

El contenido de esta obra es una contribución del autor al repositorio digital de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, por tanto el autor tiene exclusiva responsabilidad sobre el mismo y no necesariamente refleja los puntos de vista de la UASB.

Este trabajo se almacena bajo una licencia de distribución no exclusiva otorgada por el autor al repositorio, y con licencia Creative Commons – Reconocimiento de créditos-No comercial-Sin obras derivadas 3.0 Ecuador



En defensa del neoconstitucionalismo transformador: los debates y los argumentos

Ramiro Avila Santamaría

marzo 2012

En defensa del neoconstitucionalismo transformador

Los debates y los argumentos

Ramiro Avila Santamaría¹

Sumario

Introducción. I. La teoría neoconstitucional: aspectos generales y aclaraciones metodológicas. 1. Las precisiones metodológicas y la perspectiva crítica. 2. El neoconstitucionalismo como nominación y teoría. 3. Los teóricos del neoconstitucionalismo transformador. 4. La estratósfera académica y el rol de la teoría. II. La teoría de la norma: los principios, las reglas y los derechos. 5. Los principios y las reglas. 6. La función de los principios y la interrelación con las reglas. 7. Los principios, las normas penales y civiles, y la seguridad jurídica. 8. El rol de los jueces y los derechos. 9. El liberalismo, los derechos individuales y colectivos. 10. La constitucionalización del derecho privado. III. El neoconstitucionalismo y el estado. 11. El estado de derechos. 12. ¿Puede el estado ser titular de derechos? 13. Rol del estado ¿estado mínimo o fuerte? 14. Las políticas públicas. 15. La Constitución de Montecristi y la desinstitucionalización del estado. 16. El hipepresidencialismo, el caudillismo y la plurinacionalidad. IV. La utopía andina 17. La utopía constitucional y la realidad. 18. Reflexiones finales: el saber indígena y la utopía andina. Bibliografía.

Introducción

La Constitución de Montecristi ha dado mucho de qué hablar y escribir. Unos la alaban, otros la critican. Unos la utilizan como excusa para violarla otros la usan para justificar sus luchas sociales. Unos sostienen que ha introducido en el sistema jurídico ecuatoriano el neoconstitucionalismo, otros dicen que esto ya existía en el año 98, finalmente hay otros que simplemente no ven teoría alguna en la Constitución. Lo cierto es que la Constitución y el neoconstitucionalismo están en debate.

Los juristas ecuatorianos por fin están creando doctrina y también están debatiendo. Esto es sano porque en la confluencia de ideas se aprende, se discute, se claudica de tesis, se perfeccionan las teorías. Creo que estamos superando aquella época en la que sólo se escribía sobre el derecho privado (basta ver en las colecciones sobre el pensamiento ecuatoriano, las recopilaciones relacionadas al derecho: todas tienen relación con el derecho civil). También estamos superando, aunque hay buenas muestras de esto, la época de los manuales y de la descripción obsesiva de las palabras de la ley. Parte de las discusiones han girado alrededor del “neoconstitucionalismo”.

El neoconstitucionalismo es una corriente de pensamiento en construcción. Qué es, para qué, cómo está estructurado, qué propone en relación a la teoría del derecho y del estado son preguntas que tienen muchas respuestas desde el mismo constitucionalismo contemporáneo y algunas de ellas son contradictorias. Mucho se ha escrito a nivel internacional sobre el tema y más de un debate ha provocado sobre su naturaleza y alcances.² Afortunadamente, también ha habido algunos debates

¹ Doctor en jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE), Master en Derecho de Columbia University (New York). Actualmente se desempeña como docente de planta del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar-Sede Ecuador y profesor de la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE. Profesor de Constitucionalismo contemporáneo, Teoría General de Derechos Humanos, Sociología del Derecho, Garantismo Penal y Género y Derecho Penal. Es autor y editor de varias publicaciones, entre ellas: *Neonsitucionalismo transformador* (Quito, 2011), *Derechos y garantías. Ensayos críticos* (Quito, 2011), *Anteproyecto de Código de Garantías Penales. La constitucionalización del derecho penal* (Quito, 2009), *La protección judicial de los derechos sociales* (junto con Christian Courtis, 2009), *Constitución del 2008 en el contexto andino*, *Análisis de doctrina y derecho comparado* (Quito, 2008), *Neoconstitucionalismo y sociedad* (Quito, 2008). ravila@uasb.edu.ec

² Un debate clásico es el realizado entre Luis Prieto Sanchís y Juan Antonio García Amado, “Debate sobre el

sobre la teoría constitucional contemporánea a nivel nacional.

Me encantaría en este ensayo recoger y sistematizar algunos de los ejes temáticos alrededor de los cuales se ha debatido y seguir introduciendo ideas en el foro, sin ánimo de agotar todos los temas debatibles ni de discutir a profundidad cada uno de ellos. Al final de cuentas, el debate sobre el neoconstitucionalismo es el debate sobre la teoría del derecho, más allá de las etiquetas o membretes que se los ponga. Me parece que el derecho ecuatoriano merece pensarse y construirse. Sin duda, corro el riesgo de sintetizar subjetivamente los argumentos opuestos, de no reflejar ni extender las ideas opuestas de forma adecuada y de tener un sesgo marcado en la defensa del neoconstitucionalismo. Asumo el riesgo con la sola intención de no cesar el debate.

El insumo sustancial para escribir este ensayo se encuentra publicado en varios libros.³ De esas publicaciones y de algunas otras que han aparecido en Ecuador y de las que tengo conocimiento, he extraído las ideas centrales sobre el debate en relación al neoconstitucionalismo. El lector podrá recurrir a las fuentes directas para encontrar más argumentos de apoyo a las posiciones manifestadas. Esta recopilación de ideas están divididas en forma temática (a diferencia del debate que tiene una organización por intervinientes): I. La teoría neoconstitucional: aspectos generales y aclaraciones metodológicas; II. La teoría de la norma: los principios, las reglas y los derechos; III. El neoconstitucionalismo y el estado; y IV. La utopía andina.

El debate, por supuesto, debe seguir. Como exige una democracia deliberativa, también las tesis pueden cambiar si es que hay mejores y más viables argumentos. Aquí esquemáticamente se exponen algunos de ellos.

I. La teoría neoconstitucional: aspectos generales y aclaraciones metodológicas.

1. Las precisiones metodológicas y la perspectiva crítica

El neoconstitucionalismo pretende hacernos creer que, por incluir más derechos y principios en la constitución, vivimos una realidad diferente y el país ha cambiado.

Una de las dificultades mayores en el debate teórico es confundir los planos de análisis. Algunas veces la confusión se produce de buena fe; otras tantas es mal intencionada. Los planos que se confunden son el análisis descriptivo y el análisis prescriptivo. El análisis descriptivo tiene relación con la realidad, con el “ser”, y se aprecia gracias al aporte de las ciencias sociales; el análisis prescriptivo tiene relación con la norma en abstracto, con el “deber ser”, y se aprecia con la ayuda de la exégesis jurídica.

Es muy fácil, cuando se debate, caer en la tentación de confundir la teoría con la práctica. Afirmar, por ejemplo, que la Constitución no sirve porque los jueces no están funcionando garantizando derechos, significa caer en lo que se conoce como falacia realista: por el hecho de que la realidad sea de violación de la Constitución, no significa que la Constitución sea inadecuada o

neoconstitucionalismo”, en Miguel Carbonell (editor), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 213-288. Sobre ese debate, argumentando como un tercero parcial, véase Carlos Bernal Pulido, “Elementos para una defensa de las tesis del neoconstitucionalismo”, en *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, pp. 92-119. Otro debate clásico es entre Paolo Comanducci y Juan José Moroso, “Constitucionalización y neoconstitucionalismo” y “Comanducci sobre neoconstitucionalismo” respectivamente, en Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo (editores), *El canon neoconstitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, pp. 173-206.

³ Luis Fernando Torres y Ramiro Avila Santamaría, “Debate: dos visiones diferentes sobre la Constitución”, en Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini (editores), *La nueva constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar-Ecuador y Corporación Editora Nacional, 2009; y Fabian Corral y Ramiro Avila Santamaría, “Debate sobre Neoconstitucionalismo”, en Salim Zaidán (editor), *Neoconstitucionalismo, libertad de opinión y derecho a la honra*, Quito, PUCE, AED y Fundación Hanns Seidel, 2012.

necesariamente mala. La otra falacia en la que se puede caer, es la falacia normativa, que consiste en afirmar que la Constitución es buena, luego la realidad lo es también. Esto no se puede sostener por más defensores o detractores que seamos de la Constitución.

Luigi Ferrajoli invoca, para precisar los ámbitos de análisis, a la “Ley de Hume”, que consiste en que no se deriva lógicamente de premisas descriptivas, conclusiones prescriptivas.⁴ No se concluye a partir del ser (realidad), el deber ser (norma), y a esta conclusión la llama falacia naturalista; de igual forma, no se concluye a partir del deber ser (norma), el ser (realidad), que es la falacia normativista. Estas dos falacias llevan a una distorsión del razonamiento, confunden y acaban legitimando la posición del que las sostiene. Otros ejemplos, por el hecho de que el gobierno ejerza el poder de forma autoritaria (ser), no significa necesariamente que la Constitución sea autoritaria (deber ser); tampoco que porque la Constitución establece los derechos de la naturaleza (deber ser), significa que se ha legitimado la explotación minera a gran escala (ser). En el ámbito político y en la publicidad, las falacias son importantes; pero en el ámbito académico, las falacias llevan a construir teorías inadecuadas e indeseables. Decir una falacia no es adecuado, pero tampoco atribuírsela a quien intenta no hacerla.⁵

Una extensión de las falacias es asimilar al hablante con el adversario cuando opinan lo mismo. Por ejemplo, no por el hecho de admirar una jugada del equipo contrario, significa que soy del otro equipo. En el caso de la Constitución, defender algunas de sus instituciones, en particular la parte dogmática y las garantías, no significa para nada, que es una defensa al gobierno que la impulsó.

Finalmente, conviene transparentar la perspectiva desde la que se opina y se la puede denominar crítica. Esta perspectiva quiere decir dos cosas: la una, la mirada desde la que pretende argumentar y construir teorías es desde la de las personas que están en terribles condiciones de vulnerabilidad y peor situadas⁶, a las que favorecen los derechos de la Constitución; y la otra, ser crítico también significa denunciar las brechas que existen entre el enunciado teórico, el enunciado normativo y la realidad.

2. El neoconstitucionalismo como nominación y teoría

El neoconstitucionalismo no tiene ninguna novedad y lo único que tiene de nuevo es el nombre.

No existe un neoconstitucionalismo y no existirá, como no ha existido jamás una escuela del derecho que sea homogénea.⁷ En el mismo positivismo, encontramos varias corrientes: el positivismo puro de Kelsen (que el mismo Kelsen lo moderó años más tarde cuando escribió su libro *Teoría del derecho y del Estado*, después de haber recibido la influencia del derecho anglosajón), el positivismo ético de Hart y Bobbio, el positivismo analítico de Ferrajoli. Lo mismo podríamos predicar del iusnaturalismo, de las escuelas del derecho penal y de las tendencias en el derecho ambiental. De igual modo, en el neoconstitucionalismo encontramos personas que podrían ser consideradas como iusnaturalistas y también como positivistas, y otros hasta comparten las dos

⁴ Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Editorial Trotta, Séptima Edición, 2005, p. 321 y ss.

⁵ Zaidán afirma que “Ramiro Avila y algunos neoconstitucionalistas del medio se han empeñado en hacernos creer que por decreto hemos superado al Estado Legal para convertirnos en un Estado Constitucional...” Nunca he sostenido ni escrito aquello porque sería incurrir precisamente en una falacia. Pero no es buen argumento atribuir falacias a otro. Véase Véase Salim Zaidán, *Neoconstitucionalismo. Teoría y práctica en el Ecuador*, Quito, Editora Cevallos, 2012, p. 25.

⁶ Sobre esta perspectiva véase García Villegas, Mauricio, y Rodríguez, César, “Derecho y sociedad en América Latina: propuesta para la consolidación de los estudios jurídicos críticos”, en *Derecho y sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos*, Colombia, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA) y Universidad Nacional de Colombia, 2003, pp 15-66.

⁷ Por ello Miguel Carbonell, con mucho acierto, tituló a una de sus compilaciones como *Neoconstitucionalismo (s)*, Madrid, Trotta, 2003.

vertientes. Así que es un error considerar que el neoconstitucionalismo es único y homogéneo. Quien critica debería precisar a la persona y a su teoría, pero no cabe la generalización.⁸ La generalización normalmente, como afirma el maestro Zaffaroni, cuando pone a todas las teorías en un solo saco, demuestran una actitud autoritaria y una opinión o teoría con pretensiones de verdad incuestionable.⁹

La palabra “neoconstitucionalismo” no es lo importante. De hecho existen autores, a los que hay que admirar por su lucha por un derecho que transforme realidades de exclusión, como Boaventura de Sousa Santos y el mismo maestro Ferrajoli, y en nuestra región Roberto Gargarella, que reniegan del término. Sin embargo, sus postulados proponen una teoría y una praxis que se encuadraría en lo que yo entiendo como neoconstitucionalismo. Así que lo importante es el significado y no la palabra. Se podría comulgar con otras expresiones más neutras, como constitucionalismo contemporáneo, o más radicales, como constitucionalismo transformador. Hay que reconocer que el solo enunciado, “neoconstitucionalismo”, nos ha permitido debatir y disentir. Quizá no hubiese pasado esto si es que simplemente le seguimos rotulando “derecho constitucional”, “positivismo constitucional”, o simplemente “constitucionalismo”. La palabra “neoconstitucionalismo” invita al debate, y ya solo por eso, vale la pena usarla.

El neoconstitucionalismo, sin ánimo de agotar la discusión ni de elaborar un concepto acabado, no es otra cosa que la teoría de los derechos fundamentales puesta en el centro de la teoría del derecho y del estado. El derecho se construye ya no a partir de la ley, de la propiedad, del mercado, de la autonomía de la voluntad, del derecho subjetivo, del estado, de orden público, de los principios generales, de la civilización, del progreso; sino que debe construirse a partir de las personas y colectividades y de sus derechos. En este sentido, la teoría del derecho ya no puede ser el título preliminar del Código Civil y la teoría del estado no debe ser solo la institucionalidad y la organización del poder. Los derechos fundamentales son un medio y al mismo tiempo el fin de la teoría, del estado y de la organización social.

Al neoconstitucionalismo hay que agregarle la palabra “transformador”, y esto significa ya una posición política. El neoconstitucionalismo transformador pretende alterar la realidad, que es de exclusión, marginalidad y discriminación, y la transformación de un sistema y una forma de vida “colonizada” a una de emancipación de las grandes mayorías de la población, que no pueden ejercer sus derechos y que el estado les ofrece políticas paternalistas o simplemente represión penal.¹⁰

3. Los teóricos del neoconstitucionalismo transformador

El neoconstitucionalismo nace en Europa y son europeos quienes tienen la autoridad para desarrollar sus teorías.¹¹ El neoconstitucionalismo se restringe a tres o cuatro teóricos del norte y basta leer a Ferrajoli, Dworkin, Alexy, Zagrebelsky¹², para comprender al neoconstitucionalismo. “Da miedo y algo de lástima”, tener que recurrir a teorías y modelos de estado que nunca se ha tenido en Ecuador: no tiene sentido confiar en “mesías y profetas”.¹³

⁸ Por ejemplo, Salim Zaidán critica en su libro a los neoconstitucionalistas como si fueran miembros de una escuela única, ingenua e ilusa. Véase Salim Zaidán, *Neoconstitucionalismo. Teoría y práctica en el Ecuador*, Quito, Editora Cevallos, 2012.

⁹ Zaffaroni afirma esto cuando el sociólogo Ferri sostuvo que todas las teorías anteriores a él estaban superadas y las llamó “derecho penal clásico”, como que el positivismo penal llegó a la cumbre con él y que no podía ser superado. Pronto se develó que estaba equivocado. Véase Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2 edición, 2002, p. 316.

¹⁰ Sobre los alcances de la teoría del derecho y del estado, véase Ramiro Avila Santamaría, *El neoconstitucionalismo transformador. El estado y el derecho en la Constitución de 2008*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar y Abya Yala, 2011.

¹¹ Salim Zaidán, *Neoconstitucionalismo. Teoría y práctica en el Ecuador*, Quito, Editora Cevallos, 2012, p. 30-34.

¹² Véase Juan Esteban Ponce Villacís, *El neoconstitucionalismo en el Ecuador*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2010.

¹³ Juan García Amado, “Prólogo”, en Jorge Zavala Egas, *Derecho constitucional, neoconstitucionalismo y*

El derecho constitucional, como toda área del derecho desde que existe la modernidad, ha tenido influencia del norte y en particular de Europa. No hay duda que la división de poderes desde nuestra primera constitución tiene influencia de la constitución francesa, tampoco que nuestro derecho civil tiene una directa inspiración en el código civil napoleónico. Toda ley, sin excepción, responde a un fenómeno de transmisión jurídica global. Piénsese, por ejemplo, en las reformas procesales penales del año 2000, que responden a un movimiento regional en la que, desde Guatemala hasta Chile, se cambiaron los códigos y tienen sus semejanzas. Lo mismo ha sucedido con el Código de la Niñez y Adolescencia, que tienen en toda la región relación con la Convención Internacional de Derechos de los Niños. La Constitución de Montecristi, sin duda, tiene influencias del sistema continental europeo de post guerra y hasta del sistema constitucional norteamericana. Entre las primeras, tenemos la idea de control de constitucionalidad y Tribunal Constitucional, entre las segundas, el control difuso de constitucionalidad. De ahí que, para ciertas instituciones, no sea descabellado recurrir a los teóricos canónicos.¹⁴

Pero la Constitución de Montecristi tiene algunas novedades que son propias de la región latinoamericana y otras que son propias de los movimientos y luchas sociales de los ecuatorianos y de los andinos: la Pachamama, el Sumak Kawsay, la Plurinacionalidad, la democracia comunitaria, la justicia indígena, la interculturalidad. Que las dos últimas ya estuvieron en la Constitución de 1998, poco importa. Lo cierto es que jurídicamente poca doctrina se ha escrito en relación a estos temas novedosos y originales de nuestra región.

Pero el dato que conviene destacar es ¿qué autor europeo habla sobre estas novedades constitucionales? Sin irnos tan lejos, ¿qué autor del derecho ecuatoriano, en todos los libros que se han publicado, hacen un esfuerzo de interpretación para mejor aplicar estas instituciones? O sea, ¿cuál es teórico del derecho constitucional andino? Y aquí encontramos tres posiciones. La una es criticar por novelaría a estas instituciones, que parecería que es más falta de comprensión y muestra las distancias entre nuestros connotados juristas y las reivindicaciones de los movimientos sociales, en particular de los indígenas; la otra posición es olímpicamente ignorarlas, como sucede en la gran mayoría de los libros escritos en Ecuador, como si esas instituciones no existieran y no formaran parte del derecho constitucional ecuatoriano. La otra posición es comentarlas y hacer esfuerzos por entenderlas, que son minoritarias.

En la posición de comprender y difundir se encuentran precisamente no juristas. Curiosamente quienes han escrito sobre las novedades de la constitución ecuatoriano son indígenas, economistas, ecologistas, filósofos, activistas de derechos humanos, tales como Alberto Acosta, Magdalena León, Luis Macas, Anibal Quijano, Catherine Walsh, Vandana Shiva, Eduardo Gudynas, Nina Pacari, Esperanza Martínez.¹⁵ ¿Se puede aprender derecho de personas que no son juristas? Los teóricos tradicionales dirían que no. Sin embargo, la comprensión de la Constitución requiere precisamente de otros saberes que han sido tradicionalmente invisibilizados y despreciados por los juristas. Por su lado, los grandes teóricos del neocosntitucionalismo europeo no han dicho nada y seguramente tienen poco que decir en relación a las novedades del constitucionalismo ecuatoriano. Existe, pues, un error en recurrir solo a los autores jurídicos canónicos del norte. La democracia comunitaria, la *Pachamama*, el *Sumak Kawsay* y la plurinacionalidad se aprende con los indígenas, no con los juristas.

Finalmente, hay poca teoría porque quienes han reivindicado los derechos de la naturaleza,

argumentación jurídica, Lima, Edilex S.A. Editores, p. 31.

¹⁴ Una buena compilación de autores canónicos, tanto de Europa como de Estados Unidos, lo encontramos en Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo (editores), *El canon neoconstitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.

¹⁵ Baste señalar algunos títulos de la colección dirigida por Alberto Acosta y Esperanza Martínez, publicada por Abya Yala, que se denomina “Serie sobre el debate constituyente”: *El buen vivir. Una vía para el desarrollo; Plurinacionalidad. Democracia en la diversidad; Derechos de la naturaleza. El futuro es ahora; Soberanías; Agua: un derecho fundamental; Mal desarrollo y mal vivir*; entre otras.

del buen vivir, la justicia indígena o la plurinacionalidad no están precisamente enseñando en las universidades o escribiendo cosas aburridas como las que escribo. Ellos y ellas están en el campo, sobreviven, luchan, resisten, y también producen alimentos para nosotros. Muchas reivindicaciones de los pueblos indígenas, de las mujeres, de los niños y niñas, de los grupos GLBTT, de los refugiados y migrantes, y más movimientos sociales, no tienen un autor canónico que los represente.

4. La estratósfera académica y el rol de la teoría

Los conceptos son traídos del mundo del derecho internacional de los Derechos Humanos. Pero claro precisamente el aterrizaje de ese tipo de conceptos, de prácticas, de jurisprudencia, en una sociedad chiquita como es el Ecuador, va a causar problemas. Pensar sólo en teoría, no practicar el derecho, es quedarse en la estratósfera.

La teoría no es necesariamente mala, como tampoco la práctica, como forma de conocimiento, tampoco es innecesaria. La teoría y la práctica se complementan y una sin la otra generan distorsiones que deben ser evitadas. “Estratósfera académica”, por decir de otra manera a la teoría, sin práctica está condenada a ser inútil; de igual modo, práctica sin teoría, es un ejercicio sin dirección y podría ser como dar “palos de ciego”. Una norma realizada desde la teoría corre el serio riesgo de ser inaplicable; pero una norma realizada desde sólo la práctica, reproducirá inevitablemente un sistema que ha demostrado ser ineficiente e ineficaz para combatir la inequidad. Una norma adecuada debe incorporar el dato de la realidad y también el saber del que ejerce y del que teoriza. Esto es precisamente lo que debería ocurrir en una auténtica democracia.

Afirmar que la Constitución no se aplica porque fue pensada por teóricos que estaban en la estratósfera, es caer en la falacia realista. La inaplicación de normas jurídicas, la ineptitud o la corrupción en la Función Judicial, no es un problema de la Constitución de 1998 ni de la Constitución de 2008: es un problema estructural de los jueces y cultural de los abogados. La consulta popular del 2011 y la influencia directa del gobierno en el órgano administrativo de la Función Judicial no va a cambiar en nada la justicia; la única diferencia entre lo que sucede ahora y lo que podría suceder, es que los jueces van a ser de otra tendencia política, pero con la misma cultura política. Es decir, los juristas somos formalistas, civilistas, privatistas, individualistas y no estamos acordes con un derecho constitucional materializado por los derechos fundamentales, que nos está exigiendo ser profundos, solidarios, interculturales y nos demanda incluir a los grandes sectores de la población y resolver sus problemas. ¿Estar en la estratósfera es pensar en un derecho distinto y en la gran mayoría de la población que sufre cotidianamente violaciones a sus derechos?

Poco se ha teorizado sobre un modelo de organización política distinta al presidencialismo. Podemos evaluar históricamente su impacto en el fortalecimiento o debilitamiento de la democracia. Tenemos que teorizar previo a diseñar un modelo jurídico distinto y luego, si llegara a suceder, a aplicarlo. El hiperpresidencialismo diseñado en la Constitución de Montecristi no puede llevarse bien con un estado plurinacional y una democracia participativa, además la transición de la Constitución de Montecristi es harto deficiente y problemática. La transición ha sido una gran mentira y un gran fracaso. Aún con estos defectos, no significa que toda la Constitución sea mala, que las garantías no sean convenientes para exigir derechos o que la teoría que ayuda a comprenderla sea inadecuada. Insisto: la solución ante el deficiente funcionamiento de la Función Judicial y la ineficacia de las garantías, no es suprimir las garantías sino capacitar intensamente a los jueces para que las hagan funcionar. El reto, para que funcione adecuadamente cualquier teoría jurídica alternativa y transformadora, es cambiar la cultura jurídica. No se trata tampoco de quitar o poner más poderes, sino de hacerlos funcionar de forma adecuada para que cumplan los fines para los que fueron otorgados: garantizar los derechos de los más débiles y vulnerables.

II. La teoría de la norma: los principios, las reglas y los derechos

5. Los principios y las reglas

El principio es una norma que, al no tener una hipótesis ni una obligación concreta, no establece un régimen objetivo, claro, concreto de cómo aplicar ese principio en la vida práctica. Está la norma absolutamente al arbitrio del intérprete.

La discusión en la teoría del derecho contemporánea sobre las reglas y los principios está en el centro del debate. Las reglas y los principios son normas jurídicas, que tienen algunas diferencias. Efectivamente la estructura de la norma-regla es distinta a la de la norma-principio. La regla es una norma jurídica que promueve o facilita mucho más la seguridad jurídica, que tiene dos elementos que logran ese objetivo: tiene una hipótesis y una consecuencia, que suele ser una obligación clara. En cambio, la estructura de un principio es la de una norma “tética”, que tiene un mandato de optimización, pero no tiene una condición, ni obligación clara. En cuanto a la función, las reglas y los principios también se diferencian. Los principios deben legitimar a las reglas y eso va acorde a la estructura constitucional, en donde el legislador debe adecuar el sistema jurídico a los derechos. Pero no sólo eso.

El principio es una norma jurídica compleja que, en su aplicación, presenta ciertas dificultades. Pero no admito que el principio no sea aplicable o que no sea considerada norma. Si ustedes revisan la teoría propuesta por el gran jurista Hans Kelsen, en su libro *Teoría Pura del Derecho*, podrán apreciar que Kelsen advierte que una norma que no sea hipotética, ahora llamaríamos regla, simplemente no es aplicable y no es deseable establecerla, porque es ambigua y porque establece falsas promesas. Es más, Kelsen sostenía que una norma que no fuera hipotética es una norma imperfecta y que, es más, no debe siquiera de ser estudiada por la ciencia jurídica al no ser aplicable.

Pasan muchos años desde que escribió su teoría y muchas violaciones masivas a los derechos humanos. Sin las normas principistas, reconocidas desde el artículo primero de la Ley Fundamental Alemana, que reconoce la dignidad de las personas, no pudo haberse reestructurado el sistema jurídico alemán, que era profundamente discriminatorio e injusto. Si no era a través de la aplicación directa de los principios, no se habría corregido todo ese sistema jurídico fascista. La principal fuente del derecho que utilizó el Tribunal Constitucional alemán fue precisamente los principios. De ahí toda la teoría relacionada con la inconstitucionalidad de las leyes y de los actos administrativos.

Sin una teoría jurídica adecuada y sin una argumentación racional transparente, existe un problema cuando se dice que los principios son de directa aplicación. Pero el hecho de ser un problema no significa que no sea superable. El derecho positivo, entendido solo como reglas hipotéticas, es un derecho que no ayuda a resolver dos tipos de problemas que son reales: el problemas de las reglas injustas, por un lado, y el problema de los conflictos sociales que no tienen regla, por otro. Los principios, no las reglas, resuelven los problemas suscitados por leyes injustas o por la falta de reglas.

Ubiquémonos históricamente en nuestro continente para entender estos problemas. ¿Qué pasó con todos los jueces en Latinoamérica cuando, en un contexto de aplicación de normas que promovían la seguridad nacional, aplicaron un derecho que era injusto? Nadie se atrevió a sancionar una ejecución extrajudicial, una tortura por parte de un agente del estado, un genocidio o cualquier otro delito de lesa humanidad. La justificación de los jueces era que no existían normas. Por otro lado, cuando realizaron los agentes de estado actos violatorios a los derechos, argumentaban que estaban cumpliendo con la ley. No existían reglas, como tipos penales adecuados, y existían normas injustas, como el juicio de civiles por parte de militares en casos de estado de excepción. La lógica del derecho por principios ha contribuido a resolver estos problemas históricos. El principio desata las manos del juez y permite hacer justicia en el caso cuando la regla es injusta.

El principio, por otro lado, insisto, ayuda a resolver los conflictos sociales que existen y no tienen reglas para resolverlo. Actualmente, no podemos darnos el lujo, que lo hicieron los liberales en el siglo XVIII, de tener un código civil, que regulaba todas las situaciones que podía pasar a un propietario, que tenía título de propiedad y podía intervenir en el mercado usando sus libertades y su autonomía de la voluntad. El mundo del derecho estaba centrado en la propiedad y en el mercado. Pero ahora, cuando ya tenemos una constitución que establece la salud, el hábitat, la nutrición, la educación, la seguridad social universal, y en el mundo se reconoce más personas que las propietarias, no podemos esperar como sugeriría un positivista puro que los legisladores hagan códigos con normas hipotéticas para cada uno de los estos derechos, cuando sabemos que la gente no tiene salud, no tiene educación, está discriminada, se muere por causas fácilmente prevenibles. Un juez tiene la capacidad, en el sistema jurídico por principios, de poder resolver cuando hay violaciones a esos derechos que no tienen su correlato en una regla hipotética.

6. La función de los principios y la interrelación con las reglas

La norma jurídica para ser legítima no puede ignorar ni contradecir los principios. Los principios deben inspirar las leyes. Sólo los legislador pueden determinar el contenido y el alcance de los principios que son, por naturaleza, indeterminados y ambiguos. Dejar a los jueces la determinación de principios es permitir la arbitrariedad y promover un sistema que se basaría en la inseguridad jurídica.

Los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales son principios. Los principios son “mandatos de optimización”.¹⁶ Es decir, el estado -y el obligado no estatal cuando le corresponda según el derecho, tiene que hacer todo lo que está a su alcance para cumplir al máximo el derecho. Normalmente, para cumplir un principio, se pueden tomar múltiples y hasta inimaginables caminos, por eso Alexy caracterizaba también al derecho como una “faz de posibilidades”.

Por ejemplo, la Constitución establece que “en todo proceso en que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso”, luego establece otras principios que configuran con más detalle este derecho. Si consideramos que este principio es un mandato de optimización y que es un objetivo que se tiene obligación de alcanzar, debemos mirar la forma de potenciarlo. Se dice en la norma que es en “cualquier orden”. Esto quiere decir que se aplica en procedimientos jurisdiccionales y administrativos estatales. ¿Puedo seguir optimizando el principio? Por supuesto, puedo considerar que se aplica en establecimientos privados, empresas y escuelas, en clubes y asociaciones, en organizaciones no gubernamentales y barriales. ¿Se puede optimizar más? Sí, también se puede aplicar en las relaciones sociales y familiares. En este último sentido, el principio podría guiar el sistema, que ahora es hartamente arbitrario, de sanciones a los niños y niñas. Previo, por ejemplo, a establecer una sanción, se debería discutir que normas merecen las sanciones, el derecho a ser escuchado y el tipo de sanciones que se imponen. El mandato de optimización también se refiere a los recursos que se invierten para hacer efectivo el derecho. Si se detecta que hay problemas en el ejercicio o que simplemente no se accede al derecho al debido proceso, entonces hay que dar los pasos para que se vaya realizando el derecho.

En cuanto al “faz de posibilidades” se refiere a los caminos que se pueden seguir y a las respuestas que se pueden dar. Para aplicar el debido proceso puede suceder que sea el mejor camino la oralidad en primera instancia y lo escritural en casación; puede ser que la policía divida en secciones y bajo la dependencia de la fiscalía sea más eficiente y tenga mejor control; puede ser que las penas bajas y alternativas ayuden a flexibilizar la rigurosidad procesal que demanda la búsqueda de verdad; puede ser que las penas reparatorias sean más justas que las represivas; puede ser que la

¹⁶ Los conceptos de Alexy, de primera mano, se encuentran desarrollados y ejemplificados en Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

formación en derechos humanos sea más efectiva que la formación en deontología jurídica cuando se capacita a operadores de justicia. El haz de posibilidades permite que el principio sea lo suficientemente flexible para adaptarse a cualquier realidad y también para que pueda ser configurado mediante un debate democrático o un riguroso proceso argumentativo.

El debate no debería ser si las reglas son las únicas normas que deberían existir o si se oponen a los principios. Los principios y las reglas son normas jurídicas complementarias: no se puede aplicar un principio nunca si no hay una regla. La diferencia con el positivismo tradicional está en que antes el poder legislativo era la única autoridad para producir normas válidas. En el sistema jurídico constitucionalizado, también producen normas jurídicas válidas los jueces para los casos y la Corte Constitucional con carácter generalmente obligatorio. Pero siempre el juez, cuando resuelve un caso aplicando un principio, tiene que acabar creando una regla mediante un proceso argumentativo. Para explicar esta novedad jurídica, sugiero leer un libro escrito por Atienza, que se llama *El derecho como argumentación*. Si se analizan, por ejemplo, todas las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, todas las resoluciones del Tribunal Constitucional alemán, todas las resoluciones de la Corte Constitucional colombiana, y en general cualquier resolución de un juez que aplica derechos y motiva sus sentencias de forma adecuada, todas se basan en principios y en reglas que han construido a través de un proceso argumentativo. La aplicación de principios mediante la argumentación jurídica requiere normas de lógica, coherencia, consistencia y razonamiento. En este sentido, es totalmente arbitrario aplicar un principio si es que no se construye una regla de forma adecuada. Y en este aspecto existe una falencia grave en el Ecuador. Al no existir proceso argumentativo, la discrecionalidad se impone. Pero otra vez, no es un problema de los principios sino de su aplicación.

Cuando los jueces resuelven por un interés económico o por influencias políticas, da igual si aplica principios o reglas, la resolución siempre será arbitraria. Para revisar estas deficiencias argumentativas y la aplicación arbitraria de principios y reglas, existe la acción extraordinaria de protección. Insisto, la gran ventaja del principio y de su aplicación directa es que desata las manos al juez y le da la posibilidad y la competencia para que pueda resolver en contra de una regla injusta. Y, por otro lado, le da la posibilidad para que, aún en ausencia de reglas, los jueces efectivamente no nieguen justicia, apliquen un principio y construyan una regla para un caso concreto.

Para ejemplificar y de paso tratar el tema de la seguridad jurídica, quisiera citar un caso cercano, que se conoce como el “caso Massera”. En este caso, la regla decía “toda persona que no haya sido juzgada por el lapso de diez años, no podrá ser perseguida penalmente en aplicación de la regla que establece la prescripción”. Esta norma es una regla que efectivamente da seguridad jurídica y garantiza que una persona no sea perseguida por el estado eternamente. Pero ¿qué pasó en Argentina, cuando sucedieron violaciones masivas a los derechos humanos y ningún juez se atrevió a dictar sentencia o declarar culpable a algún miembro de la dictadura? Pasan veinte años y hay una Corte que se atreve a decir lo siguiente: “esa regla de la prescripción le da seguridad jurídica al señor Massera, pero es una regla que da inseguridad a los argentinos, tengo veinte mil casos de desapariciones, treinta mil casos de tortura, treinta mil casos de niños que han sido secuestrados por los militares, y si se aplica la regla, se consagra una injusticia.” ¿Qué es lo que hace el juzgador? Con argumentaciones persuasivas, recurriendo a múltiples fuentes del derecho y a instrumentos internacionales de derechos humanos, aplica el principio de la tutela efectiva y de la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad. Al final arriba, por dos principios, a una solución contraria a la prescrita en la regla. Fíjense como opera el principio: es aplicado directamente por el juez mediante argumentación, inobserva una regla que es a todas luces injusta y los dictadores en Argentina fueron juzgados por la aplicación directa de principios y por la inaplicación de reglas. El sistema jurídico que mayores ventajas, favores y posibilidades de hacer justicia y de aplicar los derechos a casos de violaciones reales y concretas, sin duda es el sistema que incorpora a los principios como normas directamente aplicables.

Para que no se crea que esto sólo sucede en otros países, permítanme citar algunos casos ecuatorianos. Primer caso, en Azuay: personas con discapacidad de movimiento y que tienen que movilizarse en silla de ruedas, demandan ante un juez civil que elimine los torniquetes de los buses públicos, porque violan su derecho a la libertad ambulatoria. Si es que buscamos la regla para resolver este caso, no la van a encontrar. El juez aplica el principio, el derecho a la libertad de movimiento y a no ser discriminado, encuentra un obstáculo para ejercer el derecho, declara la violación y ordena quitar los torniquetes. Segundo caso, en Pichincha: una señora vende drogas para sobrevivir, es pobre y no tiene otra fuente de trabajo. Es encerrada, enjuiciada y condenada. La ley de drogas establece que quien venda droga debe ser condenada a una pena de 12 a 16 años. El juez, aplicando el principio de proporcionalidad y estricta legalidad, impone una pena de dos años de cárcel. Tercer caso, en Cañar: una vivienda estaba a punto de caerse porque estaba en una zona de deslave; la señora que vivía en esa vivienda pide un bono al Ministerio de Inclusión Social para poder adecuar su casa. Según la regla, la señora debía tener un título de propiedad para poder acceder al bono. La señora no lo tiene pero tiene la posesión de la tierra. El ministerio le niega el bono y demanda la señora a juez de lo civil. El juez invoca el derecho a una vivienda adecuada, considera que el ministerio violó el derecho y ordena que se le conceda el bono. En este caso hay regla pero su aplicación se torna injusta. El juez invoca un principio y hace justicia en el caso. Estos jueces, en Ecuador, aplican principios por falta de regla o por insuficiencia de reglas, y administran justicia en los casos.

7. Los principios, las normas penales y civiles, y la seguridad jurídica

El mejor ejemplo de normas que dan seguridad son las normas del derecho penal, que son normas hipotéticas y permiten saber las conductas prohibidas y la consecuencias (penas). Lo mismo podría predicarse de las normas del Código Civil

Las normas penales permiten graficar la interrelación entre principios y reglas. Se suele poner como ejemplo paradigmático de reglas, las normas del Código Penal, por ser claras, determinadas y de fácil aplicación. Pero ese acierto es aparente. Las normas del derecho penal son, a la luz de los principios, moldeables, indeterminadas y de compleja comprensión. Una norma del tipo “si X roba, tendrá una pena de uno a cinco años de cárcel”, tiene que leerse a la luz de todos los principios del libro I del Código Penal. Si se analiza en el derecho penal los esquemas del delito, que se encuentran en lo que se conoce como parte general, todas y cada una de las reglas de la parte especial deben analizarse a la luz de varios principios: la legalidad, la lesividad, la antijuridicidad y la culpabilidad. Podría suceder, por ejemplo, que yo crea robar cuando el objeto robado es mío, que robo por estado de necesidad al punto que si no me sustraigo un bien se muere mi hija, que robo y lo hago de forma frecuente y violenta, que es la primera vez que robo. Si aplico los principios, puede suceder que la norma que parece tan clara, se aplica de forma diferente. En unos casos no hay pena, en otros se aplica una pena de siete días de cárcel cuando hay atenuantes, en otros caso se impone una pena de cuatro años. En ninguno de estos casos se aplicó la letra de la regla porque fue modificada por principios.

Por su parte, en el Código Civil, que también podría considerarse un cuerpo normativo ejemplar compuesto por reglas, también encontramos normas que tienen la característica de principios. Por ejemplo, aquella norma que dice que hay que cuidar como un buen padre de familia o las normas sobre la responsabilidad civil, que tienen conceptos subjetivos como el dolo, la culpa o la negligencia. Así que la novedad del derecho por reglas o principios no es tan nuevo ni amenazador al derecho como se pinta. La novedad consiste en que los principios que deben aplicarse son muchos y están en la Constitución y que estos, en gran parte, son derechos fundamentales.

Finalmente, quisiera hacer un comentario al tema de la seguridad jurídica, que amerita otro espacio para mayor reflexión. El tema de la seguridad es un tema realmente complejo. Gustavo Zagrebelsky, un ex magistrado del Tribunal Constitucional italiano, tiene un libro titulado *El*

*Derecho dúctil*¹⁷, sostiene que la seguridad jurídica de los liberales fue la inseguridad jurídica de las grandes mayorías excluidas. Por eso conviene preguntarse seguridad jurídica “para quién”. Pensemos en un ejemplo para graficar este dilema. Por un lado, una farmacéutica que tiene marca y patente de una medicina, que le da exclusividad de venta en el mercado por diez años; por otro lado, tenemos una comunidad que requiere de esa medicina pero no puede pagar el costo. Si se respeta el derecho de propiedad intelectual, se viola el derecho a la salud de esa comunidad. Si se garantiza la producción y distribución de un genérico para garantizar la salud de la comunidad y se viola el derecho a la propiedad intelectual, ¿la seguridad jurídica de quién debemos garantizar? Sin duda, en una democracia constitucional, en donde las grandes mayorías no gozan de sus derechos sociales, el contrato que garantiza el lucro y la propiedad, podrían ceder ante las necesidades de otros.

8. El rol de los jueces y los derechos

Los derechos están en riesgo por el rol que tienen los jueces para aplicar directamente la Constitución. Los jueces pueden cambiar la letra de la ley tan sólo por su poder de interpretar y aplicar la Constitución. Los jueces pueden modular las sentencias de tal manera que la jurisprudencia nunca podrá ser clara y objetiva. En pocas palabras estamos frente a la arbitrariedad judicial. Por otro lado, los jueces no están capacitados y, para colmo, hay jueces que no son honestos y tienen ahora amplio margen de acción para ser corruptos.

El tiempo del constitucionalismo contemporáneo es el tiempo de los jueces. Si uno revisa históricamente la evolución de la organización del estado en el mundo occidental los últimos trescientos años, veremos que hay un tránsito del poder ejecutivo al parlamentario (del absolutismo al estado legal), y del parlamentarismo al judicial (del estado legal al constitucional). La lógica es sencilla de explicar (y difícil de aplicar): cuando la constitución, y los derechos contenidos en ella, es considerada una norma, tiene que haber un juez que la haga cumplir cuando se la viola. Esto lo entendieron muy claro los liberales con la ley y el contrato. Si se violan sus preceptos, puedo acudir a un juez y pedir que haga cumplir la norma irrespetada. Lo mismo sucede cuando los derechos son directamente aplicables, puedo acudir ante un juez para que los haga respetar.

Puede suceder, y de esto somos testigos si miramos la producción legislativa de cualquier parlamento, que los legisladores se aparten de la Constitución. Si esto sucede, no cabe que un juez sea indiferente cuando hay una antinomia. Tiene que aplicar la constitución que, por el principio de jerarquía, prevalece. Ahora bien, resulta que los conflictos suceden contra leyes expresas y entre derechos con igual rango constitucional, y aquí el debate es extenso. Cuando se trata de leyes expresas, ¿tiene legitimidad que un juez pueda invalidar una ley aprobada por quienes tienen representación democrática?, y cuando se trata de derechos, ¿tiene sentido que un juez, mediante la ponderación y la argumentación pueda pulverizar derechos?

Estas preguntas han sido motivo de un interesante debate entre dos grandes filósofos: Habermas y Alexy.¹⁸ La tendencia constitucional, que tiene una fuerte carga histórica (en Europa el genocidio producido en el régimen fascista y en América Latina la aplicación de las leyes de seguridad nacional), es a que los jueces tienen competencia otorgada por la Constitución y por tanto tienen delegación democrática para controlar actos del poder público inconstitucionales. Por otro lado, la colisión de derechos es inevitable y lo que tienen que hacer los jueces, mediante motivación y argumentación, es evitar al máximo la discrecionalidad, maximizar la protección de derechos y minimizar las restricciones a los derechos, y de esto trata la ponderación.

La modulación de las sentencias, que va de la mano con el principio del *iura novit curia*, por

¹⁷ Zagrebelsky, Gustavo, *El Derecho Dúctil*, Madrid, Editorial Trotta, 4ta edición, 2002.

¹⁸ Sobre la crítica a la ponderación, véase Jürgen Habermas, *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Editorial Trotta, Madrid, 2005; y sobre la defensa y contestación, en particular en el Epílogo, Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción de Carlos Bernal Pulido, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.

la que el juez tiene la posibilidad de establecer el alcance de los derechos, no es otra cosa que la capacidad de los jueces para poder prever efectos no deseados de las sentencias. Puede suceder que las normas sean formal y materialmente constitucionales, pero que ciertos factores y el contexto en que se apliquen, puedan tener efectos violatorios a los derechos. Por ejemplo, se establece un plazo para poder ejercer un derecho, pero resulta que se presenta una situación de fuerza mayor y el plazo se torna un obstáculo para el ejercicio de derechos. En este caso el juez podría declarar la constitucionalidad de la norma, pero modular su aplicación. La Corte Constitucional de Colombia ha modulado la sentencia en el caso de los masivos desplazamientos de personas por motivos relacionados con el conflicto armado interno; en esos casos, se aplican políticas de forma experimental y se ejecuta la sentencia en forma de ensayo-error-corrección.

La falta de capacitación de los jueces es un problema y grave; de igual modo la existencia de jueces corruptos. Pero frente a esta realidad, ¿es preferible mantener el *status quo* e inmovilizarse? No parece sensato eliminar las garantías porque no funcionan. ¿No será mejor hacer que funcionen? En cuanto a los jueces corruptos, el hecho de que existan y elaboren sentencias inadecuadas, no invalida la necesidad y utilidad de los principios. Así como hay esos jueces, también hay ejemplos maravillosos en el mundo de jueces que han aplicado principios y han hecho justicia, como narraremos en breve. El enfoque tiene que ser claro. El problema no es la constitución sino quienes la aplican.

9. El liberalismo, los derechos individuales y colectivos

El liberalismo es el único movimiento que ha creado un derecho consecuente con una línea de pensamiento. El liberalismo ha reconocido los derechos individuales y ha logrado establecer mecanismos para su protección. Los derechos colectivos y sus garantías son una ficción. Por otro lado, se han postergado los derechos de libertad a un lugar secundario en el texto constitucional, con la particularidad que a los derechos de libertad se los neutralizó en su ejercicio con condicionamientos estatales.

El pensamiento liberal, en términos históricos, ha sido una de las edificaciones conceptuales más importantes que hemos tenido en los últimos trescientos años. Efectivamente, el proceso emancipatorio producido en la revolución francesa, e incluso en la independencia de los Estados Unidos, tuvo como fuente conceptual al liberalismo. De igual modo, se puede apreciar la influencia del liberalismo en los procesos latinoamericanos de independencia y en la consolidación del Estado laico. En lo que discrepo es en la consideración de que las únicas reivindicaciones sociales sean exclusivamente liberales. El siglo XX, por ejemplo, está lleno de revoluciones y reivindicaciones no liberales, como las socialistas y las culturales. Las reivindicaciones liberales tienen que seguir demandándose, porque pregonan principios y derechos que son tremendamente importantes, como el respeto a la privacidad o la libertad de expresión. Pero a estas demandas hay que sumar las reivindicaciones sociales, que vieron desigualdades sustanciales entre los seres humanos y que reclamaron mejores condiciones de vida para muchos seres humanos que se consideraron pobres o necesitados. Y la otra reivindicación que hemos vivido en el mundo desde los años setenta, es una reivindicación de carácter cultural, que reclamaba igualdad de trato y consideración entre las personas y las culturas diversas y no hegemónicas.

¿Existen derechos que pueden ser reivindicados colectivamente? Actualmente es muy difícil negar el reconocimiento y la existencia de sujetos colectivos. Muchas sentencias de la Corte Internacional de Justicia y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, resoluciones del Comité de Derechos Humanos y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, han reconocido jurídicamente como titulares de derechos a pueblos indígenas.¹⁹ Por citar un ejemplo, el

¹⁹ Véase, a manera de ejemplo, Comité de Derechos Humanos, Observación general N. 23 (Art. 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), en Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos; Comité de Derechos Humanos, Caso Ominayak c. Canadá, Comunicación N. 167/1984, 26 de marzo de 1990; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Aloeetoe, Sentencia Reparaciones, 10 de

caso Awas Tingi, que es el primer caso en el que se reconoce una forma de tener el derecho a la propiedad que no es la individual. De hecho, en este caso, la defensa del estado exigió los requisitos propios de un derecho individual, como un título en el Registro de la Propiedad; la Corte, en cambio, consideró que se trataba de una comunidad indígena ancestral, que no se adecuaba a los requerimientos del derecho civil, y que tenía derecho colectivo a la propiedad a pesar de no ser reconocido por parte del Estado. Además, existen múltiples instrumentos internacionales de derechos humanos, que reconocen derechos a colectividades, comenzando por el derecho a autodeterminación de los pueblos que consta en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Político, el Convenio N. 169 de la OIT y acabando en la Declaración de las Naciones Unidas sobre pueblos indígenas.

En cuanto a la ubicación de los derechos de libertad, efectivamente podemos constatar en el texto constitucional que, a diferencia de la Constitución de 1998, no encabezan la lista de derechos. ¿Es esto una postergación de estos derechos? Si el argumento es válido, tendríamos que admitir que los derechos sociales, económicos y culturales, incluso los derechos colectivos establecidos en 1998, fueron intencionalmente postergados al establecer los derechos civiles y políticos en primer lugar. Esto no parece una lectura adecuada. Además, en la Constitución se afirma de modo categórico que “todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía”²⁰. Hemos dicho, en otro ensayo, que la finalidad de la clasificación no fue postergar unos derechos sino de evitar establecer rangos o diferencias entre derechos, para garantizar que todos son exigibles y que tienen naturaleza común²¹.

Sobre los condicionamientos a los derechos de libertad, tenemos que sostener que es cierto. Desde la teoría de los derechos fundamentales, los derechos relacionados con la autonomía de la voluntad, los patrimoniales, los políticos y las libertades son “derechos poder”. Esto quiere decir que tienen que ser limitados como cualquier poder. Si estos derechos, que L. Ferrajoli considera secundarios, no son limitados, tienden a la acumulación, a la expansión y al abuso²². Esto no significa que están neutralizados. Limitados no es sinónimo de neutralizados. Si alguna persona, arbitrariamente, no puede ejercer sus derechos de libertad tendrá derecho a impugnar a través de una acción de protección de derechos ese acto u omisión. La famosa frase de que los derechos de unos terminan donde comienzan los derechos de otros, se aplican con absoluta claridad en los casos de los derechos de libertad.

10. La constitucionalización del derecho privado

La constitucionalización del derecho privado es una intromisión del estado regulador en la esfera particular de las personas.

Quizá uno de los hitos en el fenómeno de constitucionalización del derecho privado lo encontramos en la jurisprudencia alemana, en sus primeros casos (1953), en el conocido como Dürig, en el que se estableció que la Constitución tiene principios objetivos que influyen en el derecho privado²³, y en el famoso caso Luth, por el que se controló constitucionalmente una cláusula contractual que

septiembre de 1993. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T. 349/96, Ponente Carlos Gaviria, 8 de agosto de 1996.

20 Constitución del 2008, Art. 11 (6).

21 Julio César Trujillo y Ramiro Avila Santamaría, “Los derechos en el proyecto de Constitución”, en *Análisis Nueva Constitución*, Revista Tendencia, ILDIS, Quito, 2008, p. 75.

22 Ferrajoli Luigi, “Derechos fundamentales y patrimoniales”, en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Editorial Trotta, España, 2001, pp. 29-35.

23 Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, traducción Carlos Bernal Pulido, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2 edición, 2008, p. 469.

restringía la libertad de expresión²⁴. De ahí en adelante, podemos encontrar este fenómeno de manera constante y evolutiva, incluso en la jurisprudencia colombiana.

La Constitución del 2008, al establecer que existe la posibilidad de que particulares, por cuestiones de abuso de poder, de discriminación o por situaciones de sumisión, puedan ser controlados constitucionalmente a través de una acción de protección, lo que está haciendo es avanzar en la teoría clásica de los derechos humanos, por la que sólo el Estado podía violar derechos. La realidad nos demuestra que los particulares pueden violar derechos humanos y en los ámbitos que los liberales consideraban inviolables, tales como la esfera doméstica, el abuso contractual de las empresas, el poder de las multinacionales para explotar laboralmente y contaminar, la mala práctica médica. La teoría contemporánea de los derechos humanos considera que cualquier poder, público o privado, debe ser limitado por los derechos constitucionales. Ejemplos abundan. Piénsese en los abusos de los hospitales privados que se permiten limitar la libertad al encerrar a un paciente que no puede pagar, en la externalización de los costos de producción de empresas que por producir barato explotan y contaminan (y los costos los paga el Estado con fondos públicos), en el maltrato infantil y en la violencia contra la mujer, en la discriminación en los arriendos o en el acceso a trabajos por cuestiones de origen nacional o color de piel.

Tradicionalmente se ha considerado que el derecho privado regula las relaciones horizontales entre iguales, ciudadanos con ciudadanos. Alexy ha sostenido que el derecho constitucional, en particular los derechos de las personas, tiene el efecto de irradiación. Los derechos impregnan todo el sistema jurídico, lo que por supuesto incluye el derecho privado. Los derechos brindan la posibilidad de valorar el derecho privado y de controlarlo cuando afecta derechos. Tres construcciones a partir del efecto de irradiación: a. Los derechos justifican la interpretación y la eventual inaplicación del derecho privado; b. Los derechos, como principios que son, pueden aplicarse sobre o en ausencia del derecho privado en las relaciones horizontales; c. Las garantías constitucionales pueden utilizarse para defender a los particulares vulnerables de abusos o violaciones²⁵.

Sin duda alguna, la constitucionalización del derecho privado abre la puerta a la conflictividad. Desde la teoría del conflicto, el hecho de enfrentar los conflictos no es malo, lo malo está en no solucionarlos. ¿Conviene una sociedad, a pretexto de no generar conflictos, que tolere y hasta fomente la violación de derechos por parte de agentes privados o públicos? Sin duda alguna, la paz, la seguridad no puede sostenerse en la inequidad o en la violación de derechos. Si abrir la puerta a la solución de conflictos significa llegar a una sociedad más justa, la conflictividad será un sacrificio necesario. La promoción y respeto del derecho privado y el mercado, desde la perspectiva constitucional, sólo tiene sentido en tanto el derecho privado y el mercado son medios para ejercer, proteger y promover los derechos. Si el mercado y el derecho privado son fuentes, al contrario, de violación de derechos, no sólo que se puede hacer una lectura desde el derecho constitucional sino que el Estado debe intervenir para evitar y reparar por violaciones de los derechos.

III. El neoconstitucionalismo y el estado

11. El estado de derechos

El estado de derecho en singular significa estado sometido a reglas. El estado de derechos en plural ha significado una gran expropiación de los derechos individuales por parte del estado. El estado es natural adversario del individuo por su potencial capacidad para abusar de los derechos.

24 Robert Alexy, op. Cit, pp 472-481.

25 Robert Alexy, op. Cit. pp. 464 y siguientes.

No existe país en el mundo que califique en sus constituciones al estado como de “derechos”. Pero no porque nadie lo ha hecho significa necesariamente que es incorrecto. Toda novedad ha sido históricamente considerada como un disparate. Cuando se suponía que los estados protegían a sus ciudadanos de la misma manera que protegía su territorio, se consideró un despropósito que una persona demande a su estado. Era teóricamente un disparate, pero fue necesario. Desde mi perspectiva, hay un avance importante en la nominación en plural. La clave está en distinguir la diferencia entre un estado legal y un estado constitucional. En el estado legal, la autoridad estaba sometida a la ley y la ley es hecha por el parlamento; el parlamento al elaborar la ley resultaba ser la única autoridad no sometida. En el estado constitucional, en cambio, toda autoridad, incluida el parlamento, está sometida a la constitución. Pero la consstitución tampoco es cualquier norma: tiene derechos que se consideran fundamentales. El estado legal puede convivir con el autoritarismo y con la violación masiva a los derechos humanos; el estado constitucional no. En términos de autoritarismo, no hay mucha diferencia entre un estado absoluto y un estado legal. El tratadista Gustvav Zagrebeltzky sostiene que lo que hubo históricamente fue el paso de una monarquía aristocrática a una parlamentaria.²⁶ Además, en la lógica tradicional, sólo el estado y sus funcionarios públicos están sometidos a la ley; en el estado de derechos, la idea es que todo poder público y privado se somete a los derechos fundamentales, que están reconocidos tanto en la constitución como en los instrumentos internacionales de derechos humanos. El acento no está sólo en la constitución como instrumento normativo, sino en todos los derechos, como atributos de los seres humanos y de la naturaleza; de esta forma el término supera a la denominación de estado constitucional (no basta someterse a una constitución, sino que esta constitución debe ser cargada de derechos). Finalmente, el estado de derechos también significa que se reconoce la pluralidad jurídica. El estado derecho reconoce sólo una fuente de validez normativa, que es estado, y una norma que es la ley; en el estado de derechos se está reconociendo varios sistemas jurídicos. Entre otros, el sistema regional que proviene de la OEA o la Comunidad Andina, el sistema internacional que brota de los órganos del sistema de Naciones Unidas, y uno muy importante que es el sistema jurídico de las comunidades y nacionalidades indígenas, que está reconocido con rango constitucional. Si hay varios sistemas jurídicos, con propiedad se puede hablar que el estado es de derechos.

El estado al denominarse de derechos no significa que ha expropiado los derechos de las personas y colectividades, sino que el estado es un medio que tiene como fin la realización y la protección de los derechos. En este sentido, si bien el estado siempre tiene la potencialidad de violar los derechos por ser un poder, y con mucha más razón si pensamos en el poder punitivo, lo cierto es que no hay un poder que pueda garantizar mejor los derechos, que el poder del estado. El problema, como todo poder, está en democratizarlo, pero de esto trataremos un poco más adelante.

12. ¿ Puede el estado ser titular de derechos?

El estado puede ejercer derechos y hasta demandar acciones de protección de derechos.

Considerar que el estado tiene derechos es una aberración jurídica sin nombre. Algún momento se consideró que el estado tenía derecho a ejercer el poder punitivo y a este derecho se lo conoció como *ius puniendi*. Quizá en regímenes absolutos tenía sentido esta consideración, pero desde que los derechos humanos son el centro de la teoría del derecho y del estado, debe quedar claro que el estado tiene potestades y las personas y colectividades tienen derechos fundamentales. Los derechos, como lo ha establecido con claridad y enfáticamente Ferrajoli, vinculan y limitan esas potestades²⁷. Nunca al revés.

Cuando el estado ejerce una acción de protección contra un ciudadano, está tergiversando la

²⁶ Zagrebelsky, Gustavo, *El Derecho Dúctil*, Madrid, Editorial Trotta, 4ta edición, 2002. Capítulo II, pp. 21-45.

²⁷ Luigi Ferrajoli, *Derecho Penal mínimo y otros ensayos*, Comisión Estatal de Derechos Humanos Aguascalientes, México, 2008, p. 27.

lógica de los derechos y del rol del estado. Las garantías son mecanismos que sirven para prevenir o reparar los daños provocados por abusos de poder. Cuesta entender que los ciudadanos puedan provocar daños a un ente que no es humano. Es inconcebible que el estado esté ejerciendo derechos limitando y vinculando a los ciudadanos. Llama la atención que el estado planté acciones de protección extraordinarias cuando pierde los juicios; pero llama más la atención cuando los gana. De igual modo llama la atención que el presidente de la República se ofenda porque alguien opine en contra de la forma como ejerce el poder, demande y, más aún, que gane los juicios. Flaco favor le hace la práctica absolutamente incoherente de un gobierno que se siente víctima de violación de derechos a la teoría neoconstitucional del derecho. De igual modo, el rol de los jueces que garantizan al poder, tampoco ayudan a la comprensión de un estado garantista.

13. Rol del estado ¿estado mínimo o fuerte?

El estado no debe ser grande ni autoritario. Cuando el estado es grande y fuerte, se convierte en una amenaza para la sociedad e invade esferas que no le competen.

La cuestión de la recuperación de los derechos de los individuos y el rol del Estado, es un debate muy importante que tiene que abordarse. El Estado es una sociedad política organizada que, al momento, no se ha podido demostrar su inutilidad y justificar su inexistencia. Hay dos errores históricos en cuanto al rol del Estado, que conviene tener en cuenta para no caer en tergiversaciones ni en generalizaciones. Uno es el Estado socialista, fuerte y autoritario. El otro es el Estado liberal mínimo, sin poder ni capacidad de intervención en lo social. El primero despreció los derechos de libertad y eso fue un error que los regímenes socialistas reales lo pagaron muy caro. El segundo despreció los derechos sociales y es un error que lo estamos pagando sociedades inequitativas como las nuestras, particularmente las personas más pobres y vulnerables de la sociedad. El socialismo sin libertad se torna en un sistema de opresión; el liberalismo sin justicia social se torna en un sistema de inequidad.

Por otro lado, el estado mínimo es un mito. Joseph Stiglitz, por ejemplo, demuestra que en el capitalismo se requieren estados fuertes para impedir el abuso de los mercados por parte de los actores económicos poderosos, cómo los estados que han logrado mayor desarrollo económico son todo menos promotores del libre mercado y cómo la no intervención y regulación estatal generan crisis desastrosas. Sin regulación, impera la ley del más fuerte en economía y el más fuerte lucra y aplasta.²⁸ El estado, aún para beneficio de los libertarios y como garantía del juego en el mercado, para evitar monopolios o distorsiones, tiene que existir. Pero ahí donde el mercado no satisface las necesidades de los más vulnerables, al punto que no pueden ser agentes económicos ni pueden competir, debe también haber un estado. Cuando hay muchas personas que no tienen capacidad para satisfacer sus necesidades básicas en el mercado, porque tienen precio y se convierten en inaccesibles, el estado tiene la obligación de ofrecer servicios de calidad, adecuados y suficientes. No es aceptable que la salud y la educación de calidad, por ejemplo, dependan de la capacidad económica.

El estado, por otro lado, que requiere la plurinacionalidad y la garantía de los derechos del buen vivir, tiene que ser radicalmente democrático y fuerte. El estado tiene que ser controlado por quienes tienen derechos y por los otros poderes públicos. El estado debe ser un espacio de servicio, que promueva y garantice los derechos. No puede haber garantía de derechos, cuando estos son violados, si no hay estado. De ahí que la idea de un estado que expropia los derechos, es una idea desnaturalizada de la concepción de estado democrático y constitucional.

Sostener que el estado está hecho para violar derechos es una forma inapropiada de analizar

²⁸ Véase Joseph Stiglitz, *The roaring nineties. A new history of the world's most prosperous decade*, New York, Norton, 2003.

el rol que tiene. La finalidad y la legitimidad del estado la encontramos en la medida que respete y promueva los derechos. Sin embargo, no hay que negar que la historia de la humanidad ha demostrado que las violaciones más atroces a los derechos humanos se han producido precisamente por el estado. El maestro Zaffaroni ha demostrado que en el estado coexisten dos fuerzas opuestas, la del poder punitivo y la de democracia constitucional. La una tiende a eliminar los límites, los derechos y las garantías y, por tanto, a expandirse; la otra, en cambio, a poner límites, a establecer derechos y a fortalecer y multiplicar las garantías. La primera fortalece el poder de vigilancia y represión del estado y considera que los ciudadanos son peligrosos; la segunda, en cambio, fortalece el poder del estado para expandir al máximo las libertades de las personas. El poder punitivo está conformado por agencias que usan la fuerza, como la policía y el ejército; el poder democrático está conformado por personas que tienen derecho a vivir dignamente. Estas dos caras tiene el estado.

Cuando hablamos de fortalecer el estado, nos referimos al estado de derechos y no al estado de policía.²⁹ El estado, tal como lo dibuja Santos, que tiene que ser refundado en base a una democracia radical y desde abajo.³⁰

14. Las políticas públicas

Las políticas públicas son herramientas ideológicas para ejercer dominio sobre la sociedad. Una de las manifestaciones de la política pública es el plan nacional para el desarrollo. El problema está en que las políticas y el plan nacional son potestades que no están sujetas a la ley y no tienen control constitucional.

Las políticas públicas, entendidas como las decisiones que toma el poder ejecutivo para administrar el estado y los recursos públicos, siempre han existido. No importa la ideología o la forma de gobierno, las políticas son las formas de manifestación del poder. Los medios usados y los fines pueden variar en función de las tendencias políticas de quienes gobiernen. Cuando no hay regulación, el nivel de discrecionalidad es mayor. Normalmente, las políticas públicas se manifiesta mediante distintas formas jurídicas, las más comunes son las leyes y los actos administrativos. Nadie podría negar, por ejemplo, que un código penal refleja una política pública criminal, o que el plan nacional para el desarrollo se aplica mediante múltiples actos administrativos.

Cuando la Constitución de Montecristi establece que el máximo deber del estado es garantizar los derechos, está obligando a toda autoridad pública a que respete derechos, cualquiera fuese el acto jurídico mediante el cual se manifieste: ley, reglamento, sentencia, plan nacional. Lo que hace la constitución de 2008 es establecer fines, que son la realización de los derechos fundamentales, y medios, que son los poderes públicos y sus mecanismos de actuación. Antes, en términos jurídicos, las políticas existieron y fueron arbitrarias, no vinculadas ni limitadas por los derechos.

Si esta garantía no se cumple, hay varias acciones de control constitucional para enmendar o eliminar la política pública violatoria de derechos. Si hay violación de derechos y existe una víctima concreta e individualizada, cabe la acción de protección y, cuando hay peligro de daño grave e inminente, las medidas cautelares. Está expresamente establecida la posibilidad de plantear acción de protección por políticas públicas. Si la política o el plan, en abstracto, viola la constitución, cabe la acción de inconstitucionalidad. Si existe un mandato expreso, y no se ha emitido la política pública, cabe la acción de incumplimiento. Qué más democrático y que más garantista que cualquier persona pueda impugnar la política de un ministerio o de una entidad pública. Otro punto, para discutir en otra ocasión, es si el poder judicial goza de la garantía de independencia externa para poder pronunciarse en contra de una política pública del gobierno, pero

²⁹ Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2 edición, 2002, pp. 7 y ss.

³⁰ Vease Boaventura de Sousa Santos, *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*, Quito, UPS-Abya Yala, 2010.

este hecho, otra vez, no es un problema de la constitución, sino de este gobierno que ha interferido de forma inadecuada en la función judicial.

15. La Constitución de Montecristi y la desinstitucionalización del estado

La Constitución de Montecristi ha desinstitucionalizado al estado, es producto de un caudillo y ha promovido una dictadura.

En realidad se debería analizar si el proceso constituyente es atribuible a un solo gobierno y a una sola persona. Juan Paz y Miño y Franklin Ramírez parecen estar de acuerdo en considerar que la Constitución de Montecristi es fruto de varias luchas sociales. El primero, desde una perspectiva histórica de largo plazo, señala que el proceso constituyente podría señalarse como iniciado hace más de ochenta años con la Constitución Juliana de 1929 que afirmó los derechos laborales y sociales, fijó el papel económico del Estado y de la responsabilidad social de la propiedad privada. Este mismo autor, desde la perspectiva del ciclo político acierta en señalar que el proceso constituyente vivido en Montecristi es el resultado de fuerzas sociales acumuladas desde 1979 en contra de tres ejes, el modelo empresarial neoliberal, la clase política que estableció un estado de partidos, y la desinstitucionalización del estado nacional³¹. Sobre este último punto existen varios hitos que confirman lo afirmado por Paz y Miño, como el desconocimiento del nombramiento de la Corte Suprema de Justicia en el período de Febres Cordero y su influencia en la administración de justicia o las caídas de presidentes con el apoyo de los militares, los reiterados juicios políticos a los miembros del Tribunal Constitucional por resoluciones adversas a mayorías parlamentarias, y en general el desconocimiento de las instituciones estatales y de las normas constitucionales.

Ramírez por su parte hace un recorrido por lo que denomina la descomposición institucional y atrofia hegemónica, para demostrar que detrás del proceso constitucional existe un extenso proceso social que se vino construyendo a partir del descalabro de las instituciones, señalando como punto de partida el enjuiciamiento político de Alberto Dahik en 1996 por parte de su ex coideario, León Febres Cordero³². Con lo señalado queda claro que la valoración política sobre el actual régimen resulta insuficiente para explicar toda la profundidad del proceso constituyente.

Los rasgos autoritarios de una persona o gobernante, que se manifiestan en la criminalización de la protesta pública, en los juicios por opiniones y ataques a la libertad de prensa, en la intolerancia y la descalificación, en el uso inadecuado de los vetos presidenciales, nos ayudan a apreciar que el régimen presidencial no es el más adecuado.

16. El hiperpresidencialismo, el caudillismo y la plurinacionalidad

El presidencialismo, según Rafael Balda³³, se caracteriza por (1) un presidente que concentra las funciones de Jefe de Estado y Jefe de Gobierno; (2) el presidente es elegido por voto popular; (3) el mandato del presidente está sujeto a período fijo; (4) el presidente designa y destituye libremente a sus ministros. Como es sabido, la Constitución del año 2008 pretendía dar soluciones a una crisis institucional, que venía arrastrándose algunos años atrás: todo poder del estado, en varios períodos, ha terminado arbitrariamente irrespetado. Más de un tribunal constitucional, corte suprema, función electoral, parlamento y presidente ha dejado de cumplir sus funciones mediante formas inconstitucionales de ejercicio del poder.

31 Ver Juan Paz y Miño Cepeda y Diego Paz y Miño, "El proceso constituyente desde una perspectiva histórica", en Revista La Tendencia, *Análisis de la Nueva Constitución*, ILDIS, 2008, pp. 39-40.

32 Ver Franklin Ramírez Gallegos, "El proceso constituyente y tránsito hegemónico", en Revista La Tendencia, *Análisis de la Nueva Constitución*, ILDIS, 2008, pp. 55-66.

33 Rafael Balda Santistevan, "Hacia un nuevo sistema de gobierno", en Ramiro Avila, Agustín Grijalva y Rubén Martínez, *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 172.

La Constitución de Montecristi apostó por el mantenimiento del presidencialismo, pero en lugar de amenguarlo o de atenuar sus debilidades, lo incrementó y lo supervalorizó. De ahí el nombre común de “hiper-presidencialismo”. La función ejecutiva ejerce mucho poder y tiene la última palabra en el sistema político, a este poder otorgado por la Constitución lo podemos denominar con propiedad como “hiper presidencialismo”.

Varios hechos históricos y fenómenos políticos explican la existencia arraigada del presidencialismo en Latinoamérica y en Ecuador: (1) el pensamiento bolivariano, (2) la tradición colonial, (3) la influencia del constitucionalismo norteamericano. Lo cierto es que el presidencialismo es el mejor sistema para engendrar caudillos. El caudillo representa la personalización del poder, la subordinación de las formas de organización política a una persona (tanto en partidos políticos, organizaciones sociales como en el gobierno), el sometimiento del poder legislativo y judicial, la corrupción del poder y el ejercicio despótico, demagógico o paternalista del poder.³⁴

¿La inestabilidad política que ha vivido el Ecuador en estos últimos años de retorno a la democracia tiene que ver con el régimen presidencialista? Sin duda es difícil dar una respuesta categórica y deben existir muchos factores de carácter político que la expliquen. Sin embargo, como hipótesis de trabajo (que no estamos en condiciones de demostrar en este trabajo), conviene afirmar que el presidencialismo es una de las causas más importantes para la inestabilidad política.

Dado el proceso político que ha existido en Ecuador desde el año 1990, cuando tuvimos la gran primera movilización indígena, hasta la Asamblea Constituyente del 2008, resulta difícil pensar que la Constitución fruto de esa Asamblea sea producto de un caudillo. Sin embargo, quizá producto de la tradición arraigada o quizá porque efectivamente ejercía el liderazgo más visible el economista Correa, nadie cuestionó que el modelo de organización del poder sea el presidencialista.

El presidencialismo no se lleva bien con la participación ciudadana. No hay nada más contraproducente que afirmar que un sistema es democrático y participativo y al mismo tiempo confiar en que la decisión política la toma una persona. La opinión de una sola persona vale mucho más que en debate parlamentario, una consulta previa o una asamblea de un movimiento social. El dilema está en tomar las decisiones colectivamente o confiar en que una persona lo haga. El presidencialismo resuelve el problema apostando por la segunda opción. Y esto no es lo más democrático ni lo más deseable.

Finalmente, el régimen presidencial no es la mejor opción en un sistema plurinacional. Si bien un liderazgo fuerte puede explicar la consolidación de un Estado nacional dentro de una sociedad diversa y compleja, como fueron nuestras nacientes repúblicas; esto no es un justificativo racional para seguir manteniendo un esquema en una sociedad política que se reconoce expresamente como plurinacional y diversa. Una persona no puede representar en sí misma toda la complejidad social ni todas las diversidades existentes en nuestro país. De ahí que el presidencialismo no es la mejor opción para un estado plurinacional de derechos y este es un gran déficit de la Constitución de Montecristi.

IV. La utopía andina

17. La utopía constitucional y la realidad

³⁴Véase Jorge Carpizo, *Concepto de democracia y sistema de gobierno en América Latina*, México, UNAM, 2007, p. 68-70.

*La historia constitucional del Ecuador ha sido una novela de realismo mágico y de constituciones hechas a la talla de los caudillos de turno. La constitución está escrita para otro mundo. El mundo del Ecuador es muy diferente al que la Constitución dibuja y no requiere una constitución ideal, hipotética, llena de buenas intenciones, llena de análisis conceptuales, pero que no conozca realidades, y este es el drama de América Latina y del Ecuador.*³⁵

Si se lee la Constitución del Ecuador, en ella encontramos tres reivindicaciones que corresponden a tres movimientos emancipadores. En la parte dogmática de la Constitución encontramos los derechos de libertad, que reivindicaron los movimientos libertarios, como la autonomía y las libertades; están los derechos sociales, que reivindicaron los movimientos obreros y campesinos fuertemente influenciados por el marxismo, como el derecho a la salud y educación; y están los derechos culturales, que reivindicaron los movimientos indígenas y feministas, como la no discriminación y el respeto a la diversidad. Todas estas reivindicaciones han tenido detrás personas que han sufrido históricamente formas de opresión, y eso no se puede despreciar.³⁶ Sería un error enorme decir que lo liberal no tiene sentido cuando ha sido un avance enorme en la historia y en el pensamiento; pero creo que es un error igualmente enorme pensar que solo lo liberal y lo individual es lo que tiene que reivindicarse. Esta perspectiva me parece errada y miope, restrictiva e inadecuada.

En cuanto al realismo mágico, la historia constitucional del Ecuador y la utopías, algunos comentarios. La gran mayoría de las constituciones están hechas efectivamente a la talla de los caudillos de la época. Si miramos a nuestro constitucionalismo, ustedes van a ver que las constituciones del siglo XIX todas son muy parecidas y no cambian sustancialmente. La única función que tuvieron aquellas constituciones fue legitimar el poder del presidente de turno. En la historia del Ecuador básicamente hay cuatro constituciones: la una es la que funda la República del Ecuador en 1830, la otra es la constitución liberal de 1906, que establece la separación del Estado con la Iglesia, la tercera es la que instaura el constitucionalismo social, que se combinan entre la del 29 y la del 45, finalmente la cuarta, la del 2008, es la que establece el constitucionalismo cultural y que junta todos los movimientos y todas las reivindicaciones emancipadoras. Esta categorización vale en perspectiva de derechos. En cuanto al poder político en general y al poder ejecutivo en particular, todas tienen el defecto de fortalecer al presidencialismo. En un par de debates con el Doctor Luis Fernando Torres, él ha afirmado que cuando se acabe este gobierno, se acabará la Constitución. Esto sólo pasará si es que -y eso es un error que está cometiendo el gobierno- se asocia e identifica la constitución con el gobierno. En cambio, cuando la Constitución es vista como la manifestación de los procesos de lucha histórica, que vienen desde décadas atrás y que se plasma en los contenidos de los derechos, la Constitución, al menos la parte dogmática, está destinada a perdurar.

Por otro lado, no puede haber Constitución en el mundo moderno que no tenga un contenido utópico. Ni la de Estados Unidos, que es famosa por ser parca, ni la de Francia, y por supuesto ni la de Ecuador, pueden dejar de ser utópicas. El ideal utópico, que se plasma en los derechos, es la luz que guía el quehacer de una comunidad política y social. Si el ideal se cumple, deja de ser utópico. Por otro lado, siempre va a haber una brecha enorme entre lo que se quisiera conseguir con los derechos y lo que pasa en la realidad. Yo me pregunto: ¿no quisiéramos que todos los seres humanos en este país, todos lo que vivimos en este país, tengamos, ejerzamos y gocemos de los derechos a la salud, educación, seguridad social, seguridad jurídica y ciudadana, libertades, vida, integridad? Si eso es lo que queremos, entonces esa es la utopía por la que tenemos que luchar y vivir. Esa utopía, ese sueño de Ecuador, está planteada en la parte dogmática de la constitución.

³⁵ Fabian Corral, "Debate sobre Neoconstitucionalismo", *op. cit.*, p. 88.

³⁶ Véase sobre los movimientos emancipatorios, sus luchas, sus conquistas y sus déficits Fraser, Nancy, *Scales of Justice. Reimagining Political Space in a Globalizing World*, New Directions in critical theory, Columbia University Press, New York, 2010.

La utopía tiene dos funciones fundamentales. La una es criticar y la otra es transformar o emancipar. En la función utópica hay crítica, enfrentamiento con la realidad, desenmascaramiento de las ficciones que la sostienen, hace que la realidad sea insostenible. “La utopía representa el esfuerzo por reintroducir la imaginación transformadora en una realidad reacia al cambio. El discurso utópico ataca, así lo pretende, los procedimientos de reproducción del *statu quo*.”³⁷ En cuanto a la transformación, la función emancipadora significa un abrirse a un futuro en el que se pretende que no exista dominación ni exclusión. Este futuro no repite lo dado, aunque puede inspirarse en un pasado prehispánico, como es el caso de la utopía andina que propone la Constitución de Montecristi. En palabras de Arturo Roig, “la utopía de base, la que resume todo el pensamiento utópico en general, la liberación del ser humano respecto de sus diversas formas de alienación, el nacimiento del “ser nuevo”, que cada época emergente exige, se irá expresando con los andamiajes propios de cada cultura, de cada grupo humano, de cada tiempo.”³⁸ Puesto que la opresión siempre pone en marcha la función emancipadora de la utopía. Siempre.³⁹

18. Reflexiones finales: el saber indígena y la utopía andina

Conviene plasmar algunas palabras sobre la utopía occidental de los derechos y también sobre la “el saber” indígena invocada muy reverencialmente en este ensayo. Toda declaración de derechos en las constituciones siempre como ha quedado dicho -y no puede dejar de serlo- debe ser utópica y plantear una realidad que, siendo difícil, es deseable luchar porque se la consiga. Todos y cada uno de los derechos significan una aspiración y un problema por superar. Si se establece que hay derecho a la nutrición es porque hay niños y niñas desnutridos crónicos, si se reconoce la dimensión positiva del derecho a la vida es porque hay mortalidad infantil, si se establecen los derechos del buen vivir es porque hay un modelo de desarrollo que aplasta e impide el ejercicio de todas las potencialidades del ser humano, si se establece la igualdad material es porque vivimos en una sociedad que perenniza la exclusión. Si se establece los derechos de la naturaleza es que la capa de cemento que nos separa de la tierra no sólo nos separa dos centímetros sino un millón de años luz de lo que realmente somos: tierra o polvo.

Por otro lado, los derechos son siempre una herramienta contra el poder que tenemos, en terminología de Ferrajoli, los más débiles. Desde la lógica del poder, los derechos subvierten el *status quo* y se convierten en un arma para eliminar “privilegios fundados en inequitativas relaciones de poder”⁴⁰.

Así que los derechos que sustentan la Constitución y la doctrina neoconstitucional no sólo son falsas promesas sino que son instrumentos de lucha y mundos en los que queremos vivir.

Se podrá afirmar, al apelar a la filosofía andina, que estamos idealizando el mundo indígena y que estamos resucitando al “buen salvaje”. Pero aún suponiendo que los indígenas andinos están tan aculturizados que lo que se afirma en relación a su concepción de la *Pachamama* y del *Sumak Kawsay* no es cierto, nadie nos quita que la concepción de un indígena pre colonial o de unas concepciones que nos pueden ayudar a alcanzar el buen vivir son importantes, por ello debemos rescatarlas o crearlas.

La *Pachamama*, de alguna manera, se está rebelando. El calentamiento global y las

³⁷Horacio Ceratti, “La latinidad: ¿discurso utópico o discurso mítico?”, citado por Arturo Andrés Roig, “El discurso utópico y sus formas en la historia intelectual ecuatoriana”, en Arturo Andrés Roig, edit, *La utopía en el Ecuador*, Quito, Banco Central del Ecuador y Corporación Editora Nacional, 1987, p. 23.

³⁸ Arturo Andrés Roig, *op. cit.*, p.48.

³⁹ Arturo Andrés Roig, *op. cit.*, p. 49.

⁴⁰ Mario Melo, “Los derechos de la naturaleza en la nueva Constitución ecuatoriana”, en Alberto Acosta y Esperanza Martínez (compiladores), *Derechos de la Naturaleza. El futuro es ahora*, Abya Yala, Quito, 2009, p. 53.

consecuencias en la vida humana es una de sus manifestaciones. A diario leemos noticias que nos hablan de desequilibrios ecológicos. Por un lado, hay unas terribles sequías y seres que se mueren por no tener agua ni alimentos; por otro lado, hay unas terribles inundaciones y seres que también se mueren en cambio por tener demasiada agua y no tener vivienda ni medios de subsistencia por las inundaciones. ¿Será que el ser humano no ha sido capaz de comprender la rebelión de la naturaleza? Cuando uno lee sobre los grandes foros económicos mundiales y sus resoluciones, la primera reacción es pensar que no somos aún sensibles ante estos problemas humanos. Pero también cuando uno mira y aprende sobre la lucha que muchos movimientos sociales realizan para denunciar y promover una relación más armónica con la naturaleza, no puede sino tener la esperanza firme de que las cosas pueden cambiar.

La *Pachamama* y el *Sumak Kawsay* establecidos en la Constitución del Ecuador es al mismo tiempo un hito en una lucha de movimientos sociales y un comienzo. Las constituciones y los derechos fundamentales, al final, siempre son armas ficticias, etéreas y abstractas que pretenden regular relaciones basadas en el poder. Es más fácil exigir cuando un sistema jurídico ha reconocido un derecho que hacerlo sin él. Pero el derecho como las garantías jurídicas no son suficientes. Estas conquistas jurídicas se nutren de las luchas y de los movimientos sociales. También los grandes cambios se nutren y requieren “esfuerzos audaces y mentes abiertas”⁴¹. Se ha demostrado históricamente que los poderosos nunca han cedido sus privilegios de forma voluntaria sino que lo han hecho gracias a la lucha y a la presión de la gente.⁴² Esa lucha en Ecuador y en Bolivia tienen múltiples caras y organizaciones, muchas comunidades y personas que han jugado su vida resistiendo, en ellas encontramos las claves para construir una utopía diferente, más armónica y posible.

El constitucionalismo andino funde dos utopías centrales para buscar una alternativa postcapitalista. La una es la propuesta emancipadora de los derechos humanos, que tiene un origen occidental, y la otra es la propuesta andina, que propone el respeto a la naturaleza y la armonía de todos los seres. El mecanismo es un estado plurinacional y el medio es la interculturalidad. La Constitución ecuatoriana nos da luces para seguir construyendo este camino. Faltan muchas respuestas, pero el reto está planteado.

Bibliografía

- Acosta, Alberto, “Los grandes cambios requieren de esfuerzos audaces” en Alberto Acosta y Esperanza Martínez (compiladores), *Derechos de la Naturaleza. El futuro es ahora*, Quito, Abya Yala, 2009.
- Acosta, Alberto y Esperanza Martínez (editores), “Serie sobre el debate constituyente”, Abya Yala.
- Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción de Carlos Bernal Pulido, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.
- Avila Santamaría, Ramiro, “Caracterización de la Constitución de 2008. Visión panorámica de la Constitución a partir del Estado constitucional de derechos y justicia”, en Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini (editores), *La nueva constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar-Ecuador y Corporación Editora Nacional, 2009.
- _____, *El neoconstitucionalismo transformador. El estado y el derecho en la Constitución de 2008*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar y Abya Yala, 2011.
- Balda Santistevan, Rafael, “Hacia un nuevo sistema de gobierno”, en Ramiro Avila, Agustín Grijalva y Rubén Martínez, *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del*

41 Alberto Acosta, “Los grandes cambios requieren de esfuerzos audaces” en Alberto Acosta y Esperanza Martínez (compiladores), *Derechos de la Naturaleza. El futuro es ahora*, Abya Yala, Quito, 2009, p. 15.

42 Véase Gerardo Pissarello, “los derechos sociales y sus garantías: por una reconstrucción democrática participativa y multinivel”, en *Los derechos sociales y sus garantías*, editorial Trotta, Madrid, p. 111.

- 2008 *en perspectiva*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Bernal Pulido, Carlos, “Elementos para una defensa de las tesis del neoconstitucionalismo”, en *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*, Bogota, Universidad Externado de Colombia, 2009.
- Carbonell, Miguel y Leonardo García Jaramillo (editores), *El canon neoconstitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.
- _____, *Neoconstitucionalismo (s)*, Madrid, Trotta, 2003.
- Carpizo, Jorge, *Concepto de democracia y sistema de gobierno en América Latina*, México, UNAM, 2007.
- Comanducci Paolo, “Constitucionalización y neoconstitucionalismo”, en Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo (editores), *El canon neoconstitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.
- Corral, Fabian y Ramiro Avila Santamaría, “Debate sobre Neoconstitucionalismo”, en Salim Zaidán (editor), *Neoconstitucionalismo, libertad de opinión y derecho a la honra*, Quito, PUCE, AED y Fundación Hanns Seidel, 2012.
- Ferajoli, Luigi *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Editorial Trotta, Séptima Edición, 2005.
- _____, “Derechos fundamentales y patrimoniales”, en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Editorial Trotta, España, 2001.
- _____, *Derecho Penal mínimo y otros ensayos*, Comisión Estatal de Derechos Humanos Aguascalientes, México, 2008.
- Fraser, Nancy, *Scales of Justice. Reimagining Political Space in a Globalizing World*, New Directions in critical theory, Columbia University Press, New York, 2010.
- García Villegas, Mauricio, y Rodríguez, César, “Derecho y sociedad en América Latina: propuesta para la consolidación de los estudios jurídicos críticos”, en *Derecho y sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos*, Colombia, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA) y Universidad Nacional de Colombia, 2003.
- Habermas, Jürgen *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid, Editorial Trotta, 2005.
- Melo, Mario, “Los derechos de la naturaleza en la nueva Constitución ecuatoriana”, en Alberto Acosta y Esperanza Martínez (compiladores), *Derechos de la Naturaleza. El futuro es ahora*, Abya Yala, Quito, 2009.
- Moroso, Juan José, “Comanducci sobre neoconstitucionalismo”, en Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo (editores), *El canon neoconstitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.
- Paz y Miño Cepeda, Juan y Diego Paz y Miño, “El proceso constituyente desde una perspectiva histórica”, en *Revista La Tendencia, Análisis de la Nueva Constitución*, ILDIS.
- Pissarello, Gerardo, “los derechos sociales y sus garantías: por una reconstrucción democrática participativa y multinivel”, en *Los derechos sociales y sus garantías*, Madrid, editorial Trotta.
- Prieto Sanchís, Luis y Juan Antonio García Amado, “Debate sobre el neoconstitucionalismo”, en Miguel Carbonell (editor), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta, 2007.
- Ramírez Gallegos, Franklin, “El proceso constituyente y tránsito hegemónico”, en *Revista La Tendencia, Análisis de la Nueva Constitución*, ILDIS, 2008.
- Roig, Arturo Andrés, *La utopía en el Ecuador*, Quito, Banco Central del Ecuador y Corporación Editora Nacional, 1987.
- Stiglitz, Joseph, *The roaring nineties. A new history of the world’s most prosperous decade*, New York, Norton, 2003. Santos, Boaventura de Sousa, *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*, Quito, UPS-Abya Yala, 2010.
- Torres, Luis Fernando, “El presidencialismo constituyente y el Estado constitucional de Montecristi”, en Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini (editores), *La nueva*

- constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar-Ecuador y Corporación Editora Nacional, 2009.
- Trujillo, Julio César y Ramiro Avila Santamaría, “Los derechos en el proyecto de Constitución”, en *Análisis Nueva Constitución*, Revista Tendencia, ILDIS, Quito, 2008.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2 edición, 2002.
- Zagrebelsky, Gustavo, *El Derecho Dúctil*, Madrid, Editorial Trotta, 4ta edición, 2002.
- Zavala Egas, Jorge *Derecho constitucional, neoconstitucionalismo y argumentación jurídica*, Lima, Edilex S.A. Editores.