinculación estrecha con los derechos sociales, ya que la consagración del Estado social permite el mejor desenvolvimiento del objetivo que estos tienen detrás.

En consecuencia, esta fórmula se constituye como un verdadero “mandato expreso de configuración de la sociedad en orden a hacer realidad la libertad y la igualdad de los individuos” (Santamaría Pastor 100), es decir, esta cláusula encarna una función teleológica en orden a organizar la sociedad de manera que la libertad y la igualdad de las personas abandone el plano meramente formal y se manifieste sustancialmente mediante la provisión de prestaciones. Como dijimos anteriormente, un Estado social se constituye como un Estado que provee servicios públicos en miras de satisfacer necesidades de los ciudadanos; es ahí donde entran los derechos sociales como un mecanismo para contribuir con el objetivo que se busca entregar al aparato estatal. No obstante, existe cierto desacuerdo en la doctrina con la idea de los DS y su constitucionalización.

4. EL DEBATE SOBRE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES

Como enunciamos en la Introducción, al igual que en sus fundamentos, la constitucionalización de los DS no es un tópico que goce de unanimidad en la literatura. En lo sucesivo, presentaremos las principales aristas en relación con este debate.

En primer término, la gran mayoría de las críticas a la constitucionalización de los DS se basa en la distinción entre derechos negativos y derechos positivos.⁵ Según esta crítica algunos derechos son negativos dado que solo imponen deberes de no interferencia. Otros derechos, en cambio, son positivos e imponen deberes positivos al Estado para que realice todas aquellas acciones necesarias para asegurar los bienes, oportunidades y recursos para que las personas puedan llevar su vida adelante. Lo anterior, se ve principalmente representado en lo que Cécile Fabre (1998) denomina *conflict distinction*, esto es, la idea según la cual los derechos civiles y políticos –de raigambre negativa– no tienen la función de asignar recursos y, por ende, no entran en conflicto entre sí. Los derechos sociales, por su parte, son de naturaleza positiva: entregan deberes positivos de actuación al Estado para que asignen recursos escasos, siendo natural que existan conflictos entre sí. Esto ha tenido como corolario la afirmación de que los DS no deben ser consagrados a nivel constitucional dado que se encuentran en la esfera de los derechos positivos y, por consiguiente, constitucionalizarlos implica un conflicto en su realización material.

Si bien es cierto que en su gran mayoría los DS prestacionales como la salud, la vivienda o la educación son efectivamente derechos cuya obligación es de naturaleza positiva, esto no implica que sea una característica exclusiva de ellos. Evidentemente, como han sostenido varios autores y autoras, los derechos civiles y políticos –derechos negativos por antonomasia– también pueden ser entendidos desde la óptica de un derecho positivo que impone al Estado realizar actuaciones y, por tanto, desplegar recursos para ello. Así, por su carácter de derechos subjetivos sujetos a tutela, los derechos civiles requieren la utilización de presupuestos fiscales para financiar el aparato jurisdiccional. Asimismo, los derechos políticos no solo implican un deber de no interferencia, sino que también se requiere de una puesta en marcha de organización y financiamiento para llevar a cabo, por ejemplo, procesos electorarios (Fabre 1998; Prieto Sanchís 2000). Incluso, según Abramovich y Curtis (2002), esta distinción sería en realidad una de grado y no de naturaleza, puesto que, los derechos sociales se pueden manifestar como prestaciones, pero también en forma

⁵Véase Wibye, Johan. “Reviving the Distinction between Positive and Negative Human Rights.” *Ratio Juris* 35, (4) (2022): 363-82.

de abstenciones, ya que la naturaleza de la obligación puede ser tanto de hacer como de no hacer, respectivamente.

Por otra parte, han existido críticas de diversa índole en miras a cuestionar que el liberalismo sea capaz de justificar la constitucionalización de los derechos sociales. Así, por un lado, algunos niegan rotundamente la pertinencia de incluir este tipo de derechos en la carta magna debido a su choque con los derechos y libertades de primera generación en la medida en que los consideran de primera categoría (Hayek 1960, Nozick 1974). La tesis anterior es especialmente relevante en la teoría de la justicia de Robert Nozick. Bajo su concepción de justicia como justo título (*entitlement*), es justa una distribución cuando esta es el resultado de intercambios libres y voluntarios entre los individuos de la sociedad. De esta manera, los principios de justicia que establece Nozick en *Anarchy, State and Utopia* (1974), tienen como presupuesto el hecho de que los bienes y posesiones actuales que tiene las personas fueron adquiridas con justicia y, en caso de no ser así, aplicar el principio de rectificación de la injusticia para restablecer el orden establecido por esta concepción de justicia. Como es posible apreciar, la teoría de Nozick aboga por la protección de las libertades individuales que típicamente se han considerado como los derechos de primera generación. Así, defendiendo un Estado mínimo, se hace imposible congeniar la existencia de los derechos sociales por cuanto estos implicarían un esfuerzo distributivo que implicaría el establecimiento de un patrón distributivo. Esto, porque la forma de financiamiento de los DS ha sido históricamente el sistema impositivo. Sin embargo, siguiendo a Nozick, el aumento de la tasa impositiva con objeto de proveer derechos sociales que constan como mandato expreso en la constitución implicaría un aumento de la injerencia del Estado en la libertad de los individuos que lo haría devenir en ilegítimo. Esto se hace aún más evidente si consideramos que el mismo Nozick sostuvo que los impuestos como un “trabajo forzado” (169). Para defender esta tesis Nozick argumentó que no existe patrón distributivo que pueda ser establecido sin interferir constantemente en la libertad de la gente. Por lo tanto, existen posiciones desde el liberalismo⁶ que son reacias a fórmulas como los derechos sociales que impliquen la contravención de los derechos civiles y políticos.

En conexión a lo anterior, existen otros autores que han afirmado que la noción misma de derechos sociales sería una contradicción en los términos. Bajo esta concepción, la inclusión de los derechos sociales en clave de derechos subjetivos implica una concepción de estos como seguros que tiene cada ciudadano. En este sentido, según Fernando Atria (2004), en la tradición liberal los derechos se fundan en el autointerés y son entendidos como seguros individuales para que cada agente pueda precaverse a sí mismo. En contraposición, la concepción socialista o comunitaria de los derechos sociales –a la que Atria adhiere– se funda en la solidaridad, entendida en el sentido *de cada cual, según sus capacidades, a cada cual según sus necesidades*. Según este entendimiento de los DS, estos no pueden expresarse como derechos subjetivos ya que implica un deber de la comunidad de hacerse cargo del bienestar de sus integrantes. Para Atria existiría una contradicción entre la *forma* liberal en la que son expresados estos derechos y su *contenido* eminentemente socialista. He aquí el problema, observa Atria, pues al expresar el ideario socialista o comunitario en forma de derechos subjetivos la raíz comunitaria de esos derechos es negada y su exigencia se convierte en una acción de los individuos en contra de la comunidad. Esto mismo es lo que estaría ocurriendo, por nombrar un ejemplo, con los recursos de protección que tienen al sistema de ISAPRES al borde del colapso⁷ un derecho que tiene fundamento solidario se cae a pedazos en virtud de demandas que los convierten en aspiraciones individuales.

En contraposición, algunas autoras han abogado por la constitucionalización de los derechos sociales en virtud de que sin ellos muchos individuos se verían privados de desarrollar sus proyectos de vida de manera verdaderamente autónoma (Fabre 1998). Incluso, si es que los

⁶Si bien Nozick es un autor que forma más bien parte de la tradición libertaria, también se puede sostener que este sería un argumento propio del liberalismo clásico vinculado a la idea de propiedad y apropiación de Locke. Véase, por ejemplo, S. B. Drury: “Locke and Nozick on Property”.

⁷Las Instituciones de Salud Previsional (ISAPRE) son un sistema privado de seguros de salud, actualmente conformado por nueve Aseguradoras. Véase <https://www.supersalud.gob.cl/664/w3-article-2528.html>. Para la discusión sobre su actual estado puede verse la página de la Comisión de Salud del Senado de Chile: <https://www.senado.cl/noticias/isapres/isapres-comision-de-salud-aborda-situacion-del-sector-y-anticipa-agenda>

derechos sociales quedaran excluidos de la constitución, esto habilitaría al gobierno a eludir los deberes que mandatan los derechos sociales junto con verse disminuidos ante cualquier conflicto que se presente frente a los derechos civiles y políticos.

En lo que sigue ofreceremos una argumentación en favor de la constitucionalización de los derechos sociales desde una perspectiva liberal que pueda hacer frente a las objeciones que vimos en los párrafos precedentes.

5. ESTADO SOCIAL, DERECHOS SOCIALES Y LIBERALISMO

En el debate sobre el lugar que deberían ocupar los DS en la constitución es bastante común sostener que el liberalismo tendría pocos argumentos para ir en su defensa. Lo anterior se basa en la disyunción Estado liberal y Estado Social según la cual el Estado liberal estaría principalmente preocupado por hacer efectivo los DCP y solo en menor medida en garantizar los DS (Bastidas 2009, Arriagada 2015, Sanz 2016). Por ejemplo, María Beatriz Arriagada en su artículo *La imposibilidad de equiparar derechos sociales y liberales* concluye que los DS “aparecen como derechos incompletos, deficientes, discapacitados o devaluados frente al estatuto privilegiado de los derechos civiles y políticos” (838). Parte de esta crítica fue ya presentada en este artículo cuando mostramos la animadversión que Atria tiene frente a la idea de DS, en gran medida porque la idea de derechos subjetivos no recogería el contenido socialista de estos derechos. En lo que sigue, mostraremos dos argumentos liberales que sirven para responder a estas críticas y, con ello, no solo disputar la crítica según la cual la tradición liberal no tendría argumentos sustantivos para defender la inclusión de los DS en la constitución, sino que también que la idea de Estado social es afín a la idea de sociedad como sistema de mutua cooperación que Rawls presentó en *A Theory of Justice*.

i. Derechos sociales y liberalismo

En su artículo *Existen los derechos sociales* Fernando Atria sostuvo que “si la noción de derecho es entendida por referencia a la idea de derecho subjetivo en el sentido jurídico del término, la noción de derechos sociales es una contradicción en los términos. Si queremos evitar esta conclusión debemos rescatar una forma alternativa de entender el concepto político de derechos” (2004 15). Para Atria en el debate actual existe una clara tendencia a manifestar las demandas por bienes sociales en términos de derechos subjetivos dado que de otra manera los fines que se encuentran detrás de los DS no podrían vencer a los DCP. La razón de lo anterior es que el derecho liberal-burgués estaría organizado para ofrecer protección a los DCP, y es esa *forma* la que se trasladaría a la protección de los DS. He aquí el problema, observa Atria, pues al expresar el ideario socialista en forma de derechos subjetivos, la raíz socialista de estos es negada y su exigencia se convierte en una acción de los individuos en contra de la comunidad.

En contraposición a la tesis de Atria, filósofas como Cécile Fabre han abogado por la constitucionalización de los derechos sociales a partir de la idea de autonomía, un argumento que pertenecería claramente a la familia liberal (Fabre 1988 y 2000). Para Fabre la importancia de consagrar a nivel constitucional estos derechos radica en que sin los recursos que estos brindan muchos individuos se verían privados de desarrollar sus proyectos de vida de manera verdaderamente autónomo⁸. Incluso, si es que los derechos sociales quedaran excluidos de la

⁸Como lo señaló Fabre en *Social Rights Under the Constitution: Government and the Decent Life*: “individuals have social rights to adequate minimum income, housing, health care, and education, and that those rights must be entrenched in the constitution of a democratic state” (2000: 4). Como lo señalamos anteriormente, esta tesis contrasta con la que ofreció Fernando Atria en “Social Rights, social contract, socialism” (2015), según la cual las instituciones judiciales pueden proteger los derechos individuales de forma más efectiva a los derechos sociales porque estos últimos implican un entendimiento de la ciudadanía que es incompatible con el derecho burgués, mientras que los derechos individuales es su manifestación más evidente. Para Atria el derecho burgués puede proteger los derechos sociales a través de sus formas tradicionales de protección, pero al hacerlo inevitablemente los transforma en derechos individuales, en otras palabras,

constitución esto habilitaría al gobierno a eludir los deberes que mandatan los DS junto con verse disminuidos ante cualquier conflicto que se presente frente a los DCP.

Para Fabre, en el debate contemporáneo son dos las cuestiones que se ponen como capacidades que cristalizarían a la autonomía, a saber, (i) qué se quiere hacer con nuestra propia vida y (ii) si y cómo esta puede cambiarse. Asimismo, dentro de las concepciones al interior de la tradición liberal podemos encontrar (a) Rawls: la autonomía como la capacidad para diseñar, revisar y perseguir una concepción de lo bueno, o de la forma de vida que estimamos valiosa, así como deliberar y actuar de acuerdo a esta, (b) Raz: poseer ciertas capacidades personales junto a un adecuado rango de oportunidades para elegir y hacer efectiva sus capacidades, (c) Cohen: acceso a las oportunidades en el sentido de tener conocimiento adecuado acerca de qué oportunidades la sociedad nos ofrece (Fabre 2000 9-11). Tomadas en su conjunto, una persona es autónoma si tiene las capacidades personales junto a las oportunidades para elegir a partir de un real acceso a dichas oportunidades y, de este modo, diseñar, revisar y perseguir una concepción de vida buena que considera contribuye a la formación de su identidad en un determinado periodo de nuestras vidas. Aquí la dimensión temporal es esencial en la medida en que uno de los rasgos esenciales de la autonomía personal es la reversibilidad de lo que consideramos valioso. De este modo, una persona autónoma podría modificar lo que considera bueno en un momento determinado de su vida, incluso podría rediseñar su propio plan de vida⁹

Resulta difícil de negar que la autonomía personal requiere de ciertos bienes materiales y sociales, así como de instituciones que las garanticen. En este sentido sería posible afirmar que la constitucionalización de los DS sería un primer paso para que las principales instituciones de la estructura básica de la sociedad orienten sus políticas sociales en virtud de ofrecer a cada ciudadano las condiciones mínimas para que pueda llevar adelante su vida y pueda desarrollar aquella que le parezca valiosa. En este sentido, la constitución no solo debería garantizar el respeto a la autonomía personal –algo que podría hacer mediante los DCP– sino también promoverla, en palabras de Fabre: “tener derechos para que se respete [la autonomía] impone deberes negativos de no interferencia, mientras que tener derechos para que se promueva impone deberes positivos de entregar los recursos necesarios para alcanzarlos” (2000 7). Para Fabre que el Estado garantice estos recursos constitucionalmente es la base para poder llevar adelante una vida decente.

ii. La sociedad como sistema de mutua cooperación y la idea de Estado social

En *Teoría de la justicia* Rawls afirmó que el respeto que produce una determinada concepción de la justicia por sobre otra no solo depende de las consecuencias que se obtendrían de cómo esta organiza sus instituciones, sino también de la idea de sociedad que busca promover. De acuerdo con su posición, una concepción de la justicia que promueva el respeto mutuo de los miembros de la sociedad permitiría fundar las bases para la cooperación social. En este sentido podríamos sostener que, a diferencia de su propuesta, las teorías de corte utilitarista no podrían avanzar en dicho fin en la medida en que “el principio de utilidad es incompatible con la concepción de la cooperación social entre iguales para el beneficio mutuo. Este parece ser inconsistente con el ideal de reciprocidad implícito en la noción de una sociedad bien ordenada” (1971 14). Asimismo,

los des-socializa. En este sentido, en el marco ofrecido por una teoría contractual como la de Rawls sólo sería posible fundamentar los derechos sociales en el interés racional que cada una de las partes tiene y, en ese sentido, la renuncia es siempre a cambio de algo. Creemos que esta tesis es completamente contraria a lo que defiende el contractualismo de Rawls y descansa en una imagen que, a lo sumo, se acerca a la teoría contractual de Hobbes.

⁹Una discusión interesante sobre esta concepción de la autonomía se encuentra en el artículo de Catriona McKinnon “Self-Respect and the Stepford Wives” en el que discute acerca de la autonomía que tendrían aquellas mujeres que viven al servicio de sus maridos en condiciones de abundancia económica. Para McKinnon dichas mujeres no serían realmente autónomas ya que no tendrían las condiciones para cambiar de forma de vida o reinventarse. Al referirse al tema de la autonomía señala: “But putting this to one side, we might learn more about self-respect by considering what sorts of capacities might be claimed to ground it. One obvious candidate is the capacity for autonomy, understood as self-determination independent of social standards. The Stepford Wives live their lives according to social norms which prioritise the interests of their husbands” (2002 64). En “Basic Income, Self-Respect and Reciprocity” (2003) McKinnon sostuvo que la renta básica sería una medida que permitiría alcanzar un mínimo vital a partir del cual desarrollar la autonomía.

podemos señalar que su concepción de la justicia como equidad se diferencia de las concepciones libertarias centradas principalmente en los derechos individuales que los ciudadanos tendrían al interior de una sociedad, ya que a diferencia de un Estado mínimo como el propuesto por Nozick, Rawls defendió un Estado fuerte cuyo entendimiento se acerca bastante a la de Estado social tal como fue caracterizado en el punto 3 de este artículo.

Cabe señalar que, si bien es posible argumentar que la concepción que Rawls tiene de sociedad como sistema de mutua cooperación es cercana a la idea de Estado social, esta concepción no podría realizarse bajo un Estado del Bienestar Capitalista (*welfare-state capitalism*). La razón de lo anterior es que este sistema “no favorece la reciprocidad entre los ciudadanos, así como tampoco garantiza una equitativa igualdad de oportunidades ni un equitativo valor de las libertades básicas” (Aguayo 2022 104). Para Rawls el Estado de Bienestar Capitalista deja el control de la economía en manos de un grupo ya enriquecido de actores privados por lo que no garantiza a todos los ciudadanos recursos suficientes para tener las mismas oportunidades de influir en la política, o tener oportunidades suficientemente equitativas en educación y empleo (Rawls 2001 139). Junto a lo anterior, el Estado de Bienestar Capitalista generaría “una subclase de ciudadanos desmoralizados que a su vez tenderían a responsabilizarse por su fracaso en el acceso a los bienes sociales” (Aguayo 2022 104).

Por otra parte, para Rawls sus principios de justicia “son los principios de la justicia social: proporcionan una forma de asignar derechos y deberes en las instituciones básicas de la sociedad y definen la distribución adecuada de los beneficios y las cargas de la cooperación social” (1971 4). Cabe destacar que para Rawls la constitución es una de las instituciones responsables de la distribución de estas cargas y beneficios de la cooperación social, y que esta distribución debe considerar los elementos establecidos por sus principios de justicia. En este sentido, el principio de la diferencia marca un horizonte claro respecto de cómo deberían realizarse las distribuciones en favor de los que están peor. Rawls sostuvo que las desigualdades sociales y económicas son arbitrarias a menos que vayan en beneficio de los que están peor. La cuestión aquí entonces es cómo debe regularse la ejecución de este principio. Una alternativa sería dejarlo en manos del mercado y que este distribuya dichas cargas y beneficios en función del esfuerzo o el mérito de cada uno de los ciudadanos o de un Estado subsidiario tal como ha sido entendido en Chile.¹⁰

Pero como es sabido, Rawls fue un acérrimo crítico al ideal meritocrático y un fuerte defensor de la distribución de los bienes esenciales para llevar adelante nuestra vida. Para el autor de *Teoría de la justicia* si aceptamos que el estándar moral de igualdad de oportunidades ha de ser la mera igualdad formal garantizada por los DCP, entonces deberíamos aceptar que la arbitrariedad moral de la buena o mala fortuna natural y social pueda determinar con justicia el desarrollo de los planes de vida de las personas, planes que están indefectiblemente ligados nuestra salud, educación, alimentación y vivienda. Para Rawls el acceso a estos bienes sociales no puede depender solo del esfuerzo que los y las ciudadanas pudiesen hacer, señalando incluso que no es moralmente aceptable que las instituciones sociales –entre ellas la Constitución– reproduzcan las desigualdades derivadas tanto del origen social, como de los dotes naturales y de la buena o mala suerte en la vida. La razón es que para el autor “nadie merece una mayor capacidad natural ni tampoco un lugar inicial más favorable en la sociedad” (1971 104). Rawls sostuvo además que la manera en cómo se desarrollen y florezcan las capacidades naturales de las personas se ve afectada por todo tipo de condiciones sociales que estas tienen. Él incluso llegó a sostener que “la voluntad para hacer un esfuerzo, para intentarlo, y por tanto ser merecedor del éxito en el sentido ordinario, depende de la felicidad de la familia y de las circunstancias sociales” (1971 74). En otras palabras, nadie puede atribuirse mérito alguno porque tuvo la suerte de nacer en una familia que lo apoyara y motivara para alcanzar sus metas, ni menos atribuirse mérito por haberse educado en un colegio que le ofreció las herramientas para llevar adelante de manera exitosa su vida, y menos atribuirse mérito por gozar de buena salud o alimentación.

¹⁰Por ejemplo para Jaime Guzmán “el Estado subsidiario [. . .] busca y anhela las condiciones que posibiliten esa reducción [del Estado] como uno de sus objetivos más preciados, por representar la contrapartida de incentivar una mayor vitalidad creadora y participativa del cuerpo social” (1990).

Por otra parte, para Rawls la finalidad de la justicia social no es simplemente que todos tengan formalmente protegidas las libertades establecidas por el primer principio de la justicia, sino que las libertades básicas sean efectivamente realizables por todas las personas, al punto en que el valor de la libertad de los peor situados esté maximizado. En este sentido, y como lo sostuvimos al inicio de este trabajo, los DS son condición necesaria para la realización sustantiva de nuestra libertad en la medida en que resulta poco razonable esperar que una persona que se encuentra en una situación de pobreza o vulnerabilidad pueda ejercer efectivamente las libertades y derechos que lo califican como un igual a aquellos que tienen los medios para la autosuficiencia económica y que, entre otras cosas, le permiten incluso participar activamente de la política y realizar sus DCP.

Una línea similar de argumentación puede ofrecerse respecto del tipo de sociedad que subyace al principio de equitativa igualdad de oportunidades. La posibilidad real de acceder a los bienes sociales que en principio se encuentran disponibles para todos resulta imposible si no están garantizados ciertos mínimos vitales que permitan que la competencia por dichos bienes sea equitativa. Piénsese por ejemplo en la educación como un derecho social. Si este derecho no se encuentra garantizado, la igualdad de oportunidades para acceder a un empleo que me permita obtener los recursos para realizarse, es decir, ejecutar la libertad, se verían fuertemente limitadas. De este modo, tanto el principio de equitativa igualdad de oportunidades como el de diferencia cristalizan la idea de una sociedad como un sistema de mutua cooperación en el que las personas pueden actuar motivadas no solo por su propio interés, sino que reconociendo que sus propios dotes son parte de un acervo común (Rawls 1971: 101). Todo lo anterior muestra la estrecha relación que existe la concepción que Rawls nos presenta de la sociedad con los elementos que caracterizan al Estado social.

6. CONCLUSIÓN

En este trabajo hemos presentado las principales críticas que enfrenta la constitucionalización de los DS y su consagración al interior de un Estado social. Asimismo, hemos ofrecido argumentos de la tradición liberal que podrían hacerles frente. Para ello hemos visto cómo la idea de autonomía y la de sociedad como sistema de mutua cooperación nos permiten pensar en una sociedad en la que los peor situados tengan las garantías mínimas para llevar adelante su vida. Asimismo, hemos mostrado que bajo la idea de una sociedad como sistema de mutua cooperación se aloja una interpretación de los principios de justicia que obliga a pensar en un Estado social que no solo garantice unos mínimos sociales para que las personas puedan tomar decisiones autónomas, sino también garantizar constitucionalmente derechos sociales para que sean reales actores al interior de una sociedad que los considera libres e iguales. Como conclusión sostenemos que la manera más adecuada para lograr lo anterior es que estos mínimos sociales estén, como lo señala el título del libro de la profesora Cécile Fabre, *under the Constitution*.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abramovich, Victor & Courtis, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002.
- Aguayo, Pablo. "Socialismo liberal y democracia de propietarios en la teoría de la justicia de John Rawls" *Ideas y Valores* 71(179 (2022): 99-116.
- Alexy, Robert. "Derechos sociales fundamentales", comp. Miguel Carbonell et. al. Ciudad de México: UNAM, 2000. 67-85.
- Arriagada, María Beatriz. "La imposibilidad de equiparar derechos sociales y liberales", *Revista Chilena de Derecho* 42/3 (2015):819-842.
- Atria, Fernando. "¿Existen los derechos sociales?", *Discusiones* 4 (2004):15-59.
- Atria, Fernando. "Social Rights, Social Contract, Socialism", *Social & Legal Studies* 24/4

(2015): 598-613.

- Bastidas, Patricia. “El modelo constitucional del Estado Social y democrático de derecho, sus desafíos y la constitucionalización del proceso”, *Revista Via Iuris* 7 (2009): 45-59.
- Carmona, Encarnación. *El Estado social de Derecho en la Constitución*. Madrid: Consejo Económico y Social, 2000.
- Drury, Shadia B. “Locke and Nozick on property”, *Political studies* 30/1 (1982): 28-41.
- Duguit, León. *Manual de derecho constitucional: teoría general del Estado, el derecho y el Estado, las libertades públicas, organización política*. Madrid: Francisco Beltrán Librería Española, 1926.
- Dworkin, Ronald. *Sovereign Virtue*, Cambridge MA: Harvard University Press, 2000.
- Fabre, Cécile. “Constitutionalising Social Rights”, *Journal of Political Philosophy* 6/3 (1998): 263-284.
- Fabre, Cécile. *Social Rights under the Constitution: Government and the Decent Life*. Oxford: Oxford University Press, 2000.
- Guzmán, Jaime. “Respuesta a una campaña innoble. Indefinición del gobierno acerca del papel del Estado” (1990). Disponible en: https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/59417/1/2436_320.pdf
- Hayek, Friedrich. *The Constitution of Liberty*. Chicago: University of Chicago Press, 1960.
- McKinnon, Catriona. “Self-Respect and the Stepford Wives”, *Proceedings of the Aristotelian Society* XCVII (1997) :325-330.
- McKinnon, Catriona. *Liberalism and the Defence of Political Constructivism*. Palgrave Macmillan, 2002.
- Mckinnon, Catriona. “Basic Income, Self-Respect and Reciprocity”, *Journal of Applied Philosophy* 20/2 (2003): 143-158.
- Nozick, Robert. *Anarchy, State and Utopia*. New York: Basic Books, 1974.
- Prieto Luis. “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, *Revista Española de Derecho Constitucional* 22 (1995): 9-57.
- Rawls, John. *A Theory of Justice*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1971.
- Ruiz Tagle, Pablo. *Cinco Repúblicas y una tradición*. Santiago de Chile: LOM editores, 2016.
- Santamaria, Juan. *Principios de derecho administrativo general I*. Madrid: Iustel, 2004.
- Sanz, Raúl. “El Estado liberal, el Estado social y el Estado constitucional.” *Retos a la eficacia de los derechos humanos en España y la Unión Europea*, ed. Raúl Sanz. Ciudad de México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2016. 13-42.
- Sumner, L. W. *The Moral Foundation of Rights*. Oxford: Clarendon Press, 1987.
- Viera, Christian. “El Estado social como fórmula en la constitución chilena”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* 21/2 (2014): 453-482.
- Wibye, Johan. “Reviving the Distinction between Positive and Negative Human Rights”, *Ratio Juris* 35/4 (2022): 363-82.

Proceso constituyente entre decepción y desafección: las comunidades como esperanza

Constituent process between disappointment and disaffection: communities as hope

Processo constituinte entre decepção e desafeto: comunidades como esperança

Carolina Bruna Castro 
Universidad Austral, Chile

Resumen

El siguiente texto propone una contextualización sobre el modo en que se han dado los procesos constituyentes desde la revuelta social de octubre 2019. Propongo leer la revuelta social como un acontecimiento que acelera las demandas por el cambio constitucional en el marco de la cual los procedimientos democráticos y el énfasis en lo jurídico nos han mantenido entre la decepción y la desafección. Respecto de ello una posible perspectiva de futuro es atender a las críticas a la democracia de procedimiento pero buscando otras formas de hacer política pero para-institucionalmente.

Palabras clave: revuelta social, proceso constituyente, sistema legal, democracia, lo político.

Abstract

this paper I propose a contextualization of the way in which the Chilean constituent processes have taken place since the social revolt. I propose to read the social revolt as an event that accelerates the demands for constitutional change in the framework of which democratic procedures and the emphasis on the legal have kept us between disappointment and disaffection. Regarding this, a possible perspective for the future is to attend to the criticism of procedural democracy but looking for other ways of doing politics but institutionally.

Keywords: Social revolt, constituent process, legal system, democracy, the political.

Resumo

O texto a seguir propõe uma contextualização da forma como os processos constituintes têm ocorrido desde a revolta social de outubro de 2019. Proponho ler a revolta social como um acontecimento que acelera as demandas por mudança constitucional no quadro em que os procedimentos democráticos e a ênfase jurídica nos mantiveram entre a decepção e o desafeto. Nesse sentido, uma perspectiva possível para o futuro é enfrentar as críticas à democracia processual, mas buscar outras formas de fazer política que não seja parainstitucionalmente.

Palavras chave: revolta social, processo constituinte, sistema jurídico, democracia, o político.

DOI: [10.5281/zenodo.8194055](https://doi.org/10.5281/zenodo.8194055)

*Contacto: carolina.bruna@uach.cl Licenciada en Filosofía y Magíster en Filosofía mención en Ética y Filosofía Política por la Universidad de Chile y Doctora en Filosofía por la Universidad Complutense de Madrid. Actualmente es académica del Instituto de filosofía de la Facultad de filosofía y Humanidades de la Universidad Austral de Chile. Fue académica del Departamento de Ciencias del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Sus áreas principales de investigación son filosofía política y jurídica moderna y del siglo XX. Ha escrito también sobre pensamiento latinoamericano.

1. INTRODUCCIÓN

El proceso constituyente¹ no parte con los hechos del 2019 de la revuelta social². De hecho, se podría decir que los problemas que ebullen en octubre de 2019 no se solucionan exclusivamente con un cambio constitucional, aun cuando, evidentemente, dejar atrás la constitución de la dictadura chilena y todas las trabas que conlleva contribuiría a ello. La demanda del cambio de constitución es un proceso que se fragua al calor del descontento social y del anhelo de una generación que ha conseguido ser parte de la elite universitaria y no necesariamente de la económica. A este grupo pertenecen las personas que van logrando el acceso a la universidad contra toda la adversidad de la clase y la situación escolar. Indicios de ello los encontramos en el 2011 en las movilizaciones estudiantiles, en los dichos de quienes eran voceros/os estudiantes y en una carta invitando a sumarse al movimiento Asamblea Constituyente (AC) del 2012 que apareció en el periódico *Le monde diplomatique*. Considerando lo anterior, el proceso constituyente se interseca con la revuelta social y ella *acelera* el proceso al generar *expectativas* concretas en quienes ya venían trabajando en el cambio constitucional, tanto a través de la organización comunitaria, como entre quienes fueron asesores en las reformas constitucionales previas, como en el proceso iniciado por Michelle Bachelet el 2015.

Considerando lo anterior además de los antecedentes contextuales, hay tres pilares conceptuales desde los que podemos relatar los últimos años de proceso constituyente: la chance u oportunidad, la democracia y lo político. El concepto de chance nos direcciona a la acción y a la aceleración del proceso en un momento, nos entrega la posibilidad de hablar de desilusión al no poder concretar las expectativas; el de democracia nos pone en frente la desafección, la despolitización de nuestra vida y junto con lo político nos invitan a pensar futuros posibles y ampliar su propio concepto. Estos tres pilares son caras de un mismo problema: la crisis de las instituciones políticas modernas, entre ellas principalmente de la representación política. En lo que sigue articularé mi texto en cuatro partes: “Antecedentes contextuales abreviados”, “Lo jurídico y la chance”, “Algunas indicaciones previas sobre la desafección y desinterés”; por último, “La democracia y lo político: entre desafección y deseo de futuro”.

2. ANTECEDENTES ABREVIADOS

El tramo del proceso constituyente que aún vivimos tiene por uno de sus hitos de desarrollo la convención constitucional (2021-2022). La Convención Constitucional fue un intento por canalizar institucionalmente el descontento social que había tomado curso en la Revuelta del 2019. Se podría decir que fue una *oportunidad* que se avizoró para finalmente cambiar la Constitución. Digo “finalmente”, porque no es una demanda nueva: al menos desde el 24 julio del 2012 se encuentra un registro por escrito de esta inquietud en un medio de comunicación. Ese día, apareció una carta en el periódico *Le monde diplomatique* invitando a organizarse para solicitar una cuarta urna en las elecciones de noviembre del 2013, en ella se depositaría el voto en respuesta a si cambiar o no la constitución del 1980. Dice la carta: “El gran objetivo es hacer posible, más allá de toda retórica o demagogia, que sea toda la ciudadanía la que decida sobre la continuidad de la Constitución Política de 1980 o su reemplazo por una Constitución verdaderamente democrática emanada de una Asamblea Constituyente. Si no nos unimos, la minoría plutocrática mantendrá esta constitución por cien años o más” (*Le monde diplomatique*, 24 de julio 2013)³. Esta cuarta urna no llegó a concretarse y durante el 2013 se comenzó a manifestar el movimiento por Asamblea

¹ Este texto tiene su origen en algunas columnas de opinión y comentarios sobre el proceso constituyente y la revuelta social, algunos de ellos van indicados en la bibliografía. Además tiene correlato en un trabajo en curso más amplio respecto del cual debo agradecer a Ivana Peric. Agrego gracias a: la lectura de Jonnathan Opazo, Roberto Chacana, a Benjamín Soto por conseguir el registro de la Virgen de las Barricadas en Valdivia, a las conversaciones que se han dado en el marco de otras acciones colectivas, entre las que quiero destacar muy especialmente las que se dan con las personas compañeras del cuidado del humedal de Angachilla en Valdivia, la corporación Parque comunitario Angachilla.

² Para un contexto de la revuelta se puede leer Pérez 2019 y los textos del Dossier de *Sin Permiso* 2019.

³ Sergio Grez data en el 2011 el momento en que la idea de una asamblea constituyente ha ido cobrando fuerza (Grez y foro por la asamblea constituyente 2019). Probablemente el volumen en el que él mismo colabora el año 2009 sea un

Constituyente (AC). Movimiento que, además de manifestaciones públicas, invitaba a marcar los votos en las diferentes elecciones con las letras “AC”, por supuesto se convocó a ello para las elecciones de noviembre de 2013. Ese mismo año, Diego Vela, en ese entonces presidente de la Federación de Estudiantes de la Universidad Católica, llama a la ciudadanía desde el movimiento estudiantil a marcar los votos. Para ello, invoca la crisis de la democracia y de las instituciones políticas, aludiendo a la desigualdad social. En una columna aparecida en el diario digital *El Mostrador*, Vela decía que:

En una democracia sana, lo normal sería que sus *instituciones representativas acogieran como metas las inquietudes de la población*. Sobre todo, cuando hablamos de derechos o de la revisión de la democracia misma. Sin embargo, desde el 2006, año en el que nuestras demandas empezaron a posicionarse en la discusión pública, sólo hemos visto respuestas insuficientes por parte del gobierno respecto a estos temas: cuando pedimos gratuidad para que el dinero no sea intermediario en nuestro acceso al derecho a la educación, responden con más endeudamiento; cuando planteamos que hay que fortalecer la educación pública, se responde disminuyendo su matrícula en más de un 15% y cerrando colegios públicos; cuando planteamos que la calidad no puede ser fruto de la competencia, se responde aumentando a más de 10 las veces que se evalúa el SIMCE durante la etapa escolar y se crean “semáforos” que siguen segregando⁴ (destacado propio).

Vela refiere no solo a la coyuntura del año 2013, sino que, a las demandas de la movilización de estudiantes de secundaria del 2006, conocida como la *revolución pingüina*, y que tuvo continuidad el 2011, año en el cual se produjo uno de los movimientos por la educación más masivos e intergeneracionales, al punto que se caracterizó por ser extremadamente creativo como un vuelco de timón respecto de la violencia habitual con que se tildan a las manifestaciones⁵. Violencia que, por lo demás, podríamos definir como la válvula de escape de la rabia y el descontento contenido en Chile desde la dictadura hasta hoy.

La necesidad de avanzar hacia una nueva carta magna se refiere a hacer frente a una Constitución que, mantiene bloqueado cualquier movimiento tendiente a generar cambios relevantes que posibiliten el aseguramiento universal de derechos sociales. Uno de esos bloqueos se traduce jurídicamente en que aquellas decisiones que son materia de ley orgánica deben tener un quórum calificado de 2/3. De ahí que uno de los proyectos máspreciado del segundo gobierno de Michelle Bachelet (2014-2018), fuera la propuesta de un cambio de Constitución, mediante un mecanismo que contemplaba participación de toda la ciudadanía a través de lo que se llamaron Encuentros locales autoconvocados (ELA), para levantar información respecto de los principios y valores que se debían considerar. Este procedimiento contemplaba una serie de pasos que terminarían en la habilitación del congreso siguiente para proponer el mecanismo que la terminaría escribiendo.⁶ Pero, no pasó de ser una loable iniciativa –para algunas personas–, pues no tuvo impacto jurídico alguno ya que el segundo gobierno de Piñera no le dio continuidad. Los datos en todo caso están sistematizados y disponibles en la biblioteca digital del congreso. De los gobiernos previos al segundo período de Michelle Bachelet, el de Ricardo Lagos se destaca por haber realizado, el 2005, reformas a la Constitución de 1980, aunque sin lograr los cambios profundos que se necesitaban para destrabar las decisiones sobre derechos sociales como el quórum de los 2/3⁷

antecedente. (Grez, Garretón, Ramis et al 2009)

⁴SIMCE es el sistema de medición de calidad en la educación se puede ver más en el siguiente enlace <https://www.ayudameduc.cl/ficha/simce>

⁵Un buen documental para ver la creatividad vertida en las protestas del año 2011 es *Ya no basta con marchar* (Saavedra 2017). En el documental se detallan cómo surgen algunas de las acciones que intentaron visibilizar el malestar respecto de la educación en Chile, entre las que destacó la que consistía en correr sin parar, que se logró a través de postas, alrededor del edificio de gobierno, La Moneda, por 1800 horas, referencia a la cantidad de millones de pesos que costaba financiar la educación por un año.

⁶Respecto del proceso mismo, incluyendo una tabla con las reacciones frente a él de los diversos agentes políticos, se puede revisar Fuentes 2016. Una explicación más desarrollada de la propuesta de ELAS de Bachelet, la he elaborado en Bruna 2018.

⁷La reforma impulsada por Lagos permitió, entre otras, el término a la designación de senadores vitalicios; la

Por esas acciones lo que antecede y acompaña la propuesta de nueva constitución de Bachelet es el debate de si es necesaria una asamblea constituyente o basta con las vías institucionales propuestas por ella o las reformas constitucionales al estilo de las impulsadas por Lagos (Grez y foro por asamblea constituyente 2015).

Así las cosas, el gobierno de Piñera no le dio continuidad al proceso de cambio constitucional impulsado por el gobierno de Bachelet y acrecentó los problemas que ya se venían arrastrando, especialmente los relativos a la falta de garantía de los derechos sociales y a la precarización de la educación pública y la vida en general. A mitad de su mandato, en reacción al anuncio del alza en \$30 del pasaje del metro de Santiago, acompañado por las declaraciones irónicas y denostadoras de algunas autoridades de gobierno, se desencadenó la revuelta de octubre de 2019, a partir de un llamado a la evasión del pago del pasaje, bajo la consigna “no son 30 pesos, son 30 años” (Interferencia 2019). Con los antecedentes enunciados antes quiero recordar que la revuelta no fue algo totalmente impredecible, sino que tenía antecedentes concretos y que no es el origen de la propuesta del cambio constitucional (Pérez Soto 2019). Por decirlo en breve, la revuelta no es un hecho aislado, sino un *acontecimiento* en el que se condensa el malestar que ya se venía fraguando y que *acelera* la expectativa de cambio constitucional que tenía gran parte de la ciudadanía.

3. LO JURÍDICO Y LA CHANCE

Chile es un país que por una parte aprecia lo jurídico y por otra lo repele. Una contradicción que se ve reflejada en el valor que se le pone al cambio constitucional que, como ciudadanía, nos mantiene en un estado emocional complejo, entre la desilusión y la desafección. Al mismo tiempo que se valora ese espacio que da lo jurídico respecto de este ámbito, se puede atisbar cierta desconfianza en su lenguaje, que no es de fácil acceso para todas las personas y probablemente aún más lejano por la ausencia de educación cívica, por tantos años.

Indicar que octubre del 2019 abrió una *oportunidad*, implica tener a la vista dos aspectos. El primero: cuál es el alcance de las instituciones jurídicas y, el segundo: considerar el concepto de oportunidad o chance en el sentido en que se da en el debate entre Schmitt y Weber.

Lo primero que podríamos hacer desde la filosofía es preguntarnos qué es una propuesta jurídica. ¿No es ella sino un intento por detener el tiempo? Detenerlo y advertir el futuro, pronosticar el futuro. Con el derecho pretendemos indicar qué es lo que queremos que suceda, en ese sentido nos advierte a las personas del presente pero también a las del futuro qué límites no se pueden transgredir. Lo jurídico es conservador, en el sentido de que pretende fijar, limitar. Un ejemplo paradójico de lo jurídico nos lo da Hobbes, que reconociendo la emoción humana, busca limitar la acción a través de un contrato que complejiza nuestras relaciones. En el paradigma del contrato social, no solo aparece lo que cada quien desea, el pronóstico del resultado de nuestras acciones y las reacciones que logramos anticipar de las otras personas, sino que también aparece la limitación normativa que ponen las instituciones. Así para Hobbes somos libres cuando actuamos, esta libertad es de movimiento y contempla que el último impulso de nuestra acción son emociones y el pronóstico de lo que sucederá respecto de nuestro entorno. En un estado social se incluye lo jurídico como una estructura que nos permite anticipar algunos resultados de nuestras acciones. Sabemos que el Estado administra la legítima violencia y nos ha indicado qué acciones serán sancionadas a través de las leyes. Esta definición dada por Hobbes en los

reestructuración del Tribunal Constitucional; la reducción del periodo presidencial a cuatro años; que solo el presidente de la República pudiera convocar al Consejo de Seguridad Nacional; inclusión de reglas de transparencia y probidad y modificaciones en el estatuto de nacionalidad. En el discurso de la promulgación de las reformas Lagos dijo que “Chile cuenta desde ahora con una Constitución que ya no nos divide, sino que es un piso institucional compartido, desde el cual podemos continuar avanzando por el camino del perfeccionamiento de nuestra democracia. Nuestra Constitución no es más un dique para la vida nacional, la vida nacional puede fluir ahora como un río por este cauce institucional”. No obstante el quorum calificado contenía como un dique todos los cambios que hubiesen permitido realmente fluir a la orilla de los derechos sociales.

albores de la modernidad se mantiene hasta hoy y fue revitalizada por Weber a inicios del siglo XX, cuando expresa que los seres humanos nos organizamos políticamente bajo un Estado que es el monopolio de la legítima violencia física y –podemos agregar– simbólica (Weber 2012, 83-88). El Estado alberga los procedimientos y el sistema legal, en ese sentido estamos pensando el derecho por ahora como sistema normativo (aun cuando también se puede decir que hablamos de derechos cuando mencionamos los derechos fundamentales o derechos como aquello que debe proteger el sistema jurídico). En ese contexto Weber dice que la ciencia jurídica sería investigar “preceptos cuyo contenido se presentan como un orden determinante de la conducta de un círculo de seres humanos” (2002, 251). La constitución nos entregaría preceptos que han entrado en nuestra propia definición cultural. A mi juicio ella da cuenta tanto de aspectos normativos como históricos (lo anterior es discutible ya que al respecto hay diferentes posiciones). Por ejemplo, si decimos que somos un Estado plurinacional se entiende que ya lo hemos asumido, territorialmente y en nuestras costumbres.

El problema del derecho como sistema normativo es la rigidez, nos podemos preguntar ¿cómo hacer para que las estructuras no se rigidicen en exceso? Y cómo hacer para poder decir en pocas palabras fundamentos que nos definan a todas las personas, en vez de enunciar cada forma de vida que pensemos, la generalidad en este caso ayuda a que no se nos olvide alguna, pues al repasar listados siempre faltará alguien o algo. En ese sentido, lo jurídico establece un espacio de reconocimiento, en un espacio extenso como es un Estado, en el que no hay cercanía ni un vínculo social espontáneo entre todas las personas que lo habitan. Por esa razón requiere de cierta actualización ya que la tensión que se da entre demandas de la ciudadanía y el derecho, es por aquello que ha quedado olvidado por el sistema jurídico, ese olvido implica violencia hacia quienes no han sido consideradas o considerados por las estructuras. La revuelta social presionó en ese sentido, con todas las mejoras que han experimentado los últimos años los servicios públicos, la vida precaria sigue siendo una realidad para la mayoría de las personas chilenas a falta de derechos sociales como salud, educación y pensiones.

De lo anterior debemos destacar primero que el derecho está pensado para un tipo de relación que requiere regulación, de ello se sigue que no podemos depositar la composición de nuestros lazos sociales exclusivamente en lo jurídico, porque es el espacio donde nos pone ante todas aquellas personas que no conocemos en primer lugar, no con nuestros círculos más estrechos o de colaboración. Por lo tanto, si bien la constitución es un asunto relevante para nuestras vidas en ella no se juega toda nuestra vida social. Se podría decir que ella cristaliza lo que somos como sociedad ampliada. En ese sentido cumple un rol de memoria porque nos muestra cómo hemos sido y qué cosas no queremos que se repitan. De hecho, si no lográramos hoy el cambio constitucional tan anhelado, no quiere decir que no se pueda seguir presionando para lograrlo y cristalizar lo que somos, pero quizá se dará cuando los cambios se hayan dado en el tejido social por completo y algunas de las secuelas de la dictadura dejen de aparecer con tanta insistencia.

Respecto de la *chance* o *la oportunidad* se le considera con un uso compatible con el derecho como sistema normativo, sin contenido y tiene su antecedente en el debate entre Weber y Schmitt. En *Legalidad y legitimidad* Schmitt critica la *chance* indicando su sentido weberiano, apelando a su aire liberal:

es un término peculiar del modo de pensar y de expresarse de una época liberal, defensora de la libre competencia y de la *expectation* y refleja una mezcla de suerte y de ajuste a la ley, de libertad y calculabilidad, de arbitrariedad y responsabilidad, que es característica de esta época. Otras palabras de este tipo son, por ejemplo, ideología y riesgo; posteriormente el “deber ser” con todas sus “correlatividades”, así como todas las clases posibles del “valer”. Es mejor dejar estas palabras tal como están para que quede así visible el sello de su procedencia espiritual. En la sociología de Max Weber aparece con frecuencia la palabra *chance* (Schmitt, 2004, 279).

Schmitt es crítico del concepto de *chance*, pero como he mostrado en otro lugar (Bruna 2020), en el contexto de la obra de Weber, en este concepto se releva la importancia de la acción. Tomar

las oportunidades se relaciona con el paso hacia la acción desde las leyes. Como he indicado más arriba lo jurídico intenta detener el tiempo y en su contexto los procedimientos son estáticos, por esa razón la acción intencional humana es fundamental sobre esa rigidez, ya que le da sentido al mundo cuando interpreta las leyes y aprovecha el espacio de gobernar para realizar cambios. Tomar la oportunidad de las leyes es lo que permite dar un sentido a los procedimientos y al sistema normativo. Si octubre del 2019 generó una *chance* fue porque el *acontecimiento* de la revuelta social, incentivó la acción de quienes esperaban seguir presionando por el cambio constitucional trabado por Piñera luego del segundo gobierno de Bachelet y también de quienes querían una real Asamblea constituyente. Bajo mi punto de vista, en el espacio jurídico el término *chance* u oportunidad, es la manera de decidir de modo regulado o justificado, es decir dentro del marco normativo y, por tanto, es el ejercicio jurídico institucional por excelencia. Como es un ámbito institucional que por lo general ha sido explotado por los partidos, no necesariamente representa la acción colectiva de la ciudadanía. Es por esta razón y porque no asegura el gobierno de los mejores, que a Schmitt le parece un signo del liberalismo y mantiene una actitud crítica ante él. Hay que advertir que el concepto de la *chance*, aparece en el espacio de la política para las masas, no en esos espacios en el que la acción territorial se muestra como organización de comunidades más pequeñas y cohesionadas en un valor o ideal común. La *chance* surge en ese espacio completamente abierto donde es la individualidad, el núcleo desde el que comenzamos. Nos muestra solo un ámbito de la democracia, una democracia que funciona con apellido, a saber, democracia representativa, democracia de procedimientos. Pero esta democracia no genera una buena representación de la realidad, de la experiencia cotidiana, sino que nos entrega solamente ese espacio de la *oportunidad* de los procedimientos. Es un ámbito de la negociación que le resta valor a la otra manera de hacer política más apegada a la experiencia cotidiana de habitar un espacio.

Weber veía que la única manera de organizar un espacio territorial extenso y en él, la masa, era a través de la democracia representativa. Considerando el voto como manifestación de nuestro ejercicio en cuanto personas políticas eventuales. Así, el político profesional se juega la *chance* de ser votado a través de una ética de la responsabilidad que le invita a administrar de la mejor manera el gobierno, proponer legislación, pensando no solo en sus convicciones, sino también en las necesidades de las personas a las que representa. En la propuesta de Weber esto tiene relación con lo que, el sociólogo llamó la ética de la convicción, esto es, una ética apegada a los valores que se siguen y, su contraparte sería propiamente la ética de la responsabilidad, que se refiere a una acción que tiene en cuenta perspectivas de futuro y las necesidades de quienes son gobernados y no solamente la convicción personal (Weber 2012, 161-162). Este ejercicio se interseca con la vanidad de la persona política, con su interés en la ovación, la persona dedicada a la política profesional quiere el cariño del pueblo y seguir siendo votada. En ese contexto la ciudadanía se juega su momento de hacer política a través del voto, enfáticamente desde el contexto de las acciones instrumentales que no están reñidas con los valores y anhelos de las comunidades. Considerando lo anterior, para Weber la representación democrática abre la posibilidad de ser personas políticas profesionales mediante el voto, mediante el espacio de desobediencia que deja la definición sociológica de Estado, esta es, mantención o posibilidad de pérdida de chances de obediencia y los cálculos para lograr la obediencia y evitar perderla (Weber citado por Palonen 2021, 317). Se logra o se pierde la obediencia por el modo en que se relaciona la persona política con la ciudadanía que es masa, mediante discursos, decisiones de políticas públicas, por todo lo que sucede en torno al mandato. Con el voto y otras formas de decisión regulada (incluso el derecho a protestar) se mantiene la expectativa de que cualquier persona puede llegar a ser un agente político ocasional y no solo aquellas consideradas en cuanto *las mejores, más sabias o más prudentes* como indicaba el sentido original de democracia (gobierno de los mejores). La masa ciudadana que no pertenece a la elite, ni la oligarquía, puede llegar a ocupar el espacio político participando a través de los procedimientos democráticos. Sabemos que en el contexto del procedimiento democrático ni quienes la componen, ni quienes se juegan la posibilidad de llegar a un cargo político son necesariamente las mejores personas. La democracia simplemente deja ese margen temporal acotado, los gobiernos duran un tiempo determinado, cuatro años en el caso chileno.

El ser humano que hace política profesional debe tener en cuenta no solo la chance de gobernar, sino que también la chance de ser respetado, seguir siendo electo y no perder la confianza de la ciudadanía que gobierna. Sin perjuicio de que no sea posible saber si con su acción, la persona burócrata quiso el bien o simplemente temió perder poder, lo relevante es que no gobierne a su antojo, sino considerando las posibles reacciones de aceptación o rechazo de obediencia de quienes gobierna, bajo la normatividad existente, aunque sea solo con la expectativa de no perder su aprecio. Siguiendo esta vía, algunos autores han declarado, en la línea de Arendt, que Weber neutralizó el concepto de dominación *Herrschaft* al considerar la doble dirección que he indicado. Para explicar la posición de Weber, Palonen toma la siguiente referencia de una misiva de Weber a Robert Michels del 31 de diciembre de 1910:

Con todo, el concepto de "*Herrschaft*" (dominación) no es unívoco. Puede ser tremendamente amplificado. Cada relación humana, no importa cuán individual pueda parecer tal relación, tiene elementos de *Herrschaft*, que eventualmente conducen a otros mutuos (esta es, de hecho, la regla por ejemplo en un matrimonio). En cierto sentido, es el zapatero quien me impone las reglas, en otro aspecto soy yo quien le impone las reglas— a pesar de su indispensabilidad para mí y su singular competencia. Tu esquema es demasiado simple (Palonen, 2007, 62).

La carta que refiere Palonen hace más complejo el panorama de la dominación y la chance, pero mantiene el argumento en los aspectos individualistas e instrumentales. El valor que tiene para nuestro análisis es el lugar de la chance y cómo oscila la dominación en el mundo secular. Esto último es la permanente constatación de la perentoriedad del poder de las fuerzas o partidos políticos. Se podría decir que eso hemos visto entre el 2020 y lo que llevamos de proceso constituyente, pero también aparece de modo muy claro en la interpelación que hace Vela, y que he citado previamente, sobre el modo en que se ha reaccionado a la demanda de educación pública. En la demanda del retorno al voto obligatorio la izquierda depositó confianza en la masa y como es sabido el resultado del plebiscito de salida, 4 de septiembre de 2022, de la propuesta de constitución elaborada por la Convención constitucional, fue un abismal rechazo a la propuesta constitucional.⁸ Lo anterior es indicador de que muchas de las personas votantes lo hacen bajo una reacción emocional de abuchear u ovacionar al gobierno de turno y muy influenciadas por los medios de comunicación masivo como la televisión o la radio. Considerando lo anterior, el voto por el partido Republicano de las pasadas elecciones del 7 de mayo de 2023, no es un voto por el partido necesariamente, sino que podría ser síntoma de la desilusión ante el proceso anterior y el gobierno actual.

El tipo de legitimidad de quienes fueron representantes en la convención constitucional que redactó la propuesta que se rechazó el año 2022, se amparó en la democracia representativa de procedimientos; para las elecciones de convencionales se abrió la posibilidad de participación de independientes, por lo cual solo en algunos casos lograron acceder personas que no habían tenido oportunidad de aparecer en la vida política profesional y tampoco en la política universitaria. Aun cuando la mayoría venía del espacio de activismo que entregan instituciones educacionales. Se creía superada la crisis de representación política con el acceso a la convención de personas que no defendían los ideales de partidos, sino que del feminismo o del medio ambiente o de la revuelta social fundamentalmente.⁹ Con todo, no dejó de ser un procedimiento, y en tanto tal, marcó límites de acción. Esto quiere decir que, lo sucedido con la convención constitucional fue un proceso que se ejecutó con las mismas lógicas de procedimientos de legitimación de la política profesional, en el cual las personas representantes fueron tomando sus oportunidades. El problema es que las oportunidades que fueron tomando materializaron más las convicciones que la relación con la materialidad de las experiencias de sus territorios. Quizá fue muy ambicioso

⁸Según los registros del Servicio electoral el resultado fue el siguiente del total de los votos (13.028.739), hubo un 97,86% de votos válidamente emitidos (12.750.518), los votos nulos correspondieron a un 1,54% (200.881), blancos 0,59% (77.340) por el apruebo 38,11% (4.859.103) y por el rechazo 61,89% (7.891.415)

⁹El problema de la representación política sigue abierto, un buen análisis de ella en el contexto de la convención constitucional, paridad y feminismo aparece en Morales. Forthcoming

pensar que somos un país feminista cuando recién vamos dando pasos de reconocer la violencia machista que se da o daba amparada por las instituciones¹⁰

Es algo que llama la atención que en vez de socializar el proyecto constitucional rechazado se llamó “hacer campaña”. Como si en la propuesta de carta magna no se materializaran las expectativas y memorias de la ciudadanía, sino que se nos entregara una propuesta de coaliciones que intentaban convencernos de lo necesario. Esta situación es ilustradora de las paradojas de la crisis de representación que tratamos de superar sin éxito. Terminamos en medio de una campaña por el apruebo o el rechazo disputando el amor y el odio. Elegimos personas que en general eran jóvenes, que ya tienen en sus hábitos el cambio de época que experimentamos, por tanto, pueden dar cuenta de ella, pero irónicamente ese cambio de época no expresa a la gente a la que representaban. En el espacio de la política profesional se perdieron unas personas más, otras menos, en la legitimación procedimental y del carisma de la vida virtual en torno a la cual se obtiene la ovación mediante el *like* y la suma de seguidores. Largos *live* como si fueran estrellas o un *reality show* y no suficiente asamblea con sus territorios. Una extraña mezcla entre política de procedimientos y sociedad de redes. La mayoría de las personas que representaron movimientos sociales venían del espacio universitario y les pasó lo mismo. Detrás de ellas no había nadie, en los distritos que representaban ganó el rechazo estrepitosamente el 4 de septiembre de 2022. Si bien tenían todo en contra, esperábamos que lo que podríamos tener a favor era el nexo con la realidad de nuestros territorios y no existía. Esta situación da cuenta de la crisis de la democracia representativa en el marco de la cual no hay apego a las comunidades y mantener la misma lógica abriendo a independientes no solucionó gran cosa.

Con estos antecedentes, la convención constitucional no cumplió con la expectativa de que había conexión con las organizaciones territoriales, con la gente común que no está siempre informada del lenguaje jurídico. Son múltiples las razones del fracaso, algunas ya las he enunciado, como esta falta de conexión con sus territorios, hay otras que se mantienen en el diseño de cómo representamos para un cambio constitucional la realidad de un Estado tan diverso y plural como es Chile. El sistema de participación no logró generar un espacio en el que se representara discursivamente la asamblea constituyente y más allá del voto, terminó por enrostrarnos la distancia entre la elite académica, su discurso y la cruda realidad chilena delineada por prejuicios de clase y raciales. Lo que puede servir para escoger gobernante, representantes en las cámaras de senado o de diputadas y diputados, no necesariamente canaliza la representación adecuada para una convención (o asamblea) constituyente. El proceso constituyente aún no termina y si lo que sucedió el 4 de septiembre de 2022, a una parte -al parecer mínima- de la ciudadanía nos generó desilusión, hoy en día se experimenta un proceso respecto del cual la característica parece ser la desafección. El rechazo al texto emanado de la Convención Constitucional trajo de vuelta la idea de que la única forma de representar es a través de los partidos políticos para el gremio de la política profesional, con lo cual se excluyó a la gente que quería participar en el proceso. Si bien la lista de los movimientos sociales representada en la Convención Constitucional no logró subsanar la crisis de representación en que vivimos, la reacción conservadora del actual proceso genera aún más desconfianza. Las organizaciones comunitarias no tienen espacio de representación y se han acentuado los procedimientos. Antes de que la ciudadanía pueda decir algo a través de representantes de partidos para luego votar, el texto oscila entre la comisión experta y el comité técnico de admisibilidad. Esto quiere decir que en la etapa del comité ciudadano poco pesará la experiencia territorial y mucho más lo hará la técnica de la política profesional, que en esta ocasión quedó en manos del partido republicano (derecha conservadora) y lo que pueda pactar con la alianza de derecha más liberal.

¹⁰Un ejemplo es el avance que introduce para la igualdad y protección de la niñez, la ley pago de deudas de alimentos que entró en vigencia recientemente, 20 de mayo 2023. Este tipo de acciones impulsan a deconstruir hábitos de violencia económica que están muy arraigados socialmente. Lo mismo sucede con los protocolos respecto de violencia de género y discriminación de las universidades. Ellos dejan en una situación muy desigual a quienes pertenecen al espacio universitario y quienes no pueden acceder a él, al menos mientras en los colegios, escuelas y liceos no haya igualdad de condiciones al respecto, sin contar las generaciones más viejas que tienen poca o nula sensibilidad.

4. ALGUNAS INDICACIONES PREVIAS SOBRE LA DESAFECCIÓN Y EL DESINTERÉS

Desde un comienzo he indicado que el proceso actual ha sumergido a la ciudadanía en general en la desafección, sobre todo a aquellas personas que nos inclinamos por el apruebo. Hay varias posibles razones para ello, es el retorno de la política de partidos tradicional en el marco de la cual las personas independientes no tienen lugar; un proceso en el que no se logra avizorar posibilidad de cambios, que se ve más cerrado en los partidos que el anterior, aún más lejano a la anhelada figura de una asamblea constituyente. Esto se manifestó en que, pese al retorno al voto obligatorio desde el año pasado, no participó toda la ciudadanía, solo el 78,0% del padrón electoral, con largas filas en las comisarías para excusarse. En ese horizonte, el 16,98% de los votos válidamente emitidos fueron nulos, 4,55% blancos y el resultado del padrón indígena fue similar 13,36% nulos; 3,48% blancos.¹¹ Estos indicadores dan cuenta del abandono de la política eventual por parte de la ciudadanía. Quienes son expertas dicen que ha mejorado la democracia, la que voluntariamente en sus momentos exitosos alcanzó poco más del 50%. La desafección se expresa –guste o no– a través de la excusa, del nulo y el blanco. No parece convincente canalizar la participación ciudadana a través de un comité ciudadano que simplemente tendrá poder de veto para el trabajo entre partidos de una comisión experta y una comisión de admisibilidad.¹² Si bien es bastante más cerrado que la convención constitucional 2021-2022, ya que está pactado entre partidos, tenemos algunas noticias, sin la bulla, ni la emoción del proceso anterior, de lo que sucede en ella, pero disponible por diferentes medios y los debates de opinión pública.

El actual es un proceso extremadamente centralizado, que no permea suficientemente a las regiones, respecto del cual la desafección aumenta conforme más lejos estamos del centro. Un proceso en el que el espacio de las naciones indígenas ha quedado muy disminuido, en verdad anulado. Un proceso que se ha caracterizado por no asegurar a la fecha siquiera los mínimos que la ciudadanía quería. A modo de ejemplo quiero mencionar dos debates que se han dado. Pese a todas las controversias respecto de la *Propuesta constitucional política de la República de Chile (2022)* que se rechazó en septiembre de 2022, el capítulo III *sobre Naturaleza y medio ambiente* (art. 127-150) generaba bastante interés y acuerdo. En los artículos referidos se enunciaba: “La naturaleza tiene derechos. El Estado y la sociedad tienen el deber de protegerlos y respetarlos” (2022, 43). Se indicaba enfáticamente que la administración del Estado debía ser ecológica, se aludía a la crisis climática y la responsabilidad por las futuras generaciones, enunciando lo anterior como justicia ambiental y solidaridad intergeneracional. Probablemente, lo más relevante de ello era el haber declarado bienes comunes inapropiables a humedales, bosques y suelos; la referencia al estatuto de aguas, de los minerales que restringía la actividad minera declarando la protección ambiental (46-50). Este último punto era el controvertido, ya que el término *extractivismo* para algunos sectores parecía molesto. Actualmente, la breve propuesta como capítulo de medio ambiente contrasta de manera muy alarmante con lo realizado el 2022. Dice:

Art. 1 Toda persona debe contribuir a la protección del medio ambiente y será responsable del daño ambiental que cause, en conformidad a la ley.

Art.2 El Estado debe orientar su acción a la conciliación de la protección de la naturaleza y el mejoramiento del medio ambiente con el desarrollo económico y del progreso social.

¹¹<https://www.serval.cl/2023/05/08/boletin-informativo-sobre-resultados-parciales-de-la-eleccion-del-consejo-constitucional/>

¹²El actual proceso constitucional (2023) proviene del acuerdo constitucional firmado en diciembre de 2022 en el que se establecen las bases constitucionales que debe tener la nueva carta fundamental como el Estado social de derechos, que Chile es un Estado unitario y descentralizado, se menciona a las fuerzas armadas y carabineros, también la responsabilidad por el medio ambiente y en general todos aquellos aspectos que fueron controvertidos de la propuesta anterior. El actual proceso está conformado por tres órganos: una comisión experta que redactará el ante proyecto del texto, ella está conformada por 12 comisionados electos por la cámara de diputadas y diputados, y 12 por el senado; un comité técnico de admisibilidad que actuará como árbitro cuando existan requerimientos sobre propuestas que podrían infringir las normativas o principios establecidos, este fue propuesta por la cámara de diputadas y diputados y ratificada por el senado; además lo compone un consejo constitucional que aprobará el texto emitido y podrá modificarlo, este último fue electo por la ciudadanía que votó el 7 de mayo de 2023, cuya sesión de instalación está prevista para el 7 de junio de este año.

Art. 3 El Estado debe fomentar el desarrollo sostenible, armónico y solidario del territorio, instando a la colaboración privada de dicha tarea.

Este ha sido al menos un asunto bastante difundido por las redes y ha generado reacción en la ciudadanía a través de chistes, memes, columnas o cartas de las organizaciones de defensa medio ambiental. La razón de ello es que es una declaración de buena crianza que no da herramientas para proteger a la naturaleza y con ella nos deja expuestas y expuestos ante la amenaza de la crisis climática. Respecto de la posible apropiación de los bienes naturales es bastante ambigua y se refiere a ello cuando se aborda respecto de la propiedad. Si bien el proceso no ha finalizado resulta extraño que no se considere como referente el trabajo anterior (respecto de medio ambiente es aclaratoria la columna de Delgado y Hervé 2023). Respecto de este asunto, en la última acta del comité técnico de admisibilidad (11 de mayo de 2023), se indican varias de las enmiendas propuestas, entre las cuales se cuenta con agregar más artículos. Lo que ya está indicado en la propuesta constitucional abarca tres ámbitos: el deber de las personas a contribuir al medio ambiente y la responsabilidad ambiental; en segundo lugar, el deber del Estado de conciliar el medio ambiente con el desarrollo económico, y, en tercer lugar, el principio del desarrollo sostenible. A ello las enmiendas piden sumar el deber del Estado de mitigar la crisis climática, la responsabilidad del Estado en educación ambiental, promover las energías renovables, que las aguas sean patrimonio común y la defensoría del medio ambiente entre otras cosas (Comité técnico de admisibilidad Acta 9, 60-61).

Otros debates han quedado bastante invisibilizados, como por ejemplo el segundo al que me referiré. Uno de los anhelos del cambio constitucional es abandonar el Estado subsidiario para lograr consolidar un estado social de derechos.¹³ Tal como se están dando las cosas, aún se arriesga mantener el mismo Estado subsidiario que parte de la ciudadanía queremos dejar atrás. Lo anterior se ha dado primero a través de la apelación a la servicialidad del Estado, pero también en la preeminencia de la dignidad de la persona y el entregar responsabilidad de gestión a privados como veremos. A la servicialidad del estado y la preeminencia de la dignidad de la persona humana, se refiere la columna de Daniel Mansuy y Claudio Alvarado aparecida en *El Mercurio* el día sábado 8 de abril de 2023. En ella se dice que Chile no es un Estado y se distingue entre sociedad y Estado. El objetivo de dicha afirmación es discutir con Domingo Lovera, integrante de la comisión experta del proceso constituyente, respecto de las normas iniciales de la sección “Fundamentos del orden constitucional”. Mansuy y Alvarado sostienen que la definición de Chile como Estado social debe ir enunciada después de reconocer la autonomía individualista, tal como ha sido aprobado en el pleno de la comisión experta. Señalan que la definición de Chile como Estado social y democrático de derechos solo puede ir después de “afirmar la dignidad humana, la legítima autonomía de las asociaciones a las que libremente dan vida las personas y el principio de *servicialidad* del Estado” (la cursiva es mía). Argumentan su postura afirmando que el Estado niega la sustancia social que define lo humano, de allí que deba ir definido en un segundo plano.

En un país tan desigual como en el que habitamos, donde vivimos una revuelta social por la falta de derechos sociales, que apelaba a la falta de dignidad, quienes redactan una nueva constitución deberían defender el Estado social democrático de derecho en primer lugar, antes que la servicialidad del Estado. El Estado debe resguardar la dignidad humana y su autonomía en un espacio territorial, por tanto, debería ser el encargado de generar condiciones de igualdad social que posibiliten sentirse portadoras de dignidad, lo cual solo puede suceder cuando se aseguran los derechos sociales. La columna que refiero defiende algo en la línea de lo que Renato Cristi ha indicado en su libro *El pensamiento político de Jaime Guzmán* (Cristi 2000). Esto es, la justificación que hizo Guzmán del liberalismo económico a través de la preeminencia de la sustancia individual de la persona, que irónicamente, aun cuando defiende la dignidad humana, lo hace desde la libre asociación que potencia el liberalismo económico con valores cristianos como la caridad, pero no el Estado social que respalda y es responsable de la comunidad. Desde

¹³Respecto de este debate quiero agradecer a Claudia Heiss y Julieta Suarez Cao que me avisaron de él e instaron a escribir una carta en reacción que nunca fue publicada por el Mercurio. No obstante, no vio espacio en el momento contingente reproduzco acá los argumentos que contenía. Agradezco a ellas mismas la conversación al respecto. Además, muy especialmente a Natalia Morales y también a Rodrigo Fuenzalida, Pamela Soto y Daniela Alegria.

allí, se defiende un Estado servicial o subsidiario y rechaza la posibilidad de que el pueblo se autogobierne desde un Estado social, que le asegure los derechos sociales que son condiciones mínimas para tratarnos como iguales y ejercer nuestra autonomía.

La diferencia entre nuestro país y otros en que la desigualdad es menos profunda es la falta de límites que tiene el mercado. Por ello es que partir declarando que Chile es un Estado social, es la condición mínima que nos asegura justamente que el Estado va a entregar ese margen necesario de libertad, que significa tener las condiciones mínimas de subsistencia. Al revés, tal como aparece la propuesta que defiende la columna de Mansuy y Alvarado pareciera promover el capital, y la política del sálvese quien pueda, dependiendo de las condiciones de cada quien respecto de una dignidad ideal que no se protege en lo material, lo anterior es equivalente a seguir defendiendo la Constitución del '80 que parte de la ciudadanía queremos dejar atrás. Estos debates aún no se han cerrado, al menos hasta que acabe este proceso, por ello es interesante destacar que, en la misma acta citada antes (la 9 del comité técnico de admisibilidad) se indican las enmiendas propuestas al capítulo I "Fundamentos del orden constitucional". La solución actual al lugar en que queda el estado social de derecho fue agregarlo al artículo 1 en el segundo inciso quedando como sigue:

1. La dignidad humana es inviolable y la base del derecho y la justicia. Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Su respeto y garantía es el primer deber de la comunidad política y de su forma jurídica de organización.
2. Chile se organiza en un Estado social y democrático de derecho, que reconoce derechos y libertades fundamentales y promueve el desarrollo progresivo de los derechos sociales, con sujeción al principio de responsabilidad fiscal y a través de instituciones estatales y privadas.

El artículo 1 de la constitución de 1980:

Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

La familia es el núcleo fundamental de la sociedad.

El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos.

El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.

Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.

La propuesta rechazada el 2022

Chile es un Estado social y democrático de derecho. Es plurinacional, intercultural, regional y ecológico.

Se constituye como una república solidaria. Su democracia es inclusiva y paritaria. Reconoce como valores intrínsecos e irrenunciables la dignidad, la libertad, la igualdad sustantiva de los seres humanos y su relación indisolubles con la naturaleza.

La protección y garantía de los derechos humanos individuales y colectivos son el fundamento del Estado y orientan toda su actividad. Es deber del Estado generar las

condiciones necesarias y proveer los bienes y servicios para asegurar el igual goce de los derechos y la integración de las personas en la vida política, económica, social y cultural para su pleno desarrollo.

Si bien en el artículo 1 ya no se consagra la servicialidad del Estado y se cambió el orden, en vez de ir como artículo 3, aparece como inciso 2 el Estado social y democrático de derecho, la constitución continúa consagrando en primer lugar la dignidad de la persona humana. Como se puede ver en los artículos 1 de la constitución vigente y la propuesta rechazada es una cuestión de orden, ya que no está puesto en cuestión dejar de defender el concepto de dignidad. La pregunta que nos podemos hacer es sobre el simbolismo que tiene partir con la responsabilidad del estado en materia de derechos sociales, ese sería el cambio que se produce al comenzar definiendo Chile como un estado social. Por otra parte, es importante destacar que la familia no deja de aparecer en el capítulo I del anteproyecto del actual proceso, sino que se desplaza del artículo 1 al 4 con la solicitud de enmienda que se enuncie en plural (Comité técnico de admisibilidad Acta 9, 6). Con la actual formación del consejo constitucional habrá que ver cómo queda el orden y si no vuelve la servicialidad del Estado. Aún si quedara como está, sin la servicialidad del estado, sigue siendo preeminente la persona por sobre la responsabilidad estatal, lo cual enfatiza aspectos individualistas antes que los públicos. Con ello aparece un aspecto que no deberíamos como ciudadanía desestimar, quizá los cambios anhelados aún no lleguen y toque esperar el momento adecuado, las nuevas oportunidades para cambios más sustantivos.

Evidentemente, el fracaso del sistema representativo de la Convención constitucional, el estrepitoso triunfo del partido Republicano y lo que he relatado, no parece ser esperanzador y deja en suspenso cualquier cambio constitucional, de ahí la desafección. Pero mantener en suspenso el cambio constitucional ¿es equivalente a pasar a la inacción? Un poco más arriba he destacado que el proceso constituyente no es el único espacio donde se pueden realizar cambios. Si bien creo necesario el cambio constitucional y tomarse el espacio de los procedimientos jurídicos, ello no es suficiente. Si el proceso anterior fue rechazado pese a un sistema en el que triunfaron las personas independientes, ello sucede por la distancia entre la experiencia y los debates que se sostuvieron. La única manera de romper esa distancia es acercarse a las diferentes formas de acción comunitaria y comprender tanto lo político como la democracia en un sentido más amplio que los procedimientos y la disputa por la dominación.

5. LA DEMOCRACIA Y LO POLÍTICO: ENTRE DESAFECCIÓN Y EL DESEO DE FUTURO

Si bien no es en los procedimientos donde se juega toda nuestra vida política, he indicado que no deberíamos abandonar ese espacio. Para comprender democracia y lo político más allá de lo procedimental y profesional, la filosofía nos ha entregado reflexiones respecto de sus limitaciones desde hace años. La crítica que viene de la filosofía política a la democracia de procedimientos puede entregarnos algunas herramientas para insistir en otros caminos de esperanza. En lo que sigue, quiero invitar al tránsito desde la desafección respecto de los espacios institucionales, hacia otro espacio político donde nos podemos resguardar y levantar.

Lo que causa desafección es la política de masas, creo que es un espacio que deberíamos reconquistar no solo en la aparición material, esto es en la movilización o protesta masiva, pero los últimos dos años han sido agotadores para alguna parte de la ciudadanía en lo que a ella respecta y quizá vale la pena replegarse a realizar la autocrítica necesaria. En el marco de esa crítica quiero rescatar algunas posiciones que van por un camino diferente al de simplemente reconocer y subrayar el carácter conflictivo de la política. Adriana Cavarero en su libro *Democrazia sorgiva* (2019) entrega un panorama de la reflexión sobre la democracia, que considera hitos relevantes de los últimos quince años, como la *primavera árabe* o el movimiento de *indignados* en España o bien *Occupy* iniciado en Wall Street, en un camino en el que ella dialoga con formas narrativas y la propuesta Judith Butler. Coincido con la propuesta de Cavarero que, sin desmerecer la relevancia del aspecto agonal de la democracia, busca indicar acciones colectivas horizontales,

un espacio común “. . . entre iguales recíproca apariencia donde, una pluralidad de seres únicos actúa en conjunto” (Cavarero 2019, 12). No obstante la sintonía que declaró, la referencia de la filósofa italiana es una acción colectiva diferente a la que quiero relevar al final de este texto, aunque compatible. En el capítulo que le dedica al concepto de democracia, Cavarero enfatiza que dicho concepto parece solicitar siempre un apellido, agregaría por mi parte, al igual que el Estado. Así como hablamos de Estado democrático o Estado social de derecho para diferenciarlo del Estado autoritario o de Estado servicial, Cavarero indica que se han buscado diferentes formas de nombrar la democracia para mejorarla. Ella menciona la *democratización de la democracia* de Etienne Balibar, la *verdadera democracia* de Miguel Abensour, *democracia anárquica* de Jacques Rancière, *democracia radical* de Judith Butler y la *democracia agonial* o de antagonismo de Chantal Mouffe. De hecho, la idea de conflictualidad de la política que propone esta última ha sido de alguna manera el tono de recuperación del espacio político, como espacio de la protesta. Cavarero se desplazará hacia la posición de Butler destacando la compatibilidad de ello con la filosofía de Arendt. Quiero relevar la interpretación que hace de Arendt la propia Cavarero, ya que con ella se quiere resaltar el aspecto horizontal y de creación de lo político más que de conflicto. La filósofa italiana quiere acuñar una expresión de democracia que exprese algo distinto al modo de gobierno y dé cuenta del nacimiento de lo creativo colectivo. Dice Cavarero:

Mientras el concepto de “democracia insurgente” evoca energía vital, efervescente e impetuosa, que tiende a expresarse mediante el conflicto y la lucha antagónica, el concepto de “democracia surgente” tiene por lo menos la virtud, muy arendtiana, de exaltar el aspecto generativo en vez de el aspecto opuesto a la interacción plural. Se podría también simplemente decir que la democracia surgente evita sustanciarse en su ser contra, es decir, se propone esencialmente como afirmativa en vez de negativa. [. . .] Al revisitar la idea arendtiana de política, el adjetivo “surgente” en realidad significa poner el acento sobre la experiencia de una democracia en estado germinal y germinativo, inicial y espontáneo, naciente. Casi que este estado naciente -este estadio generativo y creativo de lo político- fuese el origen de la idea misma de democracia. O casi que la democracia surgente fuese la base conceptual para mesurar las varias formas de acción política a las que aplicamos el nombre de democracia (Cavarero 2019, 24-25).

La propuesta de *democracia surgente* de Cavarero nos desplaza al plano de las relaciones horizontales, muy distintas al plano vertical que tienen las instituciones. La constitución nos mantiene en ese plano vertical en el que nos preguntamos por la forma del Estado y no tanto por las acciones colectivas que tienen su origen en los lazos sociales comunitarios y otras formas de expresarnos políticamente, distintas a lo amparado en el sistema legal. Recordando el relato que he elaborado para explicar la intersección entre proceso constituyente y revuelta social, podemos encontrar en otras manifestaciones paralelas esta *democracia surgente* que menciona Cavarero. Por ejemplo la creatividad del 2011, que registra el documental *Ya no basta con marchar*, o la Plaza Dignidad en Santiago que por un tiempo fue como un museo abierto que a través de imágenes relató la memoria política y colectiva, además de las esperanzas liberadoras. Entre otras cosas me refiero a las referencias al perrito *Negro matapacos* o la *Virgen de las barricadas* (respecto de esta última son varias las imágenes y quiero destacar también la performance realizada en la ciudad de Valdivia el 9 de diciembre de 2019). A lo anterior podemos sumar la próspera reflexión a través de libros, columnas de opinión respecto de lo sucedido en octubre de 2019. Incluso la invitación realizada desde la Facultad de Arquitectura de la Universidad de Chile a responder en pocas líneas al estado constitucional de excepción declarado por Piñera el 18 de octubre de ese año. Todos estos espacios de la acción colectiva creadora que manifiestan lazos sociales no jerárquicos y de alguna manera nos mantienen unidas y unidos entre sí. Espacio en el que tal como indica Cavarero los seres humanos plurales actuamos en conjunto a través de relatos e imaginarios.¹⁴

¹⁴Hay más ejemplos que se pueden dar en el arte, a mi juicio sobre todo en el arte colaborativo del cual puedo mencionar *Historia hiladas*, que fue un proyecto de arte colaborativo del colectivo Las niñas con la comunidad del Salto en la sexta región en el que se reconstruye la historia local por medio de la recopilación de memorias visuales y orales, rememorando la vida en el fundo que dio origen a la localidad, *El espacio del deseo*, obra a la que aludo en Bruna 2020, que se desarrolla

Quiero dar un paso hacia la realidad concreta y cotidiana en la cual si bien nuestra imaginación y memoria política está siempre presente, nos encontramos con lo urgente. Para dar ese paso quiero mantener la idea de una *democracia surgente*, creadora pero que da cuenta de los espacios materiales que se cruzan de manera directa con la política profesional. En ese contexto vale la pena considerar la propuesta de Bolívar Echeverría. En su libro *Valor de uso y utopía*, distingue entre *la política*, como el espacio de la política profesional que hemos indicado en el apartado sobre la chance, y *lo político* como un espacio que nos retrae a la acción colectiva de comunidades no organizadas bajo el Estado moderno, mucho más cercanas a la polis griega. Por esa vía, Echeverría realiza críticas directas a los sistemas de procedimientos como queda registrado en una entrevista del año 2011 realizada por Albertina Navas. Ahí dice el filósofo:

Se confunde participación ciudadana con participación electoral ciudadana, en nuestras elecciones, votaciones, comicios en la conformación de nuevos partidos o fracciones de un partido (. . .) el ciudadano no es elector, sino que es el participante en los procesos de producción. Las elecciones son un momento secundario la participación debiera estar en la cotidianidad, en la producción y consumo de los bienes (Echeverría, 2011, 113).

La crítica de Echeverría es fuerte, indica que las elecciones son una forma capitalista de vivir nuestra vida, bastante en la línea de la crítica a la chance realizada por Schmitt. Bajo ese punto de vista deberíamos abordar el problema de los votos nulos, blancos y baja participación considerando las otras formas de hacer política de los seres humanos. Votar nulo, en blanco o simplemente no votar no es equivalente a ser una persona apolítica. Probablemente impolítico o apolítico es quien no toma otros caminos de organización comunitaria efectiva, quien no es concreta o concreto y se queda en un discurso vacío. El espacio de lo político requiere de responsabilidad, algo de acción instrumental para encontrar el camino para proteger el valor que se defiende. En ese ámbito lo político para Echeverría tiene otras características, nos dice:

Lo político, es decir, la capacidad de decidir sobre los asuntos de la vida en sociedad, de fundar y alterar la legalidad que rige la convivencia humana, de tener a la socialidad de la vida humana como una sustancia a la que se le puede dar forma. Lo político, la dimensión característica de la vida humana, se actualiza de manera privilegiada cuando esta debe reafirmarse en su propia esencia, allí donde entra en una situación límite: en los momentos extraordinarios o de fundación y re-fundación por los que atraviesa la sociedad; en las épocas de guerra, cuando la comunidad “está en peligro”, o de revolución, cuando la comunidad se reencuentra a sí misma (2017, 77-78).

Los referentes de Cavarero en la *primavera árabe*, *Occupy* o *los indignados* hacen un guiño a los momentos extraordinarios o de re-fundación que indica Echeverría y también Arendt que es la referente de la filósofa italiana. De hecho, podríamos decir que Echeverría hace un guiño a los nuevos comienzos arendtianos, momentos de crisis y fundacionales. Pero en este texto estamos hablando de nuestro propio momento de quiebre, la revuelta social y lo que viene antes y después. Este momento de quiebre tuvo por compañía la pandemia, que no evitó que se viviera el proceso constituyente que acompañó a la Convención constitucional con bastante ánimo.

En el horizonte de *lo político* para Echeverría es posible compatibilizar autarquía y democracia. La autarquía como el momento de acción que prescinde o va a contracorriente de los canales del capitalismo y sus instituciones, la democracia se entiende en los márgenes de la soberanía existente. En ese contexto creo que vale la pena defender las actividades *para-institucionales*, aquellas que funcionan no necesariamente contra el Estado sino que, se independizan de las

en la comuna de la Pintana entre vecinas y la artista Ángela Ramírez y *Estado público III: El poder de la representación*, obra de arte colaborativo en escuelas del archipiélago de Chiloé, a la que convoca Ángela Ramírez. El catálogo de esta última está por aparecer este año, en él, me refiero a la horizontalidad, colaboración y democracia. Estos son espacios donde se sale del ámbito académico o de arte de galerías a generar vínculos y lazos materiales con la comunidad.

políticas públicas, para buscar soluciones concretas a las demandas que se responden siempre de manera anacrónica. Pienso en el caso de Chile en las ollas solidarias que comenzaron a reaparecer con la revuelta social, con la responsabilidad de personas que alimentaban a quienes estaban en la calle. Salud en resistencia que estuvo en cada protesta del 2019-2020 cuidando a quienes fueron víctimas de la violencia institucional. La defensoría jurídica impulsada por las personas estudiantes de derecho de la Universidad de Chile, que contó con apoyo de la comunidad universitaria de la facultad para defender a quienes se le vulneraron sus derechos en el marco de la revuelta. Pienso además en las ollas solidarias durante la pandemia y otras organizaciones como cooperativas que resultaban no tan habituales en los 30 años que siguieron la vuelta a la democracia y resurgieron. Prosperó incluso la reunión de áreas de conocimiento para abordar problemas propios de las diferentes disciplinas que en el proceso de la convención constitucional significó una comisión de sistemas de conocimientos¹⁵

La vida política toma lugar cuando pequeñas comunidades se organizan para defender un valor, cuando *deciden* encarar el futuro e intentar detener el tiempo, que no llegue el momento en que se arriesga dejar de existir como agrupación o como humanidad. Antecedentes hay en las luchas medio ambientales, que cada vez son más conocidas gracias a los documentales y, también, la socialización de estos esfuerzos que han sido un espacio maltratado y violento, con quienes han encarado a las instituciones que defienden el progreso a costa del extractivismo, defendiendo los territorios. La defensa de la naturaleza no parte con la revuelta del 2019, de hecho, le antecede silenciosamente, poco socializada solo por no estar en la capital, en el centro de toda acción política estatal en Chile.

Lo hemos indicado, los cambios no vienen de la rigidez de la norma, no podemos pedirle al derecho que sea revolucionario (máximamente que limite la dominación y eso es lo que hace) al final una constitución es testimonio de una época, de un tiempo, muestra la herida y los anhelos, pero no solucionará todos nuestros problemas. Respecto de la rechazada propuesta constitucional, nos impresionó la carta de apoyo de las Carmelitas descalzas del monasterio de San José de Maipo, pero ellas llevan ya tiempo luchando respecto de la escasez hídrica (ver Carmelitas descalzas 2023, Productora Poetrastos 2022). Ya son una comunidad política constituida. No es de la noche a la mañana que les nace el sentido apoyo que le dan al apruebo. El triunfo que se sentía respecto de los derechos de la naturaleza que vamos viendo menguar en las pocas líneas que logra en el proceso de la comisión experta y el comité técnico de admisibilidad, tiene un correlato de experiencias múltiples. Las Carmelitas descalzas del monasterio de San José de Maipo, una de ellas, la defensa de los ríos y los humedales también. El esfuerzo de las comunidades por proteger e intentar restaurar la naturaleza es un esfuerzo que no depende de las políticas públicas. De hecho, se ha realizado *a pesar de* las políticas públicas que escasamente reconocen a las comunidades organizadas previamente, agregando a sus esfuerzos la necesidad de unirse a fundaciones o instituciones que mueven y manejan capital y que no siempre respetan las decisiones que emanan de ellas. Pese a todo lo que hacen las comunidades que defienden la naturaleza no depende de las elecciones del gobierno de turno, o de si llega por fin a darse el cambio constitucional, pase lo que pase se continuará en ello y es un esfuerzo que se realiza intergeneracionalmente (Bruna 2023, CHV 2023).

Lo anterior es una invitación a mantener la esperanza, a no depositarla en el cambio constitucional, como si se pudiera lograr ahora lo que cada quien anhela. Si queremos una constitución de Estado social que defienda el medio ambiente no como objeto o propiedad, sino que, como nuestro hogar, debemos comenzar por esforzarnos por deconstruir y construir nuestro modo de relacionarnos. Mientras no llegue el cambio constitucional que parte de la ciudadanía anhelamos, continuaremos en nuestras pequeñas comunidades y de manera concreta buscando los atisbos que se puedan de futuro.

¹⁵Respecto de esto el grupo de estudios de Filosofía de Agencia Nacional de innovación y desarrollo (ex CONICYT) convocó a cabildo simultáneo el día 13 de diciembre de 2019 entre las 10 y 13 am en Valdivia, Temuco, Concepción, Viña del mar y Santiago, para discutir el modo de evaluación, los temas, la colaboración académica la relación de la institución entre CONICYT- ya ANID y la comisión de acreditación nacional. En ese entonces se conocía la composición de los grupos de estudios y estaba presidido por Valentina Buló. La actividad contó con la participación de 190 personas aproximadamente y quedaron actas de la discusión que se dio.

Haría pie en las pequeñas comunidades. . . en lo local. . . en un mundo de la vida que se organice a través de esta imposibilidad de hacer abstractos a los seres vivientes. . . una voluntad de concreción, en este sentido interpreto el imperativo categórico como “se concretó y plantéate problemas concretos y neutraliza de forma concreta las estructuras de dominación y resiste ahí” la resistencia solamente pueden ser las pequeñas estructuras comunitarias que producen gozo. . . la felicidad sólo la otorgan las pequeñas comunidades locales donde la vida no se separa de la vida . . . (Villacañas 2023, min 2:03).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Libros y artículos académicos

- Alvarado, Claudio y Mansuy, Daniel “Chile no es un Estado” columna de opinión en el Mercurio 8 de abril 2023.
- Bruna Castro, Carolina “Las comunidades al centro. Sobre acción comunitaria en la semana de los humedales” en La voz de los que sobran, 2023.
- “A tomarse la burocracia. Des-encuentro entre Weber y Schmitt”, en Laboratorio Weimar primera globalización, Massio, Villacañas ed. Madrid: Tecnos, 2020, 108-125.
- “Sujeto colectivo. Poder constituyente y derecho en Chile” en Populismo versus Republicanism. Genealogía, historia, crítica José Luis Villacañas y César Ruiz Sanjuán editores Madrid: Biblioteca nueva pp.29-50, 2018.
- Cristi, R. El pensamiento político de Jaime Guzmán Autoridad y Libertad Santiago: LOM, 2000.
- Delgado, Verónica y Hervé, Dominique “El anteproyecto constitucional de la Comisión Experta es insuficiente en la protección del ambiente” en *El Mostrador* 2 de mayo 2023.
- Echeverría, Bolívar. Las ilusiones de la modernidad México: UNAM/ El equilibrista, 1997.
- “El socialismo del siglo XXI es un capitalismo corregido” entrevista a Bolívar Echeverría por Navas, Albertina publicado en *ContraHistorias la otra mirada de Clio* 16 (2011).107-114.
- Echeverría, Bolívar. Valor de uso y utopía, México: Siglo XXI, 2017.
- Fuentes, C. “El proceso constituyente: ¡Ni chicha, ni limonada!” en *Barómetro de política y equidad. Punto de quiebre la nueva constitución y la ciudadanía Volumen 11* Julio 2016.
- Grez, Sergio y Foro por la asamblea constituyente Asamblea Constituyente La alternativa democrática para Chile. Santiago: editorial América en movimiento, 2015.
- Hobbes, T. El Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil. México: Fondo de Cultura Económica, 1980.
- Morales, Natalia (forthcoming) “Representación política de mujeres, del género y del feminismo en el proceso constituyente chileno de 2019-2022” en Lovera, D. (ed) *Anuario de derecho público 2022*, Universidad Diego Portales.
- Palonen, Kari “Imagining Max Weber’s Reply to Hannah Arendt: Remarks on the Arendtian Critique of Representative Democracy” en *Constellations* vol. 15, nº 1 (2008) 56-71.
- “El Estado como concepto de “chance”: La dessubstancialización y neutralización del concepto por Max Weber” en *Historia conceptual y politización de una teoría* Bruna Castro, Carolina y Bustamante Kuschel, Gonzalo compiladores Valencia: Tirant Humanidades, 2021, 310-329.
- Pérez Soto, Carlos “La ira de los pobres la frustración de las capas medias”, en *Euronmade* (2019).
- Schmitt, Carl “Legalidad y legitimidad” en *Teólogo de la política* México: Fondo de Cultura Económica, 2004.
- Vela Grau, Diego “¿Por qué marcar AC? Una mirada desde el movimiento estudiantil” periódico digital *El Mostrador* 17 de noviembre de 2013.
- Villacañas, J. L. “El sentido unitario de la obra de Max Weber” Conferencia de inauguración del Magister de Pensamiento contemporáneo Facultad de filosofía y Humanidades Universidad Austral de Chile 2023.

- Weber, M. El político y el científico Madrid: Alianza, 2012.
- La “objetividad” del conocimiento en la ciencia social y en la política social Madrid: Alianza, 2009.
- Economía y sociedad México: Fondo de Cultura Económica, 2002.

Prensa, editoriales y reportajes

- Constitución de la República 1980 (versión actualizada 2019)
- Convención constitucional 2021-2022 (2022) Propuesta Constitución política de la República de Chile Santiago: ejemplar original.
- Actas comité experto de admisibilidad disponible en www.procesoconstitucional.cl
- Comparado de artículos aprobados por la comisión experta y enmiendas disponible en <https://www.procesoconstitucional.cl/comision-experta/comparados/>
- Comité de iniciativa de Asamblea Constituyente “Cuarta urna en 2013 para una asamblea constituyente” en *Le monde diplomatique* (24/07/2012).
- Carmelitas descalzas del monasterio de San José de Maipo (2022).
- Noticia relativa con testimonio disponible en www.elmostrador.cl
- CHV (2023) Los vengadores de Quilpué: Adultos mayores limpian con sus propias manos reconocido humedal. Reportaje disponible en www.chvnoticias.cl
- Colectivo Las niñas y comunidad del Salto Historias hiladas Santiago: Programa red cultura, 2019.
- Editorial (2019) “No es por 30 pesos, es por 30 años” Interferencia <https://interferencia.cl>, 20/10/2019, última visita 14/05/2023.
- Dossier Chile: ¿Qué proceso constituyente? en Sin permiso república y socialismo también para el siglo XXI (2019) en <https://www.sinpermiso.info/textos/chile-que-proceso-constituyente-dossier>
- Facultad de Arquitectura, Universidad de Chile La universidad pública contra el estado de excepción y por un nuevo pacto social disponible en <https://contraelestadodeexcepcion.uchilefau.cl>
- Museo abierto Plaza dignidad en <https://museoabierto.cl/tag/plaza-de-la-dignidad/>
- Virgen de las barricadas registro de Juntas y revueltas: <https://youtu.be/g-st6bAnGY>

Filmografía

- Saavedra, H. (2017) Ya no basta con marchar, documental Chile 51 min. El documental está disponible en Onda Media (Última consulta 24 de enero 2021).
- Productora Poetrastos (Rodríguez, Chamila y Alarcón, Galut) Trilogía Secas defensoras del agua <https://www.secas.film/wallmapu/>

