

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-No comercial-Sin obras derivadas 3.0 Ecuador



**El neoconstitucionalismo transformador
El Estado y el derecho en la Constitución de 2008**

Ramiro Ávila Santamaría

Quito, 2011

EL NEOCONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR

EL ESTADO Y EL DERECHO
EN LA CONSTITUCIÓN DE 2008

Ramiro Ávila Santamaría



Quito, 2011

EL NEOCONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR
El estado y el derecho en la Constitución de 2008
Ramiro Ávila Santamaría

Alberto Acosta y Esperanza Martínez, editores

Primera edición: Ediciones Abya-Yala
Av. 12 de Octubre 1430 y Wilson
Apartado postal: 17-12-719
Teléfonos: (593 2) 250 6251, 2506247
Fax: (593 2) 2506255
www.abayala.org
editorial@abayala.org
Quito, Ecuador

Universidad Andina Simón Bolívar
Sede Ecuador
Toledo N22-80
Apartado postal: 17-12-569
Teléfonos: (593 2) 322 8085, 299 3600
Fax: (593 2) 322 8426
www.uasb.edu.ec
uasb@uasb.edu.ec
Quito, Ecuador

ISBN Ediciones Abya-Yala: 978-9978-22-984-2

ISBN Universidad Andina Simón Bolívar: 978-9978-19-468-3

Cuidado de la
primera edición: Nadesha Montalvo R. y Quinche Ortiz C.

Diseño y
diagramación: Ediciones Abya-Yala

Impresión: Producciones Digitales Abya-Yala
Quito, Ecuador

Impreso en Quito, abril 2011

Auspiciado por la Fundación Rosa Luxemburg

Fundación
Rosa Luxemburg



Índice

Prólogo	7
Introducción	13

I. LA CRISIS DEL DERECHO Y DEL ESTADO

1. Perspectiva del pensamiento crítico del “norte”	26
2. Perspectiva del pensamiento crítico andino	35

II. EL NEOCONSTITUCIONALISMO

1. Europeo occidental.....	53
2. Neoconstitucionalismo latinoamericano ...	59
3. Neoconstitucionalismo andino o transformador.....	75

III. CARACTERIZACIÓN DEL ESTADO Y EL DERECHO A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN DE 2008

1. Antecedentes históricos y evolución del constitucionalismo ecuatoriano.....	83
2. Contexto de la expedición de la Constitución de 2008.....	101
3. Del estado legal al constitucional.....	107
4. Del estado de derecho al estado de derechos.....	121

5. Del estado excluyente al estado de justicia	149
6. Del estado liberal al estado social.....	167
7. De la democracia estadística a la democracia como acción comunitaria integrada.....	177
8. Del estado subordinado al estado soberano e independiente.....	185
9. Del estado nacional al estado unitario y plurinacional	193
10. Del estado monocultural al estado intercultural	211
11. Del estado conservador al estado laico	221

IV. EL NEOCONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR: EL PARADIGMA ESPERANZADOR, LAS TENSIONES Y LOS RETOS

1. El paradigma esperanzador	235
2. Las tensiones	241
3. Los retos	261
Bibliografía.....	275
Post scriptum	
La primera (mala) reforma a la Constitución de Montecristi	293

Prólogo

Para entender una Constitución garantista, igualitaria, participativa y plurinacional

Agustín Grijalva

Profesor del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar

Como los cineastas que mediante un paneo con su cámara nos brindan un recorrido panorámico desde un punto fijo, este libro de Ramiro Ávila ofrece un panorama de la Constitución de 2008 desde una definida posición garantista y neoconstitucional.

Con poder de síntesis y fluidez, su análisis recorre los aspectos claves de la Carta Fundamental: sus antecedentes internacionales y regionales, sus líneas matrices, innovaciones, tensiones y perspectivas. En este recorrido se realizan varios aportes que es justo destacar.

Primero, a lo largo del texto este estudio interdisciplinario de la Constitución se articula a importantes autores y teorías contemporáneas. Este aporte se acrecienta considerando que en Ecuador hay todavía una limitada recepción de las corrientes contemporáneas de teoría jurídica y política. Tampoco hay mayor estudio o

investigaciones de Sociología Jurídica, Antropología, Historia o Filosofía del Derecho, o análisis de lo jurídico desde la Ciencia Política. Como consecuencia, en el país los estudios del Derecho permanecen relativamente recluidos en un formalismo normativista, mientras que las Ciencias Sociales ecuatorianas han casi invisibilizado al Derecho, pese a la innegable y hoy reconocida importancia institucional del mismo.

En contraste, el libro de Ramiro Ávila tiende puentes y señala caminos en este desdoblado ámbito de los estudios socio-jurídicos ecuatorianos. Su reflexión se mueve entre el Derecho y las Ciencias Sociales evidenciando la necesidad y riqueza de este análisis. En la obra dialogan juristas, científicos sociales y filósofos; un aporte fundamental que el autor ya inició tiempo atrás al liderar desde la Subsecretaría de Desarrollo Normativo del Ministerio de Justicia la edición de alrededor de veinte volúmenes de la serie Editorial Justicia y Derechos Humanos. Lo interesante en el presente libro es que estas ideas no son citadas y articuladas desde una recepción pasiva, sin identidad. El libro destaca las condiciones y postulados propios de lo que el autor llama constitucionalismo latinoamericano y andino, defendiendo la necesidad de un pensamiento propio, aunque ciertamente no aislado sino dialogante con el mundo, para dar respuesta adecuada a nuestras propias realidades.

En segundo lugar, el libro articula de forma creativa numerosas fuentes de diverso tipo; no solo se examinan normas jurídicas, sino jurisprudencia y postulados teóricos. Se proyecta así, especialmente en el capítulo dos, un entendimiento más profundo de los principios estructurales de la Constitución del 2008. En cierto sentido, la obra nos permite atender y leer mejor lo esencial de la Constitución: su eje garantista, igualitario, participativo y plurinacional. Esta lectura de la Constitución se despliega desde un ángulo sui géneris en nuestro medio: se trata de una posición progresista y democrática, en la cual es posible el diálogo de teorías socialistas y liberales comunitarias, las cuales por su compromiso democrático con la justicia y los derechos develan importantes confluencias frecuentemente ignoradas. No es entonces una concepción sectaria o dogmática, encerrada en una ideología clausurada.

Hay en el libro análisis que pueden ser discutibles como los que el autor hace respecto a la relación entre reglas y principios, a las diferencias entre Estado Constitucional y Estado de Derechos, entre moral y Derecho, o la identificación de legislación y políticas públicas. Empero, el aporte de estos análisis es justamente identificar debates contemporáneos centrales, y provocar la discusión de forma informada e inteligente.

Una tensión notoria, quizás la central, en la Constitución vigente es la que existe entre la

parte orgánica y la dogmática. Por un lado se fortalece al ejecutivo, por otro se debilita al legislativo y se crean dos nuevas funciones: la electoral y la de transparencia y control social. Esta última, y especialmente uno de sus órganos, el Consejo de Participación Ciudadana, ha sido objeto de fuertes críticas en cuanto a su representatividad y legitimidad política. Empero, todos, incluso los más acérrimos críticos de la Constitución reconocen su fuerte y expansiva declaración de derechos y garantías.

Este libro de Ramiro Ávila nos recuerda con claridad que la dimensión orgánica de la Constitución debe ser solo un medio para la realización de los derechos de personas y colectividades. En consecuencia, plantearía yo, las fallas orgánicas más graves de la Carta Política son aquellas que no correspondan o sean funcionales a esta sólida base de derechos y garantías, puesto que los cimientos centrales de la Constitución no radican o deben radicar en su ingeniería institucional sino en tales derechos, y es aquella la que debe siempre servir a los segundos. En definitiva si caben reformas constitucionales estas deben apuntar a adecuar de mejor forma el diseño institucional a los cimientos garantistas de la Carta.

Bajo todas estas consideraciones, la presente obra desmantela otra de las críticas desinformadas contra la Constitución de Montecristi: su supuesto carácter totalitario. Este libro deja clara la vocación democrática de la Consti-

tución del 2008, incluso por encima de las contradicciones y, en mi opinión deficiencias, especialmente de orden orgánico de la Carta Fundamental.

En realidad, el valor de una Constitución no se mide principalmente por su mayor o menor perfección técnico-formal, su adecuada redacción o incluso su coherencia. Siendo estos aspectos más que deseables, el valor de una Constitución radica más en los avances de fondo que incorpora respecto al pasado y sus proyecciones hacia el futuro, como resultado de un nuevo pacto social. Es allí donde la Constitución de Montecristi, pese a deficiencias formales y orgánicas, aporta a la historia pues no pueden negarse sus altos estándares de derechos y garantías, su dimensión plurinacional e intercultural, su profundo compromiso con la naturaleza, la solidaridad y la justicia.

Una constitución no es solo norma jurídica sino un proceso social, un sistema de derechos imbuido en la conciencia de los ciudadanos, la constitución es una cultura, y el libro de Ramiro Ávila sin duda contribuye a este urgente desarrollo de la cultura constitucional ecuatoriana.

Introducción

Ramiro Ávila Santamaría

Doctor en Jurisprudencia por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Máster en Derecho por Columbia University (Nueva York), Docente de la Universidad Andina Simón Bolívar-Sede Ecuador, profesor de Constitucionalismo Contemporáneo, Teoría General de Derechos Humanos y Garantismo Penal, autor y editor de varios artículos y libros sobre Derecho Constitucional, Derechos Humanos, Derecho Humanitario y Derecho Penal.

El 20 de octubre de 2008 entró en vigencia en la Constitución Política del Ecuador¹ (en adelante “La Constitución”), aprobada mediante referéndum el 28 de septiembre del mismo año. La Constitución contiene importantes innovaciones y ha sido objeto de múltiples comentarios, más políticos que jurídicos, y el debate, como se explicará, se ha restringido a aspectos puntuales. Actualmente, la Constitución está en proceso de implementación, que no ha sido pacífico ni coherente, y es parte de una transformación política que pretende reinstitucionalizar al estado² y alterar las relaciones inequitativas que existen en el país.

1 La Constitución se publicó en el Registro Oficial No. 449 del 20 de octubre de 2008.

2 La palabra “estado”, en referencia a la sociedad política organizada, se escribirá en minúscula salvo que sea una cita textual en la que en el documento original aparezca en mayúscula: “lo desacralizamos al no escribir con mayúscula (no

La Constitución ecuatoriana junto con la boliviana y en menor medida la venezolana, en algunos aspectos centrales, nos ha dejado desconcertados a más de un profesional del derecho. Las reacciones ante las novedades han sido diversas. Unos se han adscrito a la corriente del “neoconstitucionalismo” y logran entender ciertos cambios que han dejado de ser novedad en la Europa occidental continental. Otros, más aferrados a nuestra tradición positivista y civilista, han rechazado de plano las innovaciones. Finalmente, hay otro grupo, entre los que me incluyo, que considera que la propuesta constitucional de estos países andinos supera al neoconstitucionalismo como nos ha llegado desde el viejo continente.

El problema que tenemos, al menos quienes nos hemos formado desde una tradición normativa formal, es que las nuevas instituciones de la Constitución de Montecristi no han sido creadas ni desarrolladas por juristas sino

hay razón para la asimilación ortográfica con Dios). No aceptamos la racionalización que pretende que la mayúscula solo evita confusiones con su homónimo. Hay muchos homónimos en todas las lenguas y no por ello se escribe uno con mayúscula. En segundo término, la historia y la realidad nos demuestra que el estado no es la figura ideal que nos describen algunas teorías; pero tampoco es invariablemente una estructura de poder al servicio mecánico de las clases hegemónicas, aunque siempre tiende a convertirse en esto último”, en Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Plagia y Alejandro Slokar, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2005, p. 96-97.

por movimientos sociales, en particular el indígena, y que la comprensión de éstas requiere de la ayuda de otras disciplinas científicas, como la antropología, la economía política, los estudios culturales y la sociología. En otras palabras, la doctrina para comprender la dimensión de las propuestas constitucionales no la encontramos en librerías ni bibliotecas jurídicas sino en otras fuentes no formales. En este libro me aventuro –y seguramente con muchas deficiencias– a explorar las explicaciones de otras ciencias para comprender este fenómeno jurídico que lo he denominado, con poca dosis de originalidad, “neoconstitucionalismo transformador”.³

El término “neoconstitucionalismo transformador” pretende destacar las teorías jurídicas que ayudan a comprender e interpretar el contenido de la Constitución de Montecristi. Por un lado, con la palabra “neoconstitucionalismo” se recogen los elementos más innovadores del constitucionalismo contemporáneo que se ha desarrollado en la Europa desde mediados

3 El término “transformador” ha sido utilizado por Boaventura de Sousa Santos, de quien lo tomo prestado para titular este libro. Véase Boaventura de Sousa Santos, “La difícil construcción de la plurinacionalidad”, en SENPLADES (compilador), *Los nuevos retos de América Latina. Socialismo y sumak kawsay*, Quito, SENPLADES, 2010, p. 153; Boaventura de Sousa Santos, “Conciliar diversas formas organizativas”, en Miriam Lang y Alejandra Santillana (compiladoras), *Democracia, participación y socialismo. Bolivia-Ecuador-Venezuela*, Quito, Fundación Rosa Luxemburgo / Hominen, 2010, p. 194.

del siglo XX y que marca una distinción importante con el formalismo y positivismo jurídico. Por otro lado, con la palabra “transformador”, se pretende demostrar que hay avances propios del constitucionalismo andino (desde los textos en Bolivia y Ecuador, y desde la jurisprudencia en Colombia)⁴ que son inéditos en el constitucionalismo contemporáneo.

Este libro está dividido en cuatro partes.⁵

En la primera parte abordamos el tema de la crisis del derecho y del estado desde dos perspectivas. Una desde el conocimiento hege-

4 Véase Daniel Bonilla Maldonado, *La Constitución multicultural*, Bogotá, Universidad de los Andes / Siglo del Hombre, 2006.

5 En un inicio la idea de este libro fue hacer una recopilación de varios ensayos escritos y publicados sobre la caracterización de la Constitución de Montecristi. Pero al darles coherencia y al revisarlos no solo que ameritaban dichos ensayos correcciones sino que la edición se tornó más profunda de lo que pensaba, debido a las lecturas y reflexiones posteriores a cuando fueron escritos. Este libro, entonces, teniendo como punto de partida ensayos anteriores, es un libro nuevo y distinto a lo ya escrito. Los ensayos que sirvieron de base para este libro fueron: “Ecuador estado constitucional de derechos y justicia”, en Ramiro Ávila Santamaría (editor), *Constitución de 2008 en el contexto andino. Análisis de doctrina y derecho comparado*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008; “El constitucionalismo ecuatoriano. Breve caracterización de la Constitución de 2008”, en Miguel Carbonell, Jorge Carpizo y Daniel Zovato (coordinadores), *Tendencias del constitucionalismo en Iberoamérica*, México D.F., UNAM-IIIJ, 2009; “Del estado legal de derecho al estado constitucional de derechos y justicia”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, No. 15, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung, 2009.

mónico, al que he denominado “norte”, por el espacio desde donde procede; la otra perspectiva desde el pensamiento crítico andino, que justifican no solo una nueva constitución, contemporánea y de retaguardia,⁶ sino también la búsqueda de nuevas teorías, doctrinas, instituciones que respondan a las necesidades de las personas y de las colectividades, que han vivido excluidas y de diversas maneras “colonizadas”.

En un segundo momento se describe las respuestas dadas por el derecho a la crisis, mediante lo que se ha venido conociendo como “neoconstitucionalismo”, que tiene algunos matices diferenciados entre el neoconstitucionalismo europeo occidental, de corte positivista contemporáneo, y que se basa en el modelo alemán, italiano y español; el neoconstitucionalismo latinoamericano, que comienza con la constitución brasileña y le sigue la colombiana, que se caracterizan por reconocer nuevos derechos y de forma decidida los derechos sociales; y el constitucionalismo andino, en particular a partir de las Constituciones boliviana y ecuatoriana, que introducen, entre otros aspectos novedosos, la noción de pluriculturalidad, interculturalidad, la *pachamama* y *el sumak kawsay* a los avances europeos y latinoamericanos.

6 Boaventura de Sousa Santos sostiene, para destacar la riqueza histórica del movimiento social, que las teorías que se requieren para entender el fenómeno constitucional contemporáneo no son de vanguardia sino de retaguardia. B. de Sousa Santos, “La difícil construcción de la plurinacionalidad”, *op. cit.*, p. 154.

En la tercera parte, intentaremos caracterizar en términos históricos, políticos y jurídicos a la Constitución de Montecristi. Comenzaremos realizando una breve síntesis histórica del desarrollo constitucional ecuatoriano y trataremos, desde esa perspectiva, destacar a la Constitución de 2008 como un avance sin precedentes en el constitucionalismo nacional; luego, describiremos el contexto político inmediato a la expedición de la Constitución; en adelante contrastaremos el paradigma programado constitucionalmente con otros paradigmas constitucionales. Estos contrastes teóricos bien podrían resumirse en que se trata de un comentario crítico del artículo primero de la Constitución de 2008.

Normalmente, las primeras palabras del primer artículo de las Constituciones suelen determinar las cualidades que caracterizan al estado. Así, por ejemplo, la Constitución de 1998 estableció que “el Ecuador es un Estado social de derecho”, la Constitución de Bolivia determina que es “un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario”, la de Venezuela que “se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia” (Art. 2), “Colombia es un Estado social de derecho”; en el caso peruano, la Constitución define al estado algunos artículos más adelante: “[L]a República del Perú es democrática, social, independiente y soberana” (Art. 43).

La Constitución de 2008 proclama que “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico”. Algunos de estos calificativos como el de estado “constitucional de derechos” no lo tiene país alguno de la región ni el mundo. En este libro propondremos que existe en cada palabra una propuesta de cambio paradigmático y un avance teórico y conceptual que exige ser implementado.

Finalmente, en la cuarta parte, haremos un balance sobre la situación actual y el impacto que ha tenido la Constitución, advirtiendo que, aún siendo prematuro en perspectiva histórica cualquier análisis definitivo sobre su realización y eficacia, existen ya algunas prácticas y propuestas inconsistentes con el programa constitucional por parte del gobierno que la impulsó y promulgó.

Conviene aclarar, para evitar malas interpretaciones, que hay dos planos de análisis que son interrelacionados pero conviene no confundirlos. El uno es el prescriptivo y el otro es el descriptivo. En la mayor parte de este libro se hace lo primero y en algunas partes lo segundo. El plano prescriptivo tiene relación con el “deber ser” del derecho y el estado; el plano descriptivo, en cambio, con el “ser”, con lo que pasa. En este sentido, por ejemplo, afirmar que la Constitución es garantista y que el constitucio-

nalismo andino es transformador, no significa en la práctica que las instituciones y el gobierno de turno sean consecuentes con los postulados constitucionalistas. No por ser garantista la Constitución significa que la realidad ha cambiado y todas las personas gozan de sus derechos; pero tampoco se puede afirmar que la Constitución no es útil o es inadecuada por el hecho de que existan violaciones de derechos y que la realidad poco ha cambiado desde su vigencia. La primera afirmación se conoce como “falacia normativista” y la segunda como “falacia realista”. La primera falacia parte de premisas formales y tiene una conclusión de la realidad; la segunda falacia, al revés, parte de premisas de la realidad y tiene una conclusión formal. Casi todas las críticas que se han hecho a la Constitución,⁷ y también algunas defensas a ellas, contienen este lamentable error de análisis, que debe ser evitado. En este sentido, este libro defiende en el plano prescriptivo la Constitución de Montecristi y considera que su deficiente aplicación no la invalida.

7 Véase, por ejemplo, Fabián Corral, “El gobierno de los jueces”, en *El Comercio*, lunes 10 de enero de 2011, p. A12, que reiteradamente ha criticado la teoría neoconstitucional y a la Constitución de Montecristi con más adjetivos que argumentos y recurriendo insistentemente a este tipo de falacias; Diego Pérez, “Montecristi Blues”, en *El Comercio*, domingo 16 de enero de 2011, p. A12. Creo que el mismo error metodológico pero con mejores argumentos lo encontramos en Luis Fernando Torres, *Presidencialismo constituyente. La ruta del autoritarismo en el Ecuador*, Quito, Ed. Jurídica Cevallos, 2009.

Me encantaría discutir con más profundidad algunos aspectos de carácter jurídico y filosófico sobre el neoconstitucionalismo teórico, metodológico e ideológico. También hay temas que merecerían un mayor desarrollo, estudio y explicación. Pero el tiempo, el espacio, el público al que quisiera llegar y mis limitaciones conspiran contra estos deseos. Este libro es una provocación, un inicio de una construcción teórica, una propuesta de debate. Las ideas expuestas en este libro no están acabadas y deben ser compartidas, discutidas y hasta posiblemente reformuladas. Asumo ese reto que siempre pregonó en clases de intentar pensar fuerte y de forma crítica.

Ojalá este libro contribuya a seguir comprendiendo el contenido profundo de la Constitución de 2008. Lo único que motiva este esfuerzo de estudiar, investigar y escribir, con todas las deficiencias que tenemos los académicos-juristas ecuatorianos, es que las personas y colectividades que más requieren de transformaciones profundas, se apropien de esta Constitución, que sus principios, derechos, garantías y postulados dejen de ser solo papel y se conviertan en instrumento de poder de los más necesitados de nuestro país, que lamentablemente siguen siendo la mayoría. Para ellas y por el buen vivir.

I. LA CRISIS DEL DERECHO Y DEL ESTADO

Hay muchas formas de mirar las crisis del derecho. Vamos a centrarnos en dos versiones actuales sobre la crisis. La una tiene que ver con la percepción del derecho en Europa y su visión dentro de un ordenamiento global. La otra tiene relación con la función del derecho y el estado en el mundo andino,⁸ en contextos de exclusión, marginalidad y discriminación.⁹

8 El mundo andino puede ser un término harto ambiguo, que puede tener una comprensión geográfica y abarcar todo el territorio que está atravesado por los Andes; una comprensión normativa constitucional y referirse a los países del área andina que han hecho reformas constitucionales desde los años noventa; incluso una visión normativa restringida a las Constituciones boliviana y ecuatoriana, que establecen normas relacionadas con un nuevo paradigma; y hasta una comprensión política-social, que podría comprender todos los países del área andina que reflejan luchas y resistencias sociales al estado nación y a su derecho. En ese último sentido vamos a entender cuando nos refiramos al “mundo andino”.

9 Sobre las cifras de la exclusión en Ecuador, con perspectiva en relación al movimiento indígena ver Carlos Larrea (coordinador), *Pueblos indígenas, desarrollo humano y discriminación en el Ecuador*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar / Abya-Yala, 2007; en cuanto al pueblo afroecuatoriano, Catherine Walsh, “Estado plurinacional e intercultural. Complementariedad y complicitad hacia un ‘buen vivir’”, en Alberto Acosta y Esperanza Martínez (compiladores), *Plurinacionalidad. Democracia en la diversidad*, Quito, Abya-Yala, 2009.

1. Perspectiva del pensamiento crítico del “norte”

Sobre la versión europea, desde el pensamiento jurídico, nadie más autorizado que Luigi Ferrajoli para describir la crisis del derecho y del estado en nuestra era global. Ferrajoli constata una especie de situación parecida a la que describía Hobbes cuando el ser humano estaba en un estado natural y el “hombre es lobo del hombre”. Por un lado, la expansión de la economía y el desarrollo de nuevas formas de explotación, discriminación y agresión. Por otro lado, la falta de un derecho capaz de tutelar los derechos de las personas. En estas circunstancias, el mundo vive en una a-nomia (falta de norma jurídica) y, en este vacío, prima la “ley salvaje del más fuerte”.

En este contexto, el estado nación también es motivo de preocupación. La soberanía, y por tanto la capacidad de dictar leyes y tener control sobre un espacio territorial, se encuentra severamente limitada, ya por los acuerdos internacionales desde el derecho, ya por la influencia de la superpotencia hegemónica (Esta-

dos Unidos). Los estados se han desterritorializado y desnacionalizado.¹⁰

Las consecuencias de este modelo se manifiestan, según Ferrajoli, en dos crisis: (1) credibilidad del derecho e (2) impotencia del derecho.¹¹

1. Como nunca antes en la historia de la humanidad, los estados han firmado y ratificado múltiples documentos internacionales que reconocen derechos humanos. Paralelamente, los estados han suscrito acuerdos internacionales ajenos y hasta francamente regresivos en relación a los derechos humanos, como acuerdos de libre comercio que flexibilizan los derechos laborales y acuerdos de carácter penal –como drogas y terrorismo– que vulneran las garantías penales y procesales. El derecho internacional se torna ambiguo e incoherente. Lo peor es que las normas no relacionadas con derechos humanos son las que tienen impulso por parte de los países hegemónicos, de las empresas transnacionales y de las agencias intergubernamentales.

10 Robert Alexy, “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, en Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo (coordinadores), *El canon neoconstitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 97-109.

11 Luigi Ferrajoli, “Criminalidad y globalización”, en Miguel Carbonell y Rodolfo Vásquez (compiladores), *Globalización y Derecho*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 146.

Para empeorar el panorama, al mismo tiempo que se promueven normas de derechos humanos y normas que promueven un modelo de desarrollo incompatible con ellos, como nunca antes han habido tantas violaciones a los derechos humanos y tanta depredación a la naturaleza.¹²

El derecho existe pero deja de ser creíble.

2. El derecho no ha sido capaz de ser una norma de conducta que impida o prevenga violaciones a los derechos humanos y la destrucción de la naturaleza. Desde hace muchos años, Bobbio¹³ planteó que el reto de los derechos humanos son su protección (y no su fundamentación una vez que ya están reconocidos).¹⁴ Al momento no existen mecanismos de garantía efectivos para impedir y erradicar fenómenos de violaciones estructurales y sistemáticas de los derechos, tales como la pobreza, las muertes de civiles en guerras, la desnutrición, la mortalidad infantil, la ignorancia e incluso, aunque tiene otras dimensiones y hasta otros intereses, la inseguridad ciu-

12 Véase Juan Ramón Capella, *Entrada en la barbarie*, Madrid, Trotta, 2007, p. 179-214. En este libro Capella describe las circunstancias terribles del mundo contemporáneo, al que el llama barbarie, y además intenta explicar las razones que llevaron a este punto de la humanidad.

13 Véase Norberto Bobbio, "El futuro de los derechos humanos", en *El problema de la guerra y las vías de la paz*, Madrid, Gedisa, 1981.

14 Sobre la discusión en relación a la fundamentación, véase Mauricio Beuchot, *Filosofía y derechos humanos*, México D.F., Siglo XXI, 2001, p. 36-46.

dadana. Los derechos y los mecanismos de protección llegan tarde y mal ante la realidad de las violaciones a las personas y a la naturaleza. El derecho no es eficaz porque no tiene mecanismos de protección adecuados ni instituciones pertinentes.¹⁵

La crisis, además, tiene impacto en otras áreas: se disuelven los principios que sustentan al estado. Ferrajoli menciona tres: legalidad, transparencia y responsabilidad; el principio de legalidad propugnaba el sometimiento de todo poder público a la ley y resulta que actualmente los poderes públicos tienen competencias para actuar no determinadas en normas; es decir, las leyes no dicen lo que hay que hacer sino que otorga poderes para hacer. Por el principio de transparencia, todos los actos del estado deben ser públicos y pueden ser conocidos por todas las personas; ahora, por ese fenómeno posterior al 11 de septiembre y por la demanda de inseguridad ciudadana y transnacional, los sistemas de inteligencia y secretos han cobrado nueva vida y

15 La institucionalidad existente sigue siendo liberal y adecuada para derechos relacionados con la propiedad y la autonomía de la voluntad. Sobre un ensayo crítico al respecto, véase Ramiro Ávila Santamaría, “Retos de una nueva institucionalidad estatal para la protección de derechos humanos”, en Ramiro Ávila Santamaría (editor), *Neconstitucionalismo y sociedad*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

legitimidad.¹⁶ Por el principio de responsabilidad, todos los funcionarios públicos y los agentes privados que provoquen daños tienen que responder ante la justicia; en la actualidad es difícil visualizar a los responsables de los daños y si se lo logra hacer, las cortes nacionales no tienen competencia territorial para juzgarlos.

Por último y por todo lo anterior, se reduce la legitimidad de la democracia, se refuerza el poder arbitrario del estado y finalmente, en lo económico, triunfa el mercado sobre los derechos.¹⁷

Hasta ahí una breve síntesis de lo que podría apreciarse como una legítima preocupación de parte de un pensador considerado progresista y comprometido. Sus reflexiones sobre la crisis sin duda son sólidas y dignas de ser tomadas en cuenta.

Por caminos diferentes, la crisis de legitimación ha sido apreciada por otros pensadores críticos contemporáneos. Mencionemos dos:

-
- 16 Baste, para demostrar que estamos en una nueva era del secreto, revisar el escándalo provocado por la página de Internet wikileaks, que se encargó de difundir documentos que se consideraban secretos y en los que constaba actuaciones subterráneas y hasta ilegales, en todas las esferas de la vida política.
- 17 Luigi Ferrajoli, “Estado social y estado de derecho”, en Víctor Abramovich, María José Añón y Christian Courtis, *Derechos sociales: instrucciones de uso*, México D.F., Fontamara, p. 11-22.

Zygmunt Bauman y Nancy Fraser. Por una lado, Zygmunt Bauman sostiene que estamos viviendo lo que el llama “el lado negativo de la globalización”, y que se caracteriza por el individualismo, el miedo y la ansiedad. “Somos una sociedad, como nunca antes, impotente para decidir el curso de nuestras vidas con algún nivel de seguridad”:¹⁸ intercambio selectivo de comercio y capital, que excluye a una gran mayoría de personas y países sumiéndolas en la pobreza, control y falta de privacidad en el manejo de información personal, violencia en todo sentido, tráfico de armas y guerras.

El neoliberalismo, en palabras de Bauman, ha producido tres efectos: convertir a las personas en consumidoras, privatizar los servicios públicos, asaltar al estado social.¹⁹ En segundo lugar, al difundir y promover el miedo como único recurso para que los políticos puedan mantenerse en el poder, se ha descuidado necesidades vitales de las personas y pueblos y se ha enfatizado en el uso represivo por parte del estado. Finalmente, las personas no confían en las otras personas, se han auto restringido de ejercer derechos y la responsabilidad para la sobre vivencia que antes era subsidiariamente estatal ahora

18 Zygmunt Bauman, *Liquid Times. Living in an Age of Uncertainty*, New Hampshire, Polity Books, 2007, p. 7.

19 *Ibid.*, p. 17.

es exclusivamente individual. No existe, pues, posibilidades de solidaridad entre las personas.²⁰

En suma, una falta de respeto total a las personas y a los estados que tenían la obligación primaria de protección y la necesidad imperiosa de buscar formas de legitimación del derecho y de la organización política que sean consistentes con un vivir mejor. Urgen nuevas utopías, que precisamente pueden dar las Constituciones contemporáneas.

Nancy Fraser considera que la crisis tiene tres matices: uno económico, otro cultural y finalmente uno político.²¹ En lo económico, existe una evidente distribución inequitativa de los bienes y de los chances sociales; esta crisis promovió, particularmente de la mano de la teoría marxista y de los movimientos sindicales, una apuesta a la distribución. El modelo más aceptado de distribución fue el del estado de bienestar, que fue una propuesta de inclusión relativa y centrada en el trabajador en relación de dependencia. La crisis cultural tiene que ver con la falta de reconocimiento de las diferencias. Los estudios críticos de cultura, raciales y los movimientos feministas e indígenas han promovido el reconocimiento, respeto y promoción de sus

20 *Ibid.*, p. 24 y 103.

21 Nancy Fraser, *Scales of Justice. Reimagining Political Space in a Globalizing World*, Nueva York, Columbia University Press, 2010.

especificidades. El llamado, en este segundo matiz, fue por la tolerancia y la inclusión social. Pero ha existido, desde la perspectiva de Fraser, un problema serio. Nunca se logró una verdadera distribución y quienes promovieron el reconocimiento, descuidaron la demanda de una sociedad más equitativa económicamente. Los movimientos sindicales fueron prácticamente pulverizados y los movimientos feministas relegados a demandar asuntos de carácter familiar y privado.

Finalmente, la crisis actual es una crisis de representación política en todos los niveles. A nivel local, nacional y global, las personas no tienen voz ni espacios para poder manifestar su voluntad y ni siquiera para poder denunciar cuando decisiones y acciones tomadas y realizadas en otras fronteras afectan sus vidas. En la crisis de representación política ha existido tanto el matiz económico-distribuidor y el cultural-reconocedor. Las tres demandas siguen siendo importantes e insatisfechas. Sin representación adecuada y sustancial nunca podrá existir distribución ni reconocimiento. Las tres demandas son una necesidad actual y tanto el derecho como el estado no tienen respuestas. Nancy Fraser reconoce que su propuesta emancipatoria es provisional y que no tiene todas las respuestas. Su teoría está en construcción, pero su diagnóstico no difiere, en lo profundo y desde otras perspectivas, con el diagnóstico de Ferrajoli y Bauman.

2. Perspectiva del pensamiento crítico andino

Para caracterizar la crisis vista desde el Sur, recurriremos a pensadores críticos, comprometidos y agudos en sus análisis, que aunque algunos no son nacidos en el Sur, piensan desde nuestra realidad y elaboran sus doctrinas a partir del contacto con los movimientos sociales.

En relación a la perspectiva del “norte”, hay otras formas complementarias y más radicales (en el sentido que van al fondo del problema y miran nuestra realidad) de ver la crisis. La crisis no solo es de credibilidad y legitimidad del derecho vigente, sino también de la estructura social, cultural y económica, de la que el derecho y el estado es solo una manifestación. La crisis, desde el pensamiento crítico andino, es de colonialidad.²² El estado nación y su derecho, sea este inscrito en el marco del positivismo jurídico o del neoconstitucionalismo europeo occidental, es colonial.

22 Catherine Walsh, *Interculturalidad, Estado, sociedad. Luchas (de)coloniales de nuestra época*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar / Abya-Yala, 2009, p. 67.

En primer lugar entendamos lo colonial. Esta categoría, propia de los estudios sociales y culturales críticos, es ajena al discurso jurídico. Cuando uno piensa en “colonialidad”, desde la historia tradicional, nos remontamos inmediatamente al siglo XVI y pensamos en la conquista europea a América. Desde esa misma historia, la colonia terminó con las guerras de independencia de los estados europeos y con la instauración de la república.

Lo cierto es que la estructura política, económica, social y cultural, que caracterizó a la colonia no cambió durante la república y perdura hasta nuestros días. “En lugar de una ruptura radical con el viejo orden, el proceso de Independencia produjo más bien una suerte de continuidad colonial. Las viejas distinciones, las mismas instituciones, el mismo pensamiento sobre los individuos, la sociedad y la forma como debe ser organizada siguieron orientando el horizonte significativo de las relaciones sociales”.²³

Pero miremos con un poco más de detenimiento dicha estructura y veamos si persiste. Siguiendo a Aníbal Quijano,²⁴ podríamos considerar que la colonialidad se basa en el ejercicio

23 Libardo José Ariza, *Derecho, saber e identidad indígena*, Bogotá, Siglo del Hombre / Universidad de los Andes / Pontificia Universidad Javeriana, 2009, p. 137.

24 Aníbal Quijano, “Colonialidad del poder y clasificación social”, en *Journal of World Systems Research*, vol. VI, No. 2, <<http://cisoupr.net/documents/jwsr-v6n2-quijsano.pdf>>, p. 342-382.

del poder, a través del control y la dominación, en cuatro esferas o “instancias de existencia”:

	Esfera	Medio	Objeto
1	Política	estado nación	autoridad/derecho
2	Económica	capitalismo/competencia	trabajo/naturaleza/ consumidor
3	Social	patriarcalismo/individualismo	sexo/reproducción
4	Cultural	racionalismo	subjetivismo

Las esferas juntas hacen el “universo” del ejercicio de poder que, en la colonialidad, se caracterizan por la dominación, a través de las clasificaciones, y que generan discriminación y exclusión.

1. En la esfera política, en la colonia, se impuso toda una estructura que era la que regía en aquel momento en Europa y que era el estado nación westfaliano,²⁵ de carácter monárquico. El estado nación tiene algunas características que se relacionan, todas ellas, con la imposición de una sola forma de organización política y que en la teoría las denominan elementos del estado: humano, espacio físico y la autoridad.²⁶

25 En referencia al tratado de Wesfalia de 1616, que fue algo así como la partida de nacimiento de los estados nación contemporáneos. Esta categoría es utilizada intensamente por N. Fraser, *op. cit.*, p. 2, 4, 134, 149, 150 y 154.

26 Julio César Trujillo, *Teoría del Estado en el Ecuador. Estudio de Derecho Constitucional*, Quito, Corporación Editora Nacional / Universidad Andina Simón Bolívar, 2006, p. 53.

En lo humano el estado nación colonial clasificó a las personas entre españoles, criollos, mestizos e indígenas. Los primeros ejercieron la autoridad derivada de la corona española y los últimos fueron mano de obra explotada. En el espacio físico, se dividió a la colonia en virreynatos y reales audiencias. En la autoridad, se impusieron las leyes provenientes de la corona, que se denominaron leyes de indias y se negaron los espacios de participación política.

La estructura política y las autoridades indígenas pre hispánicas fueron instrumentalizadas para consolidar el poder colonial y, una vez logrado, “procuraron las autoridades españolas reducirlos a la impotencia y disminuir su influjo social”.²⁷

En la república, se volvió a imponer el modelo de organización política de Europa, que fue producto de la Revolución francesa de 1789, y que consistió: en lo humano, en la idea de nacionalidad y ciudadanía, que excluyó a la mayoría de la población que era indígena y a los extranjeros; en el espacio físico, en el territorio del estado independiente, que impondría fronteras y divisiones administrativas funcionales al estado nación; y en la autoridad, el poder estatal se basó en la división de poderes, que serían coop-

27 Rafael Quintero, “El Estado Colonial”, en Enrique Ayala Mora (editor), *Nueva Historia del Ecuador*, vol. 5, Quito, Corporación Editora Nacional, 1989, p. 27.

tados por los criollos en un inicio y por grupos de poder económico relacionados con la propiedad o con el comercio, durante los siglos XIX, XX y XXI. Además, desde el inicio de la república hasta estos días de inicio de siglo, nunca ha habido una democracia participativa auténtica. Los personalismos, caudillismos, liderazgos que desconfían de la participación y que eliminan el debate y los criterios de disenso, siguen siendo una fuente de neocolonialismo político.

Las estructuras indígenas de poder fueron jurídicamente desconocidas durante todo el período republicano hasta que se reconocieron los derechos indígenas en la Constitución de 1998 y, con mucho énfasis, se estableció la plurinacionalidad y la interculturalidad en la Constitución de 2008. Aunque jurídicamente se han reconocido las autoridades y las formas de organización distintas a las estatales, resta mucho por construir en la práctica. Por esta razón, cabe afirmar que, en esta esfera, seguimos viendo la colonialidad del poder.

2. En lo económico, el capitalismo, entendido como un sistema de organización económica que se centra en el capital y la propiedad privada para producir y acumular ganancias, es la base, el medio y el fin del estado colonial. El capitalismo distingue entre los dueños de los medios de producción y los trabajadores.

En la época de la colonia, la corona española utilizó dos instituciones para extraer y acumular riquezas, basadas en la explotación del trabajo. La una fue la esclavitud, dirigida básicamente a la población afro descendiente; y la encomienda, que sometió a la población indígena y se “erigió como el pilar económico y político que sostendría la empresa colonial hasta finales del siglo XVIII”.²⁸ La encomienda consistió en el trabajo gratis de un grupo de indígenas a cambio de protección por parte del encomendero. La encomienda fue el instrumento de dominación ideológica, de organización de la economía agropecuaria y artesanal, que permitió la explotación de mano de obra y el pago de tributos. Trujillo sostiene que se establecieron, además, las mitas y el concertaje. Las mitas estaban estrechamente vinculadas a las reducciones (después denominadas regimientos), que eran unidades territoriales para la producción agrícola y el pastoreo, y a la clausura, que eran normas que prohibían el ingreso de extraños a las reducciones y la salida de indígenas.²⁹ El concertaje fue el mecanismo para esclavizar al indígena y se basaba en supuesto convenio en igualdad de condiciones entre el indígena y el español (luego el criollo y finalmente el mestizo) y que se basaría en el trabajo permanente por deudas.

28 L. J. Ariza, *op. cit.*, p. 117.

29 J. C. Trujillo, *op. cit.*, p. 25, 27-29.

El capitalismo que se inicia en la época colonial persiste en nuestra era republicana. La clasificación entre dueños de los medios de producción y personas que solo pueden ofrecer su trabajo, la acumulación y las relaciones sociales que se generan por el sistema capitalista, sigue siendo el mismo aunque con ciertos matices.

En la república, el poder se transfiere de la corona a los criollos y a los mestizos propietarios. El siglo XX se caracteriza por un modo de producción basado en las mismas premisas de la época colonial, pero con ropajes aparentemente más aceptables, que tienen que ver con los derechos laborales reconocidos y desarrollados en la primera mitad del siglo XX. La producción cambia de productos (cacao, banano, petróleo, flores) pero sigue la estructura y los ideales capitalistas.

A finales del siglo XX tenemos una reactivación y reactualización de la versión global del capitalismo, que es el neoliberalismo. Por un lado, se consolidan las instituciones globales de carácter económico y financiero, que condicionaran el apoyo necesario internacional a reformas puntuales: privatización, flexibilización laboral, garantía de pago a la deuda externa, solución de conflictos también privados (arbitrajes internacionales), apertura comercial, contracción del gasto público,³⁰ que beneficiarían

30 Estas recetas se expresaron en el “Consenso de Washington”. Véase Alberto Acosta, *La maldición de la abundancia*, Quito, Abya-Yala, 2009, p. 25.

sobre todo a las multinacionales.³¹ Por otro lado, las “clasificaciones” se internacionalizan. Los países del “norte” global se industrializa- ción y se tecnifican y los países periféricos aportan con materia prima y fuerza de trabajo barata.³² El comercio internacional a la vez que especializa, margina, es injusto y desigual.

Pero hay una característica que es particularmente importante para distinguir al capitalismo: el dominio y la explotación de la naturaleza, que ha venido a conocerse como “política extractivista”, y que consiste en la consideración de la naturaleza como fuente inagotable de recursos y en su utilización extensiva,³³ tanto en la colonia, “desde el probable sobre pastoreo de los páramos producido por la introducción masiva de ovejas para la producción textil durante el siglo XVII hasta la masiva deforestación en la Amazonía que ha acompañado a la explotación petrolera”.³⁴ a inicios del siglo XXI.

El sistema de explotación de la naturaleza es depredador,³⁵ promueve relaciones clientelares que amenazan a la democracia,³⁶ genera conflic-

31 Véase al respecto ILSA, *El Otro Derecho*, No. 24: *La mano invisible del mercado. Derecho y economía*, Bogotá, ILSA, 2000.

32 A. Quijano, “Colonialidad del...”, *op. cit.*, p. 377.

33 Alberto Acosta y Esperanza Martínez (compiladores), *Derechos de la naturaleza*, Quito, Abya-Yala, 2009, p. 7.

34 Carlos Larrea, “Naturaleza, sustentabilidad y desarrollo en el Ecuador”, *ibid.*, p. 79.

35 A. Acosta, *La maldición de la abundancia*, *op. cit.*, p. 26.

36 *Ibid.*, p. 31 y 135.

tos sociales,³⁷ y caemos en la “trampa de la pobreza”: somos pobres porque somos ricos en recursos naturales³⁸ y “deteriora grave e irreversiblemente el medio ambiente natural y social”.³⁹

Existe, pues, un neocolonialismo económico en el siglo XXI. Las periferias siguen siendo tributarias de la histórica dependencia económica del capital financiero y tecnológico del norte global.

3. En lo social, el colonialismo distingue entre hombres y mujeres. Al primero le corresponde la vida pública y los roles de producción económica; y a la segunda la vida privada, centrada en las tareas de reproducción y cuidado. En esta división dual, se da prioridad e importancia a los roles masculinos y se desvalora e invisibiliza los roles femeninos.⁴⁰

Sin ánimo de entrar en debates complejos de género, y considerando que los roles son construcciones culturales (y no determinaciones biológicas), las características que se atribuyen a lo masculino (racionalidad, generalidad, abstracción, fuerza, practicidad...) son conside-

37 *Ibid.*, p. 83.

38 *Ibid.*, p. 35.

39 *Ibid.*, p. 158.

40 Véase Joan Williams, “Igualdad sin discriminación”, en Ramiro Ávila Santamaría, Judith Salgado y Lola Valladares (compiladoras), *El género en el derecho. Ensayos críticos*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 257-284.

radas positivas y dignas de ser universalizadas. En cambio las características supuestamente femeninas (sensibilidad, especificidad, concreción, debilidad, dispersión...) son consideradas negativas y propias de seres con capacidades disminuidas. Aunque actualmente existen avances importantes en las consideraciones de género, sigue siendo femenino el rol de cuidado y no valorado económicamente. Pero quizá lo que es peor es que las mujeres son quienes sufren las más terribles consecuencias derivadas de la violencia intrafamiliar.

El patriarcalismo impide el ejercicio y la expansión de las libertades de las personas al someterlas al poder masculino. El cuerpo, la sexualidad, la identidad, los derechos personalísimos están colonizados, controlados, reprimidos.

Si las personas tienen sexo y condicionamientos culturales, sus productos también lo tienen. De ahí que podríamos hablar de que el estado es patriarcal⁴¹ y el derecho es masculino.⁴²

41 El profesor Zaffaroni sostiene que el poder punitivo es una de las peores manifestaciones del patriarcalismo y considera una contradicción usar las reformas penales para reivindicaciones de las feministas al ser un mecanismo esencialmente discriminador. De ahí, derivar que el estado es patriarcal cuando su principal manifestación de poder lo es, hay solo un paso. Véase Eugenio Raúl Zaffaroni, “El discurso feminista y el poder punitivo”, en R. Ávila Santamaría, J. Salgado y L. Valladares (compiladores), *op. cit.*, p. 321-334.

42 Véase Frances Olsen, “El sexo del derecho”, *ibid.*, p. 137-156.

Otra característica social, vinculada estrechamente con la esfera económica, es el fomento del individualismo como forma de existencia y la consecuente ruptura de la solidaridad como forma de relacionamiento social. El triunfo en la vida es individual y esto se enseña desde muy niños o niñas en la infancia y en la escuela. Comenzamos a competir en los juegos infantiles, “quién llega primero”, y tempranamente y hasta el final en el sistema educativo, “quién tiene la mejor nota” y “quién es el abanderado”. Uno y solo uno es el primero y el resto irá peleando para no estar en la cola. Los miserables triunfos, consuelos y las frustraciones, en todas las esferas de la vida (política, económica, emocional, profesional, familiar), se basarán en la comparación y competencia con nuestros pares.

Se dirá que nadie sabe más que uno sobre lo que le interesa y que cada cual se mueve por el egoísmo, que es el motor de la vida social y económica. En esta lógica, la solidaridad y las actividades dedicadas al cuidado, al ocio y a la “pérdida del tiempo”, serán seriamente desincentivadas. Hay una suerte de reemplazo del comunitarismo pre-moderno “por la socialización mercantil [que] hacen del individuo social constituido como propietario privado, consumidor y un ente a la vez poderoso y vacío [...]”. El individualismo moderno es la característica del “hombre que se hace a sí mismo”, de aquel que se descubre capaz de desdoblarse y ponerse

frente a sí como si él mismo fuera un objeto de propiedad [...] como si fuera un muñeco inanimado”.⁴³ El individuo, además, se autclasifica: es ecuatoriano, católico, hombre, propietario, deportista, izquierdista, adulto, socio de un club...

4. En lo cultural, conciente que la cultura se relaciona íntima e inevitablemente con las otras esferas que hemos señalado y que es un fenómeno complejo que en la práctica no puede reducirse, la forma privilegiada que el colonialismo ha escogido para transmitir sus valores y su conocimiento es el racionalismo. Desde que en la modernidad se “sacralizó” a la ciencia como forma de relacionarse con el mundo y con los otros, del que se desprendía un lenguaje creíble y objetivo, las otras formas de transmitir la cultura fueron eliminadas o consideradas secundarias, como la espiritualidad, lo intuitivo, la sensibilidad.

Por supuesto que la ciencia nació y se desarrolló en Europa y el resto del mundo no tenía las condiciones para entenderla y peor para desarrollarla. De esta concepción surge la idea de países desarrollados, que están en la punta del progreso y de la historia, como pregonaba Hegel,⁴⁴ y países subdesarrollados, que tienen

43 Bolívar Echeverría, *Definición de la cultura*, México D.F., Fondo de Cultura Económica / Itaca, 2010, 2a. ed., p. 230.

44 Véase Raúl Eugenio Zaffaroni, “La naturaleza como persona: Pachamama y Gaia”, 2009, no publicado.

que seguir el camino recorrido por los europeos. A esta forma de afirmar una sola historicidad, que domina y prevalece sobre otras culturas, el filósofo Bolívar Echeverría la denomina “progresismo” y es una característica fundamental de la modernidad.⁴⁵

Toda aquella forma que no era susceptible de ser demostrable objetivamente, experimentable, medible, cuantificable, externalizable, transmitida por escrito, sujeta a ser verificada por medio de los sentidos, simplemente no debía ser considerada con seriedad. Y en esa bolsa entró la cultura indígena y no hispánica. En consecuencia, el saber y la cultura indígena, no fueron valorados y debían desaparecer.

En el siglo XXI este abordaje cultural no ha cambiado mucho. Y quizá yo sea un mal ejemplo del colonialismo contemporáneo cultural. Muchas personas fuimos y somos educados en la hegemonía del “norte”⁴⁶ y la transmitimos sutilmente (baste ver la bibliografía de este libro). No se puede negar que la enseñanza, las bibliotecas, las ediciones de los libros, las formas de expresar y transmitir el pensamiento hegemónico son altamente seductores. Es muy fácil caer en la tentación de leerlos y admirarlos. Por otro lado, sería un error no hacerlo. No se puede caminar de espaldas a los desarrollos del

45 B. Echeverría, *op. cit.*, p. 228.

46 A. Quijano, “Colonialidad del poder y...”, *op. cit.*, p. 343.

pensamiento crítico y de los importantes aportes a la construcción de un mundo utópico, que han hecho los movimientos sociales y los pensadores emancipadores del “norte”. El error está en solo quedarnos en ellos y no nutrirnos de otras formas de conocimiento y de otros pensadores críticos de nuestra región.

Lo común es que suceda lo primero; es decir, que nos quedemos con las transmisiones culturales acríticamente que nos vienen del norte a través de la academia, de los medios de comunicación, de los entretenimientos masivos, del turismo global, la propaganda, la moda, el cine, la literatura... Tanto del lado científico como del lado del sentido común, estamos patéticamente colonizados por el “norte” global.

La consecuencia del estado y el derecho colonial es que ha producido y promueve la exclusión, la marginación y la discriminación. Esta perspectiva debe sumarse al pensamiento crítico del “norte” para lograr una organización social que sea más justa y equitativa.

En este sentido, el derecho y el estado colonial del siglo XXI está en crisis porque no da ni puede dar respuesta a la demanda de eliminación de la exclusión, marginación y discriminación. Todas las instituciones occidentales no solo que no dan respuesta sino que fortalecen un sistema social que promueve la asimetría, a través de instituciones tales como la ciudadanía, la democracia representativa como única

forma de expresión política, los derechos humanos leídos en clave hegemónica-occidental, la nación y otras. El costo social y cultural de la propuesta occidental es muy alto: la descaracterización, la subordinación y la devastación de la naturaleza.⁴⁷

De ahí podemos afirmar que el estado y el derecho son ilegítimos porque invisibilizan o valoran de forma degradante otras manifestaciones organizativas y jurídicas.

Tanto el estado como el derecho no serían creíbles por haber sido impuestos de forma violenta durante la colonia y sin consulta durante la república y, por tanto, justifica la sospecha de su ilegitimidad y justifica, cuando hay razones para ello, la resistencia; además, el estado y el derecho serían impotentes no solo por no tener garantías efectivas sino porque, aún si las tuviera, no estaría en condiciones de resolver problemas estructurales.

Ante la crisis, como la hemos venido describiendo, se ofrecen respuestas distintas. La una, para la versión del “norte”, a la que llamaremos neoconstitucionalismo occidental, que tiene que ver con la perspectiva ofrecida por el constitucionalismo contemporáneo europeo; la otra respuesta viene de nuestra región y que

47 Véase, en este sentido, Ana María Larrea, “La disputa de sentido por el buen vivir como proceso contra hegemónico”, en SENPLADES (compilador), *op. cit.*, p. 15 y s.

tiene dos vertientes. La una, que llamaremos “neoconstitucionalismo latinoamericano”, y que es una adaptación a la región del neoconstitucionalismo occidental europeo. La otra, que es un constitucionalismo de vanguardia, que recoge los avances del constitucionalismo mundial y aporta con propuestas novedosas que tienen que ver con un sistema de vida y un modelo de desarrollo totalmente distinto al que promueve o no cuestiona el neoconstitucionalismo dominante.

II. EL NEOCONSTITUCIONALISMO

1. Europeo occidental

El neoconstitucionalismo es una corriente del derecho que ha tomado una inusitada fuerza en nuestra región. Sus promotores admiten que es una teoría en construcción y en constante tensión. Para unos, es una superación y evolución del positivismo jurídico; para otros, es una nueva teoría. Lo cierto es que es una tendencia que promueve cambios en la concepción tradicional y formal del derecho.

Se suele afirmar que el neoconstitucionalismo surge en Europa como consecuencia y respuesta a sistemas jurídicos fascistas que se caracterizaron por la violación masiva y sistemática de los derechos humanos. Tres son los modelos tradicionales, que tienen a su haber graves violaciones a los derechos humanos y la construcción de un estado legal de derecho autoritario: Alemania, Italia y España. No es casual, entonces, que éstos hayan experimentado cambios profundos en la forma de concebir el derecho y el estado; ni tampoco es casual que los principales doctrinarios del neoconstitucionalismo sean nacionales de esos países.

Las propuestas e innovaciones del neoconstitucionalismo responden a problemas

concretos (sin ánimo de agotar todos ellos): (1) los derechos fundamentales a la violación de derechos; (2) la rigidez de la Constitución a la arbitrariedad de los parlamentarios; (3) la constitución como norma jurídica directamente aplicable sin que requiera desarrollo legislativo para su eficacia al requisito de ley para reglamentarla (en el sentido de hacer reglas); (4) los jueces de la constitución a la inexistencia de una autoridad que sancione la inobservancia de las normas constitucionales.

La parte conocida como dogmática de la Constitución, en la que se reconocen derechos y encabezan el texto, cobra inusitada importancia y se constituye en un fin para el estado. La parte orgánica, que es la que tiene el énfasis en el derecho constitucional clásico, es funcional a la realización de los derechos. El parlamento, al igual que todo poder público y privado, está sometido a la Constitución. Para garantizar este sometimiento se crearon dos dispositivos; el uno tiene que ver con las dificultades para reformar la Constitución, mediante procedimientos ordinarios (rigidez o, como lo hemos conocido, el candado constitucional); el otro con la determinación de una autoridad judicial cuando se violen preceptos constitucionales. Cualquier infracción a las normas constitucionales, ya sea de un modo abstracto ya mediante violaciones concretas a los derechos, podrán ser corregidas por las Cortes Constitucionales (control concentrado) o por los jueces (control difuso y acciones de protección o tutela de derechos).

Esto, por supuesto, tiene su impacto en la teoría del derecho: (1) la concepción de la norma jurídica; (2) la concepción del sistema jurídico; (3) el objeto de estudio de la ciencia jurídica; (4) el método de aproximación al derecho; (5) la relación entre derecho y moral/justicia.

1. La pretensión de certeza y seguridad de derecho se concreta en la elaboración de reglas jurídicas de carácter hipotético. De esta forma, las personas podrían realizar sus planes de vida adecuándose a las normas que determinan con claridad lo prohibido, lo ordenado y lo permitido. Con el neoconstitucionalismo, la certeza y la seguridad en unos casos se encuentran en las reglas, cuando estas son adecuadas a la Constitución; y en otros casos, se desplazan a los precedentes jurisprudenciales, en particular cuando se aplican principios. En el neoconstitucionalismo no se tolera la injusticia aún a pretexto de la certeza y la seguridad. Por esta razón, por ejemplo, la seguridad de la multinacional que se materializa en el respeto irrestricto a su propiedad intelectual y a lo estipulado en los convenios, podría ceder ante la seguridad de grandes sectores de la población que demandan medicinas accesibles.⁴⁸ De ahí que el derecho, como lo caracteriza Zagrebeltzky, sea dúctil.⁴⁹

48 Véase Juan José Moreso, “Comanducci sobre el neoconstitucionalismo”, en Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo (editores), *El canon neoconstitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 199.

49 Gustavo Zagrebeltzky, *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 2002, 4a. ed.

2. El sistema jurídico para el positivismo es coherente y completo. Las antinomias se resolvían a través de la subsunción (especialidad, antigüedad y jerarquía) y las anomias no existían bajo el principio liberal de que todo lo no prohibido expresamente se puede hacer en lo privado y solo lo determinado en la ley se debe hacer en lo público. De acuerdo al neoconstitucionalismo, en cambio, el sistema es intrínsecamente incoherente e incompleto. No hay forma humana de prever todas las posibilidades de violación a los derechos, que además son muchos, ni tampoco hay forma de regular mediante códigos todas las condiciones ni las obligaciones que emanan de los derechos.

3. El objeto de la ciencia jurídica, que se limitaba al análisis de la norma positiva, se desplaza hacia varios sistemas jurídicos: el nacional, el regional y el universal.

4. El derecho positivo se restringe a describir el derecho, de ahí que el método gramatical y la analogía sean las formas típicas de enfrentarse a los textos jurídicos. En el neoconstitucionalismo se suman dos métodos a los tradicionales: la ponderación y el teleológico. El derecho se enfrenta ya a conflictos que suceden en casos reales y pone en contexto la interpretación y la aplicación del derecho.

5. La vinculación entre derecho y moral es tajante en el positivismo: no hay relación alguna. De ahí se ha dicho, desde otras corrientes

tes del pensamiento jurídico, que la adhesión a la ley de forma incondicional es ya una manifestación de moral. En el neoconstitucionalismo el debate no es pacífico. Unos consideran que la adhesión no es ya a la ley sino a la Constitución, y que la moral como fuente del derecho no cabe. Esto es una suerte de neo positivismo jurídico. En cambio, hay otras personas que consideran que la Constitución encarna una síntesis entre moral y derecho. Por un lado existen valores morales consensuados que son los derechos fundamentales y, por otro, esos valores son ya normas positivas. La consecuencia es que las normas fundamentales deben ser llenadas de contenido a través de la reflexión filosófica.

Así, ante un parlamento que era considerado como la manifestación legitimada de la voluntad general y que puede expedir leyes que vulneren la dignidad de las personas, surge la necesidad de vincularlo a normas que no puedan ser modificadas y que sean sustanciales. De ahí surgen los derechos como condicionantes a la labor parlamentaria.

Para Ferrajoli, la solución de la crisis implica el fortalecimiento de un estado de derecho en el orden nacional, y un estado también de derecho en orden global, entendiendo por estado de derecho una organización política que reconozca derechos, maximice su satisfacción y minimice el poder discrecional y arbitrario.

2. Neoconstitucionalismo latinoamericano

El fenómeno histórico que provoca las reformas constitucionales en nuestra región es el militarismo estatal de los años 60 y que influyó hasta finales de los 80; guardando las distancias, este fenómeno es equiparable a la Segunda Guerra Mundial en cuanto a estados autoritarios y masivas violaciones a los derechos humanos en Europa occidental. En este período de dictaduras militares, bajo la doctrina de la seguridad nacional y de un uso extensivo de los estados de excepción, se violaron también los derechos humanos, se persiguieron a personas vinculadas con la izquierda y se combatieron a grupos armados. El constitucionalismo moderno nunca tuvo la capacidad de contener las violaciones a los derechos ni tampoco de evitar su inobservancia. Las Constituciones fueron nominales y una mera fachada.⁵⁰ La transición a la democracia vino acompañada de cartas constitucionales, que recibieron la influencia del constitucionalismo europeo occidental.

50 Hernán Salgado Pesantes, “Dogmática constitucional en el Ecuador”, en M. Carbonell, J. Carpizo y D. Zovato (coordinadores), *op. cit.*, p. 989. Salgado hace un recuento de las instituciones estatales y el constitucionalismo ecuatoriano.

La recepción del neoconstitucionalismo occidental ha sido, en general, implementada en los textos constitucionales de finales del siglo pasado. Algunas instituciones, como el control constitucional de leyes, fueron implementadas excepcional y erráticamente en nuestra región con anterioridad sin que por ello se pueda afirmar que existió en nuestra región un desarrollo propio del neoconstitucionalismo.⁵¹ Existen algunas variaciones notables que merecen destacarse: (1) la expansión de derechos, (2) el control de constitucionalidad por parte de todos los jueces, (3) el redimensionamiento del estado, (4) el constitucionalismo económico encaminado a la equidad, y (5) el hiper-presidencialismo.

1. La expansión de derechos

En primer lugar, mencionamos la profunda y extensiva materialización de las constituciones. Las Constituciones de América Latina decididamente, y contra la corriente europea, reconocen los derechos económicos, sociales y culturales y los derechos de los pueblos indígenas. En algunas, como la colombiana, se reproduce la fatal dicotomía entre derechos civiles y

51 Jorge Carpizo, "Constitucionalismo latinoamericano", *ibid.*, p. 15. Carpizo hace un exhaustivo análisis de las instituciones constitucionales con particular énfasis en el aspecto democrático que fueron incorporadas: la jurisdicción constitucional, el hábeas data, el ombudsman, el equilibrio ejecutivo-legislativo, los consejos de judicatura, los sistemas electorales.

políticos y económicos, sociales y culturales,⁵² por la que unos son exigibles y otros programáticos (primera y segunda generación). En el resto de Constituciones se rompe con la tradicional forma de ver los derechos sociales como derechos cuya realización depende exclusivamente de los recursos de los estados y que no son justiciables.

La Constitución ecuatoriana con absoluta claridad determina que todos los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía,⁵³ para definitivamente dejar atrás la inútil discusión sobre la naturaleza de derechos.⁵⁴

Además, para reforzar la ruptura con las dicotomías entre derechos, la Constitución del Ecuador utiliza una clasificación original y distinta a la tradicional occidental y doctrinaria.

La expansión de los derechos no son meros caprichos o simples promesas electorales.

52 Conviene resaltar que el desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional de Colombia ha superado este defecto del texto. Es decir, de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte, los derechos económicos, sociales y culturales son exigibles.

53 Constitución, Art. 11 (6).

54 Ligia Bolívar, "Derechos económicos, sociales y culturales: derribar mitos, enfrentar retos, tender puentes. Una visión desde la (in)experiencia de América Latina", en IIDH (compilador), *Estudios básicos de derechos humanos*, vol. V, San José, IIDH, 1996, p. 85-136; Christian Curtis y Ramiro Ávila Santamaría, *La protección judicial de los derechos sociales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 9-17.

Esta visión reduccionista suele descontextualizar los textos jurídicos. El amplio catálogo de derechos responde a dos realidades: (1) el reconocimiento de profundos problemas sociales que tienen que ver carencias y necesidades insatisfechas, que afectan el desarrollo de las potencialidades de las personas y los pueblos; (2) las luchas y reivindicaciones de organizaciones y movimientos de la sociedad.⁵⁵ Los derechos son artificios creados por los seres humanos para promover cambios y exigir, con respaldo jurídico y estatal, mejores condiciones de vida. Carlos Santiago Nino sostiene que los derechos son artefactos que sirven para enfrentarse a los problemas derivados de la vulnerabilidad de los seres humanos ante otros seres humanos con poder para someter u oprimir.⁵⁶

No menos importante es la incorporación con fuerza vinculante del derecho internacional de los derechos humanos al derecho constitucional. La discusión sobre jerarquía entre instrumentos internacionales de derechos humanos y constitución se torna irrelevante por el principio “pro derechos”: se aplicará la norma que más favorezca al reconocimiento y

55 Sobre la propuesta de algunos movimientos sociales y sus aportes al constitucionalismo ecuatoriano, véase la revista de análisis político *Tendencia*, publicada por ILDIS. Por ejemplo, el número 5, de mayo de 2007, intitulado *Las izquierdas y la constituyente*, recoge algunas de las demandas del movimiento feminista y sindical.

56 Carlos Santiago Nino, “Introducción”, en *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, Astrea, 2005, 2a. ed., p. 1-7.

ejercicio de derechos. La palabra usada por la Constitución de Ecuador “instrumentos” merece un comentario. Intencionalmente no se utilizó la palabra “convenios” o “tratados” para ampliar el espectro de protección de los derechos. En los instrumentos tenemos “*soft law*”, resoluciones y sentencias de organismos internacionales y hasta declaraciones de Conferencias internacionales que contengan derechos o desarrollen el contenido de ellos.

2. El control de constitucionalidad por parte de todos los jueces

La gran mayoría de las Constituciones de finales del siglo pasado se alejan del modelo europeo (Alemania, Italia y España) que establecía un control concentrado de constitucionalidad. El control concentrado tiene algunas características: solo una autoridad decide la constitucionalidad de las normas, esta autoridad debe estar fuera de los poderes o funciones tradicionales y se la denomina corte o tribunal constitucional, las sentencias que emiten tienen valor de normas generalmente obligatorias. En este modelo, si un juez o jueza, en el caso que conoce, encuentra una norma que considera inaplicable, debe suspender la causa y remitir a la corte o tribunal para decida.

En Estados Unidos, en cambio, el modelo es el difuso. Al considerar que la Constitución es norma aplicable, cualquier juez o jueza tiene

la capacidad de invocar la Constitución directamente aún en contra de otras normas cuando éstas se contradicen.

En Latinoamérica se asume un modelo que recoge algo del modelo norteamericano y del modelo continental europeo. Por ello, se considera que en nuestra región existe un control mixto de constitucionalidad. Es decir, por un lado, los jueces y juezas en sus casos aplican directamente la constitución pero, por otro, las cortes o tribunales constitucionales deciden de manera general y obligatoria para todos los casos.

En esto, el constitucionalismo latinoamericano tiene su originalidad. Sin embargo, las últimas versiones del constitucionalismo andino, se alejan de esta tendencia latinoamericana, de forma poco justificable.⁵⁷ La Constitución de Venezuela, Ecuador y Bolivia contienen normas que establecen control concentrado al estilo europeo.

57 De los pocos defensores, precisamente una persona española aferrada a su tradición constitucional, que evade los debates sobre ventajas y desventajas y además no aborda el análisis del desarrollo del modelo mixto en la región, es Rubén Martínez Dalmau, “Supremacía de la Constitución, control de constitucionalidad y reforma constitucional”, en Ramiro Ávila Santamaría, Agustín Grijalva y Rubén Martínez (editores), *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana de 2008 en perspectiva*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos / Tribunal Constitucional, 2008, p. 284.

En el caso ecuatoriano, la Constitución del Ecuador tiene una aparente antinomia. Por un lado, ordena a toda persona, incluidas jueces y juezas, para aplicar directamente la Constitución⁵⁸ y, por otro lado, dispone que los jueces y juezas suspendan la causa cuando encuentre normas que sean contrarias a la Constitución y remitan a la Corte Constitucional.⁵⁹ Esta aparente antinomia fue resuelta ya por la Asamblea Nacional al expedir una norma que dispone que solo se suspenderá la tramitación de una causa cuando el juez o jueza tenga una duda razonable sobre la constitucionalidad de una norma, lo que quiere decir que cuando un juez o jueza, en la tramitación de un juicio, encuentre una norma que sea evidentemente inconstitucional, debe aplicar directamente la Constitución.⁶⁰ De este modo, Ecuador se encuentra dentro de la lógica del control mixto de constitucionalidad y, por tanto, dentro de la tradición de la región que se aleja del modelo europeo.

3. El redimensionamiento del estado

El debate entre estado mínimo y neutral, propuesto por el liberalismo, o estado fuerte y controlador, que se desprende del modelo socialista, se encuentra también resuelto en las Constituciones andinas (con las notables excep-

58 Constitución, Art. 426.

59 Constitución, Art. 428.

60 Código Orgánico de la Función Judicial, Art. 4.

ciones de Perú y Colombia) y su configuración tiene otras explicaciones.

El estado definitivamente no puede ser mínimo ni neutral. “La neutralidad del Estado fue siempre el arma de las clases dominantes”.⁶¹ y el estado mínimo tiene sentido cuando el estado está orientado a permitir la acumulación y el ejercicio irracional de la libertad de los propietarios. El estado tiene la obligación de promover y satisfacer derechos que en la lógica de mercado no son rentables y, en consecuencia, en un estado mínimo se “garantizaría” su violación.

Reflejemos los dos modelos de estado en relación al derecho a la salud. En el estado mínimo, modelo liberal, las personas privadas, a través de su iniciativa y su capacidad económica, deben ofrecer servicios y satisfacer sus necesidades. En este modelo, médicos, hospitales y farmacias privadas ofrecen el servicio, los intermediarios suelen ser los seguros de salud, los usuarios deben pagar por el servicio. La salud se comercia como cualquier otro producto medible por precio en el mercado. Mejor atención puedo obtener si más dinero puedo ofrecer. Por el contrario, peor atención obtengo en la medida que menos recursos económicos tengo. El estado, en el estado mínimo, debe intervenir subsidiariamente, cuando las personas no pue-

61 Boaventura de Sousa Santos, *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*, Quito, UPS-Abya-Yala, 2010, p. 206.

den ofrecer el servicio o no pueden pagarlo. En el estado mínimo, y en sociedades inequitativas, la salud se convierte en un privilegio y en una de las manifestaciones de la discriminación.

El ejemplo del modelo de estado mínimo en salud es Estados Unidos. A propósito de una propuesta de presidente Obama para reformar el sistema de salud que es altamente selectivo y clasista,⁶² se ha afirmado que 47 millones de personas que viven en los Estados Unidos no tienen cobertura alguna en salud, que personas, por lo elevado de los costos de cobertura de salud privada, dejan de tener protección diariamente, que los seguros privados, cuando la enfermedad es grave y costosa, no cubren los gastos necesarios, como tampoco cubren los gastos de salud preventiva.⁶³ Al momento, los intereses corporativos de los empresarios de la salud

62 *New York Times*, “Obama fifth news conference”, 22 de julio 2009, en <http://www.nytimes.com/2009/07/22/us/politics/22obama.transcript.html?_r=1>, visita: 23 de julio de 2009. Obama sostiene que de los impuestos pagados, las dos terceras partes se van en cubrir los gastos de la salud privada y que esto hace que la salud sea la más cara y no necesariamente la mejor en comparación con muchos países, que con menos dinero tienen más calidad. Los impuestos, en suma, no están rindiendo de forma adecuada.

63 El problema de salud, desde otra perspectiva, ha sido analizado por Michael Moore, en su documental *Sicko*, que concuerda con el diagnóstico realizado por el Presidente. Sobre más testimonios con relación a lo denunciado por Moore en cuanto a las deficiencias del sistema de salud, véase <<http://www.michaelmoore.com/sicko/blog/>>, visita: 23 de julio de 2009.

han impedido una reforma radical en los Estados Unidos.

La Constitución de Estados Unidos no reconoce a la salud como un derecho. Ecuador sí. Y esto marca una diferencia en el modelo de estado. La situación de la salud en Estados Unidos podría considerarse injusta pero no necesariamente inconstitucional. En Ecuador, por el derecho a la salud constitucionalizado,⁶⁴ no se puede tolerar un sistema de salud que dependa del mercado. El derecho a gozar de niveles aceptables de salud y acceso a los servicios, no puede depender de la capacidad económica de la persona necesitada. No es aceptable que solo quienes tienen posibilidad de pagar un seguro privado de salud puedan ser atendidos de forma adecuada. El estado para satisfacer el derecho universal a la salud, en contextos donde la salud privada es un privilegio de quienes tienen capacidad económica, debe contar con hospitales, médicos, medicinas, promotores de salud, recuperar formas tradicionales de atención a la salud, establecer programas de prevención... todo esto, solo en este aspecto, requiere un estado que no sea mínimo, sino grande y comprometido.

Si esta reflexión la hacemos en relación a todos y cada uno de los derechos establecidos en la Constitución, nos dará como resultado un

64 Constitución, Art. 32.

estado que tiene que ser grande, complejo y especializado. Desde esta perspectiva, la inversión social en la satisfacción de derechos, la multiplicación de ministerios y de burocracia estatal no necesariamente es un desatino. Otra cuestión y para otro momento es el análisis de la eficacia del crecimiento estatal y de la inversión pública.

4. El constitucionalismo económico

Se ha dicho que una Constitución democrática debe permitir varios modelos económicos y varias tendencias políticas. El ejemplo por excelencia de ese tipo de Constituciones es la norteamericana. Una constitución parca, mínima, ambigua. Esa constitución, como cualquier otra, no debe leerse exclusivamente en el texto sino en el resultado de su aplicación.⁶⁵ El desarrollo de la Constitución se manifiesta en los fallos de las Cortes, en las leyes y en las decisiones administrativas de los órganos de poder. Efectivamente, en una constitución híbrida cabe cualquier modelo económico.

Nuestros países lo menos que necesitan es Constituciones híbridas, que sean indiferen-

65 Por ello se dice que la Constitución es lo que dice el texto y lo que aplican los operadores. Haberle afirma que las etapas textuales evolucionan y que “cada generación está obligada a vivirla y configurarla de nuevo”, en Peter Häberle, *El Estado constitucional*, México D.F., Universidad Autónoma de México, 2003, p. 20.

tes al modelo de sociedad y estado que se requiere. Nuestra realidad es que vivimos en sociedades jerarquizadas, patriarcales y profundamente inequitativas. Así como en estos contextos no se requieren profesionales y ciencias objetivas y neutras, tampoco las Constituciones y los estados pueden ser indiferentes de nuestras necesidades.

De ahí que la Constitución establezca en régimen de desarrollo encaminado a conseguir la equidad y la igualdad, y que el estado tenga objetivos claros y comprometidos.

¿Podría un grupo de empresarios o un grupo que promueva un interés particular modelar el estado y la economía en función de sus objetivos particulares? Dos alternativas. La una es que se somete a la Constitución y debe sacrificar sus intereses de grupo para cumplir con los derechos. La otra es que promueva una reforma constitucional. Si esto último sucede significaría un volver al constitucionalismo liberal, en el que un grupo económico gobernaba y hacía creer que sus intereses eran los intereses de la mayoría. La forma de entender la igualdad varía. La Constitución colombiana, del mismo modo como hacía la ecuatoriana de 1998, permitía llegar a la igualdad a través de mecanismos liberales, como la privatización o el mercado.

5. El hiper-presidencialismo

En América Latina, a diferencia de lo que sucedió históricamente en Europa y Estados Unidos, en donde desconfiaron de la conducción administrativa del estado (estado absoluto) y confiaron en los parlamentos como límite y control del poder, siempre se fomentó el caudillismo y el personalismo desde la época del mismo Simón Bolívar.⁶⁶ Se ha considerado que un liderazgo fuerte es necesario para realizar cambios profundos. Por ello es común identificar los grandes períodos de la historia republicana con la influencia de algún personaje que ocupaba la presidencia y de ahí también el adjetivo que acompaña a las Constituciones.⁶⁷

Este fenómeno no cambia con el constitucionalismo contemporáneo y no hay distinciones entre gobiernos de tendencia de izquierda y de derecha. Conviene hacer una evaluación más detenida si este presidencialismo ha sido perjudicial para construir una democracia más participativa y menos centrada en protagonistas. Lo cierto es que nuestra región se caracteriza, en la práctica, por inestabilidad política y por demo-

66 Roberto Gargarella, “Apuntes sobre el constitucionalismo latinoamericano del siglo XIX. Una mirada histórica”, en *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, Año IV, No. 25: *El nuevo constitucionalismo latinoamericano*, México D.F., 2010, p. 39.

67 Por ejemplo, constitución floreana, constitución garciana, constitución alfarista. No conviene, pues, una constitución identificada con el caudillo de turno.

cracias estadísticas, en donde la participación termina con el voto en las urnas y el voto de confianza en el presidente. Quizá sea tiempo de considerar si conviene seguir con esta confianza en el presidencialismo que desequilibra la balanza de poderes.

El presidencialismo se manifiesta en la elaboración y ejecución del presupuesto del estado, en la planificación, en la iniciativa legislativa, en el veto, en las atribuciones constitucionales, en la representación internacional, en el manejo de la fuerza pública (policía y fuerzas armadas), entre otras.

Por supuesto que las diferencias entre el constitucionalismo europeo y latinoamericano no se agotan en estas enunciados. Carlos Villabella hace un listado de catorce diferencias que marcan las características de lo que denomina “el nuevo constitucionalismo latinoamericano”: presencias de preámbulos que dotan de espiritualidad a la Constituciones, existencia de capítulos pósticos que establecen conceptos y principios, alta carga de preceptos teleológicos y axiológicos, reconocimiento explícito de la supremacía constitucional, configuración de nuevos modelos de estado, proyección social del estado, Constituciones garantistas, amplio y novedoso refrendo de derechos, novedosa presentación de deberes constitucionales, amplia protección de derechos, legitimación a procesos de integración regional, reconocimiento del prota-

gonismo del estado, configuración de procedimientos de reforma constitucional con participación de constituyente.⁶⁸

68 Carlos Manuel Villabella, “Constitución y democracia en el nuevo constitucionalismo”, en *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, año IV, No. 25: *El nuevo constitucionalismo latinoamericano*, Puebla, 2010, p. 58-63.

3. Neoconstitucionalismo andino o transformador

El constitucionalismo occidental y su adaptación latinoamericana, a pesar de las innovaciones jurídicas, son una respuesta a necesidades sentidas particularmente en occidente y desde su lógica de comprensión del derecho y el estado. Por ello, el análisis de Ferrajoli y de otros pensadores del “norte” en relación a la crisis es correcto pero incompleto. Lo que pretende Ferrajoli es crear un estado y un derecho que pueda ser aceptable dentro de un modelo que ha venido evolucionando en Europa y que ha tenido sus crisis por desajustes estructurales, como la tensa relación entre neoliberalismo y estado de bienestar, los retos de los estados nacionales antes los procesos de integración comunitaria y la fuerte presencia de inmigrantes de todos los continentes.

Pero el problema es mucho más profundo si uno lo mira desde la teoría crítica, la historia y la realidad andina. La solución de la propuesta europea resuelve los problemas europeos, que nunca fueron los mismos que los que acaecen en nuestra región. En primer lugar, en Europa no hubo un período colonial, con todo

lo que ello implica en términos de sometimiento a la fuerza a un grupo humano a sistemas de vida ajenos; Luis Macas afirma que el estado y el derecho han desconocido y desconocen a las poblaciones indígenas y los absorbe. En sus palabras: “en realidad es esa modernidad la que agresivamente, día a día, nos acaba como pueblos y como individuos”.⁶⁹ Ahora podemos hablar que el colonialismo persiste y que las formas de dominación, discriminación, explotación son cada vez más brutales y violentas, que

lleva a la destrucción de condiciones de vida en nuestro planeta, a la deliberada polarización social extrema y a la extinción por el hombre de una gran parte de nuestra especie. Peor aún, está logrando imponer, sobre todo en las nuevas capas medias, la hegemonía de un extremo pragmatismo, como un sentido común que lleva a conformarse y a convivir con todo eso mientras pueda usarlo y consumirlo.⁷⁰

La descolonización es, pues, un elemento fundamental para la construcción de una teoría jurídica y un estado diferente, que reconfiguraría los mapas jurídicos y políticos.⁷¹

En segundo lugar, no existe en Europa algo parecido a un estado de segregación y ex -

69 Luis Macas, “Construyendo desde la historia. Resistencia del movimiento indígena del Ecuador”, en A. Acosta y E. Martínez (compiladores), *op. cit.*, p. 87.

70 Aníbal Quijano, “Des/colonialidad del poder. Horizonte alternativo”, *ibid.*, p. 108.

71 C. Walsh, “Estado plurinacional...”, *op. cit.*, p. 171.

clusión a poblaciones originarias y mayoritarias. El primer aspecto tiene que ver con las culturas oprimidas y este con la pobreza generalizada. Estos se relacionan estrechamente. La “pobreza no es solo un problema de los indígenas, aunque nos afecta mayoritariamente”.⁷²

En tercer lugar, todas las conquistas de los movimientos emancipatorios europeos, que tuvieron un nivel de solución a nivel jurídico y político, nunca fueron implementadas en nuestra región de forma adecuada y completa porque respondieron a procesos históricos y luchas propias de sus circunstancias. Así, por ejemplo, la lucha por el reconocimiento político de los burgueses, que desembocó en la Revolución Francesa, tiene una fuerte raíz feudal y en el desarrollo de los burgos; la lucha por mejores condiciones laborales tiene relación con la denominada Revolución Industrial, que desembocó en los estados de bienestar. De ahí que afirmar que la implantación del estado liberal y del estado de bienestar fue una imposición y que nunca pudo funcionar como en Europa, no es descabellado. Ninguno de estos modelos realmente funcionó en nuestra región.

Por ello, la solución de Ferrajoli y de quienes proponen desde el norte sin el diálogo con el Sur se la encuentra exclusivamente en el estado y no es aplicable completamente al

72 L. Macas, *op. cit.*, p. 97.

mundo andino. Esta afirmación de ninguna manera significa que los aportes del neoconstitucionalismo europeo y latinoamericano sean inútiles; al contrario, todo lo que contribuya a la emancipación del ser humano y de la naturaleza debe ser aprehendido. El pensamiento y la tradición europea utópica tienen mucho que enseñar al mundo entero. El error está en pensar que son las únicas fuentes de conocimiento.

Desde estados con una fuerte presencia de una cultura colonial y extremadamente dependientes, el estado, al menos como se concibe en el mundo occidental, es parte del problema. El estado “neoconstitucional” no debe ni puede resolver el problema andino. Jurídicamente, el modelo de estado occidental no tiene categorías para establecer un estado plurinacional e intercultural; políticamente, tampoco tiene las condiciones para resolver el problema de la exclusión tradicional a grupos que se encuentran en situaciones marginales.⁷³ No se trata solo de perfeccionar el derecho del estado nación, sino de permitir otras manifestaciones normativas e institucionales. Tampoco se trata solo de corregir el funcionamiento del estado nación para que deje de ser anómico (normas que no existen y que son necesarias) o antinómico (normas que existen y se contradicen por disponer respuestas o soluciones distintas), secreto e irresponsable, sino de imaginarse otras formas de

73 B. de Sousa Santos, *Refundación del Estado...*, *op. cit.*, p. 29.

organización política distinta al estado moderno como lo conocemos ahora.

Existen algunas evidencias históricas⁷⁴ de que estamos en la construcción de un nuevo estado, que aún no estamos en condiciones de materializar, y en esto sigo a Santos:⁷⁵ (1) en los movimientos sociales hay nuevos lenguajes, narrativas, imaginarios, problemas y propuestas de solución; (2) hay nuevos actores y prácticas transformadoras (que no existen en los países hegemónicos, tales como las asambleas constituyentes y presupuestos participativos); (3) hay nuevas formas –para la teoría política hegemónica– y culturas de organización, como la democracia comunitaria; (4) hay una nueva territorialidad, las resistencias locales revalorizan el territorio y la tierra, con un sentido cultural por sobre el patrimonial; (5) hay una tendencia a la desmercantilización y se desarrolla una nueva teoría sobre la relación entre *Pachamama* y ser humano, que es la base para

74 Reducir el proceso histórico de construcción de un estado post colonial al gobierno del presidente Correa sería injusto para los movimientos sociales que han conseguido la Constitución de 2008. Si uno mira al gobierno de Alianza País podría, al contrario de lo que se está afirmando, concluir que existen indicios para presumir que estamos dentro del marco del estado nacional-legal-liberal y que, por tanto, no se está construyendo un estado como demanda el artículo uno de la Constitución de 2008.

75 Boaventura de Sousa Santos, “El Estado plurinacional, puerta para una sociedad democrática”, en A. Acosta y E. Martínez (compiladores), *op. cit.*, p. 48-51.

un nuevo y distinto modelo de desarrollo; (6) las luchas son por la distribución, reconocimiento y representación simultáneamente y no como conquistas logradas; (7) se comienza a valorar otros saberes distintos a los científicos como formas de conocimiento y relacionamiento con el “otro”, como la espiritualidad (ritos).

Se trata, pues, de construir un estado y un derecho diferentes. Los grandes trazos y las pistas para esa construcción los encontramos en el artículo primero de la Constitución, que son un llamado para hacer un salto paradigmático del estado tradicional y neoliberal a un estado realizador del buen vivir, y que caracterizan al constitucionalismo transformador.

**III. CARACTERIZACIÓN
DEL ESTADO Y EL DERECHO
A PARTIR DE LA
CONSTITUCIÓN DE 2008**

1. Antecedentes históricos y evolución del constitucionalismo ecuatoriano

Ecuador ha tenido diecinueve Constituciones (sin contar una primera expedida en 1812 que no fundó propiamente al Ecuador como República y que, más bien, fue un acto de respaldo a la Corona Española que había sido temporalmente desplazada por Francia). Ecuador, como sostiene el historiador ecuatoriano Enrique Ayala Mora (y que resume nuestro proceso constitucional):

tiene un record en la adopción de nuevas Constituciones. Pero esto no se debe fundamentalmente a la necesidad de cambios sino, más bien, a la inestabilidad política, que ha traído consigo dictaduras frecuentes. En medio del enfrentamiento político se han establecido gobiernos de hecho y se ha roto o derogado la Constitución vigente. Al cabo de un tiempo de régimen dictatorial, se ha vuelto al régimen jurídico mediante la emisión de una nueva Constitución que, por lo general, ha entrado en vigencia con un nuevo gobierno electo.⁷⁶

76 Enrique Ayala Mora, *Ecuador patria de todos*, Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, 2004, 2a. ed., p. 190.

Muchos criterios podríamos utilizar para analizar los períodos históricos en los que hemos tenido Constituciones. Uno de ellos, el más clásico, sería asociar las Constituciones a los períodos de influencia política de los presidentes. El otro, de acuerdo a grandes períodos históricos, lo dividiríamos en las Constituciones del siglo XIX y las del siglo XX, que no aporta mayores luces al análisis. Otro, en función de la prevalencia ideológica de la constitución, podríamos dividir entre constitucionalismo liberal e igualitario. Hasta 1998 distinguiríamos cuatro fases que están íntimamente relacionadas con una concepción liberal del estado y del derecho: conservador, laico, social y neoliberal. En el segundo tenemos la primera Constitución igualitarista, que es la de 2008, y está por verse si realmente marca el inicio de un nuevo período significativo y duradero. Otra categoría importante, que será desarrollada más adelante, tiene relación con el modelo de estado en función del valor de sus normas y en esta clasificación distinguimos: estado legal y estado constitucional. El primero tiene relación con la discrecionalidad del parlamento para expedir leyes, someter a los otros poderes y su competencia para reformar, como si fuera una ley más, la constitución. El segundo, en cambio, se caracteriza por el sometimiento del parlamento a la constitución y en la imposibilidad de reforma mediante procedimientos ordinarios.

Una última clasificación que se podría ensayar, y que sería más explícita al revisar el contenido del artículo primero de la Consti-

tución, tiene relación con la modernidad. Esta clasificación, sugerida por Santos, divide al constitucionalismo en tres tipos:⁷⁷ (1) el antiguo, o premoderno, que existió hasta antes del siglo XVIII, que era flexible e informal, y que podríamos considerar que corresponde a nuestro período prehispánico y colonial-hispánico; (2) el moderno, que comienza con la independencia de la colonia española y corresponde al estado nacional, es un constitucionalismo reduccionista, monocultural, jurídicamente monista, la constitución es como una ley más y predomina la ideología liberal; y el (3) contemporáneo, o postmoderno, que rescata el constitucionalismo oculto, practicado por otras nacionalidades, en particular las indígenas, es plurinacional y correspondería a un modelo distribuidor, reconocedor y demo-diverso.

Integrando algunos de los criterios anteriores para entender la evolución del constitucionalismo ecuatoriano y el avance que ha significado la Constitución de Montecristi, podríamos clasificar del siguiente modo al constitucionalismo ecuatoriano:

Constitucionalismo moderno

El constitucionalismo moderno comprende desde la primera constitución republicana de 1830 y se caracteriza por seguir siendo

77 B. de Sousa Santos, “El Estado plurinacional...”, *op. cit.*, p. 31-37.

colonialista en los términos que hemos venido estudiando. Este, desde una perspectiva formal (no desde la aplicación), se prolonga hasta la expedición de la Constitución de Montecristi en 2008. El constitucionalismo moderno se identifica con el modelo legal-liberal.

El modelo legal tiene relación con el principio de legalidad, por el que todo poder público está sometido a la ley y la ley es elaborada por un grupo humano, privilegiado, que tenía la calidad de ciudadano. En este modelo, la constitución puede ser reformada de manera semejante a la reforma de una ley, de tal forma que el parlamento es el órgano de cierre en cuanto a definición e interpretación del sistema jurídico y tiene un gran poder para definir el modelo de estado y sociedad.

El modelo liberal, por su parte, se basa en el ejercicio de las libertades individuales. Uno de los mejores exponentes es Robert Nozick.⁷⁸ En este modelo, el estado tiene que ser mínimo, lo suficiente para garantizar la seguridad de los contratos, la propiedad y el monopolio de la fuerza para reprimir delitos. Cualquier exceso estatal se considera abusivo y una extralimitación intolerable. Por ejemplo, el sacrificio de la propiedad, vía tributos, con el pretexto de redistribución no se puede considerar legítimo. En el

78 Véase Robert Nozick, *Anarchy, State, and Utopia*, Nueva York, Basic Books, 1974, p. 26.

modelo liberal, como consecuencia, tenemos el predominio económico y político de grupos humanos identificables, que tienen mayores capacidades para ejercer sus libertades y predomina el individualismo como forma de vida y modelo económico.

1. Constitucionalismo liberal-conservador

El derecho constitucional decimonónico, que es propiamente liberal-conservador, asoció riqueza con poder político y el estado no reguló en absoluto la economía; podría afirmarse, en términos contemporáneos, que el libre mercado y el sector económico privado caracterizaban el espacio público. En cuanto a los derechos, los reconocidos son exclusivamente los individuales, de carácter civil y político. El debate giró alrededor de la política; en esta línea, las normas constitucionales establecieron el requisito fundamental para ejercer la libertad en el ámbito público: la ciudadanía.

Fueron ciudadanas las personas mayores de edad, hombres, propietarios que no trabajaban en relación de dependencia y educados, y en una de las Constituciones hasta católicas.⁷⁹ Por supuesto que tales requisitos solo cumplió un actor fundamental, después de la independencia de la colonia española: la clase criolla,

79 Constitución de 1869, que fue conocida en Ecuador como la “Carta Negra” del presidente García Moreno.

conformada por propietarios de hacienda, ricos comerciantes importadores y exportadores, banqueros y, a finales del siglo XIX, manufactureros e industriales.⁸⁰ Éstos accedieron a cargos de representación, ejercieron la soberanía popular y expresaron, mediante leyes, la voluntad general. Este fenómeno fue común en Francia, Inglaterra⁸¹ y también, por supuesto, en toda Latinoamérica. En nuestro continente, se entendía como “pueblo” “exclusivamente como el cuerpo civil de criollos ilustrados y poderosos, y excluía de la soberanía popular al pueblo ínfimo, criollos e indios iletrados”.⁸² “Las masas indígenas, los antiguos esclavos africanos, los mulatos y los zambos, los mestizos y los inmigrantes empobrecidos constituirán un pueblo de pobres excluidos de la ciudadanía real”.⁸³ En Ecuador, las doce primeras Constituciones tienen estas características.

80 Juan J. Paz y Miño Cepeda y Diego Pazmiño, “El proceso constituyente desde una perspectiva histórica”, en *Tendencia: revista de análisis político: Nueva Constitución*, Quito, ILDIS, 2008, p. 28.

81 En Inglaterra, el enunciado de igualdad será “efectivo exclusivamente para los hombres varones que son propietarios virtuosos (excluyendo así a las mujeres, a los esclavos africanos, a los indios americanos y a los asiáticos, a los trabajadores ingleses asalariados)”. Véase Enrique Dussel, *Política de la liberación, historia mundial y crítica*, Madrid, Trotta, 2007, p. 271.

82 *Ibid.*, p. 417.

83 *Ibid.*, p. 422.

2. Constitucionalismo liberal-laico

La Constitución de 1906 marca una nueva época en el constitucionalismo ecuatoriano, caracterizado por el laicismo: separación del estado a la iglesia, secularización de la cultura, se reconocen las libertades de los ciudadanos. El ámbito de discusión ya no es meramente político sino también económico. Se liquida, por ejemplo, el concertaje y se confiscan las tierras a la iglesia. Sin embargo, el ámbito de la ciudadanía sigue siendo restringido y el modelo político, marcado por un presidencialismo autoritario, siguió siendo el mismo.

3. Constitucionalismo legal-liberal-social

Aunque puede sonar contraproducente el calificativo liberal-social, en esta época, que comienza con la Constitución de 1929, es liberal en tanto es un modelo económico individual, privado, de un estado mínimo, con ciudadanía restringida y, en la cultura jurídica, marcado por la prevalencia del derecho privado, que se manifiesta en la organización de la administración de justicia estatal. En cuanto a la teoría del derecho, pregonada en las universidades, desarrollada por tratadistas y aplicadas por la administración de justicia, gira alrededor del Código Civil y de la protección de los intereses de los propietarios. Es social en tanto se reconoce derechos sociales, económicos y culturales (comenzando por los derechos laborales y a

mediados del siglo pasado con los derechos a la educación, seguridad social y salud, estos últimos a partir de 1945), el estado asume ligeramente un rol más activo en la economía (se crea, por ejemplo, el Banco Central y la Contraloría del estado), se esboza una reforma agraria (1963) y se reconoce la responsabilidad social de la propiedad, subordinándola incluso al interés del país. A pesar del apareamiento del derecho social, este no logra desplazar al derecho civil y su enseñanza y aplicación es marginal y como una derivación de las categorías del derecho privado.

Nuevos actores aparecen en la arena pública, especialmente los trabajadores y los partidos de izquierda (socialista y comunista). A finales de los años sesenta y hasta los años ochenta tendremos, con una influencia norteamericana marcada en la lucha contra la izquierda y en la doctrina del “enemigo interno”, regímenes militares anticomunistas y autoritarios. En esta época los intereses privados vuelven a tomar fuerza (Constitución de 1967) y se visibilizan clases sociales con privilegios, cuestión que se acentúa con el “desarrollo” provocado por la explotación del petróleo, que se convertiría en “un momento excepcional para el crecimiento empresarial en el Ecuador, que definitivamente consolidó el sistema capitalista”.⁸⁴

84 J. Paz y Miño Cepeda y D. Pazmiño, *op. cit.*, p. 36.

4. Constitucionalismo neoliberal

Esta fase, que también podríamos identificar como de transición hacia la democratización del estado, comienza con la Constitución de 1979, en la que se establece una economía planificada de mercado, se amplían los catálogos de derechos, reconociendo explícitamente los derechos económicos, sociales y culturales, se amplía el ámbito de la ciudadanía y, por tanto, los derechos políticos (ej. analfabetos). La presencia de nuevos actores, en particular los indígenas, es notoria en la esfera pública. Sin embargo, como dice Paz y Miño, “la balanza se inclinó a favor de los grupos de poder, con alto perjuicio para la sociedad ecuatoriana”.⁸⁵ En esta época, que coincide con el famoso “consenso de Washington” al que Ecuador se suscribe – y que “avanzó a pesar y en contra de la mayoría del pueblo ecuatoriano”⁸⁶ el país privatiza muchos servicios públicos, desregula la economía y se flexibilizan las relaciones laborales.

En 1998 se expide la última constitución del siglo pasado, aprobada por una Asamblea Nacional, que fue “hegemonizada por los intereses y conceptos de las élites del poder”⁸⁷ y aprobada en un cuartel militar. Aunque, hay que afirmarlo, hubo importantes avances en

85 *Ibid.*, p. 37.

86 F. Ramírez Gallegos, “Proceso constituyente y tránsito hegemónico”, en *Tendencia: revista de análisis político: Nueva Constitución*, Quito, ILDIS, 2008, p. 58.

87 J. Paz y Miño Cepeda y D. Pazmiño, *op. cit.*, p. 38.

materia de derechos, tales como los derechos de los indígenas, de los niños y niñas, de las mujeres, de las personas con discapacidad, entre otros, determinó que el estado es social de derecho, estableció un Tribunal Constitucional, instituyó el amparo como garantía judicial y un sistema de reforma constitucional rígido (la institución se la conoció como candado constitucional), por lo que podría considerarse un primer estado constitucional de derecho de la historia del país.

Sin embargo, todos los reconocimientos en derechos, que se consideraron un avance importante y el reconocimiento de la diversidad en el Ecuador, no tuvieron su contraparte institucional. Al decir de Echeverría, “una Constitución avanzada desde la perspectiva de los derechos expresada en su parte dogmática, pero retrasada en su parte orgánica o sea en aquella que define los mecanismos concretos de realización de los derechos bajo forma de decisiones políticas, o de políticas públicas”.⁸⁸ Además, “la Constitución de 1998 legitimó una economía excluyente en función de la liberalización de la economía, armonizándola con la globalización de la economía mundial, para atraer y captar inversión extranjera”.⁸⁹ El estado mínimo junto

88 Julio Echeverría, “Plenos poderes y democracia en el proceso constituyente ecuatoriano”, en Julio Echeverría y César Montúfar (editores), *Plenos poderes y transformación constitucional*, Quito, Abya-Yala, 2008, p. 33.

89 J. Paz y Miño Cepeda y D. Pazmiño, *op. cit.*, p. 38.

con crecientes demandas sociales, agravadas por una crisis bancaria en el año de 1999, hicieron que las promesas de los derechos de esta Constitución se incumplieran y que las garantías también fueran ineficaces. El Tribunal Constitucional, al final, no fue el tan deseado árbitro de la constitucionalidad y más bien, como ha sido tradición en el Ecuador, se sucedieron varios golpes de estado y los militares resolvieron las crisis políticas.

En la Constitución de 1998 encontramos ya fuertes rasgos del neoconstitucionalismo europeo y latinoamericano: la constitución tiene un juez especializado de última instancia, encontramos un gran desarrollo de derechos, algunos avances en garantías, la dificultad de reformar la constitución por parte de parlamentarios y por vías ordinarias (la rigidez y el candado como quedó dicho), la introducción del sistema internacional de derechos humanos. Sin embargo, el régimen económico y la parte orgánica mantuvo el modelo liberal y tradicional, por lo que la economía podía seguir sin problema alguno el “Consenso de Washington”.

2. Constitucionalismo post-moderno

Por un modelo post-moderno entendemos un constitucionalismo que sea (1) decolonizador, (2) igualitarista-distribuidor, (3) que contenga en sí mismo todas las posibilidades de luchas emancipadoras y (4) que tenga como

centro la protección de los más expuestos a los abusos tradicionales del poder: los seres humanos y la naturaleza.

Precisamente estas características las encontramos tanto en el Preámbulo como en el texto de la Constitución.

1. La Constitución de 2008 es “impensable sin el acumulado histórico de las luchas de los pueblos de América Latina”.⁹⁰ De ahí que el Preámbulo sea un reconocimiento a esa resistencia en unos casos pasiva y otras activa: “Nosotras y nosotros, el pueblo soberano del Ecuador [...] apelando a la sabiduría de todas las culturas que nos enriquecen como sociedad [...] como herederos de las luchas sociales de liberación frente a todas formas de dominación y colonialismo”:⁹¹ invocación a continuar las luchas para la construcción de una organización social libre de todo poder que coloniza en todas las dimensiones.

Luego tenemos, encabezando la Constitución, la declaración de que el Ecuador es un estado plurinacional, intercultural⁹² y, a reglón seguido, diverso,⁹³ cuyo sentido será desarrollado en acápites posteriores.

90 Alberto Acosta, “Cualquier restricción a la crítica es el fin del debate público”, en M. Lang y A. Santillana (compiladoras), *op. cit.*, p. 179.

91 Constitución, Preámbulo.

92 Constitución, Art. 1.

93 Constitución, Art. 3 (2).

Explicítamente la Constitución determina que los pueblos tienen derecho a su autodeterminación, reconoce los derechos de los distintos pueblos que coexisten dentro de los estados y la promoción de mecanismos que promuevan y protejan la diversidad, propugna el principio de ciudadanía universal que implica la progresiva eliminación de las fronteras nacionales y la relativización de la soberanía nacional como poder que oprime, controla y clasifica, condena toda forma de imperialismo, colonialismo, neocolonialismo y reconoce el derecho de los pueblos a la resistencia y liberación de toda forma de opresión, promueve la conformación de un orden global multipolar y democrático y el fortalecimiento de relaciones horizontales para construir un mundo justo, democrático, solidario, diverso e intercultural...⁹⁴

2. Entendemos como un modelo igualitarista-distribuidor, tal como lo describe Pablo Andrade, desde una posición filosófica política:

una posición igualitaria apoya la idea de que la voluntad ciudadana debe tener un amplio espacio en las instituciones que gobiernan la vida política [...] una concepción igualitaria toma en serio la necesidad de garantizar a todos los miembros de la sociedad (colectiva e individualmente) su pleno desarrollo y autonomía (esto es, no habría tal cosa como una ciudadanía política que no pueda ejercerse por falta de recursos económicos, acceso a la educación y otros servicios básicos). Finalmente, el igualitarismo es antagónico

94 Constitución, Art. 416 (1), (5), (8), (10).

con la pretensión mayoritaria de imponer un solo modo de vida como deseable o adecuado, dejando a la decisión individual esta elección.⁹⁵

Un modelo igualitarista no podría existir sin serias y comprometidas políticas de distribución. Sin duda alguna, como intentaremos demostrar en el “estado de justicia”, la Constitución ecuatoriana inaugura una nueva forma de concebir la constitucionalidad, los derechos, las garantías, la organización del estado y la misma supremacía constitucional desde un modelo igualitarista, que no proscribe ni posterga las conquistas liberales en materia de derechos humanos, aunque condiciona algunos derechos como la propiedad privada y la libre empresa.

3. Conviene aclarar que el constitucionalismo post-moderno no se centra ni se agota con las demandas de distribución de riqueza y chances sociales. Sino que, además, se complementa con las demandas de reconocimiento, lo que implicaría el respeto y la promoción de la diferencia; por tanto, igualitarista jamás debería leerse como homogeneizador o asimilacionista. De igual modo, el modelo al que le hemos llamado, quizá de modo impreciso como igualitario, también implica la respuesta a las demandas de representación; por tanto se excluye cualquier forma de estado que se parezca a la

95 Pablo Andrade, “Prólogo”, en Luis Verdesoto Custode, *Procesos constituyentes y reforma institucional*, Quito, FLACSO / Abya-Yala, 2007, p. 12.

experiencia fallida totalitaria de los socialismos del siglo XX, que lograron la distribución a costa y en desmedro de las libertades. El estado, como explícitamente lo demuestra Fraser, debe desarrollar estar tres dimensiones que deben ser adecuadamente balanceadas e integradas.⁹⁶

Todo movimiento que luche contra la hegemonía, el control, la opresión, la inequidad, la exclusión, el desconocimiento o invisibilización, tiene armas o artificios, como llamaba Niño a los derechos,⁹⁷ para defenderse de los abusos de poder.

Los movimientos que luchan por la distribución, como los sindicalistas, indígenas y afro descendientes, tienen los derechos del buen vivir y los capítulos que tratan sobre el régimen del buen vivir y el régimen de desarrollo. Los movimientos ecologistas tienen los artículos que tratan sobre el ambiente sano, la biodiversidad y los recursos naturales, pero sobre todo los derechos de la naturaleza. Los movimientos que luchan por el reconocimiento, tienen en el artículo 11 (2) todas las posibilidades para comprender la igualdad y el combate a la discriminación, identificando más de veinte identidades por las que no se pueden distinguir o privar de derechos; de igual modo encontrarán derechos específicos para personas y grupos de atención

96 N. Fraser, *op. cit.*, p. 115.

97 Véase C. S. Niño, "Introducción", *op. cit.*, p. 1-7.

prioritaria y para pueblos, como los indígenas, afro descendientes y montubios; no menos destacable, las feministas ya no tienen que invisibilizarse lingüísticamente ante la categorización de lo masculino como universal.⁹⁸ Los movimientos que luchan por la protección, como los garantistas o los movimientos de derechos de los niños, niñas y adolescentes tienen todo un cúmulo de derechos denominados precisamente de protección. Los movimientos que luchan por la representación tienen un capítulo completo sobre derechos de participación, que no se restringe a los derechos políticos. Los movimientos antiglobalización también tienen principios, como los establecidos en el capítulo sobre las relaciones internacionales, para fundamentar su lucha. Los movimientos “libertarios” e incluso los neoliberales tienen todo un capítulo sobre las libertades, que reconocen las conquistas tradicionales del movimiento liberal del siglo XVIII. Todo movimiento, insistimos, que encuentre en las relaciones sociales y políticas formas de violación a sus derechos como individuos, colectividades, pueblos o nacionalida-

98 La utilización del género masculino y femenino a lo largo del texto constitucional ha sido ridiculizada por algunas personas, lingüistas y por supuesto juristas, por considerar que el texto es cargado, difícil de leer, redundante y porque el Código Civil establece que cuando aparezca la palabra en masculino se entenderá todo el género humano. El lenguaje crea realidades. Visibilizar desde el texto el género femenino implica reconocer jurídicamente la existencia de más de la mitad de habitantes de este país.

des, tienen los “artificios” para revertir su realidad y emanciparse.

Pero la Constitución de Montecristi no se queda, como las que le preceden, en enunciar derechos sino que reconoce toda una gama de garantías por las que no existe acto público o emanación de poder, que no pueda ser prevenido, impedido o, cuando cause daño, reparado.

4. La protección de los derechos consta como fin primordial del estado y es el eje constitutivo de la Constitución, que limita y vincula todo poder. Este aspecto central de la Constitución se desarrolla en el acápite sobre el estado de derechos.

2. Contexto de la expedición de la Constitución de 2008

Desde la vigencia de la Constitución del año 1998, Ecuador sufre una manifiesta crisis económica, política-institucional y social. En lo económico, en el año 1999, desde el gobierno se ordenó el congelamiento de los depósitos, se descalabra el sistema bancario y se dolariza la economía, lo que provocó una pauperización de la situación de las ecuatorianas y ecuatorianos, que asumieron los costos de una administración bancaria poco transparente, dispendiosa y hasta corrupta. En lo político-institucional, tres presidentes son derrocados y tenemos ocho gobiernos distintos, tenemos cuatro cortes supremas de justicia que cesan en sus funciones por intervención de otros poderes, tres tribunales Constitucionales que no dejan de tener influencia en sus decisiones por parte del congreso y del ejecutivo, los partidos políticos pierden total legitimidad y son rechazados mayoritariamente por la población; podríamos afirmar que no hay poder ni órgano del estado, incluyendo el Congreso Nacional y el Tribunal Supremo Electoral, que haya concluido normalmente sus períodos de designación.

En suma: “la precariedad de la institucionalidad democrática, la desestatización de la economía y la sociedad, y el progresivo repliegue de las élites hacia el control de espacios locales [...] convirtieron al Estado en una débil estructura política incapaz de catapultar ninguna dinámica de articulación en torno a actores políticos con proyecto y vocación hegemónica en el nivel nacional”.⁹⁹ En lo social, la protesta en las calles no cesó de manifestarse, tanto en contra de los gobiernos de turno como en favor de mejores condiciones de vida.

En estas circunstancias, Rafael Correa conforma el movimiento Alianza País, se candidata a la presidencia y se presenta con una estrategia, como la califica Franklin Ramírez, antisistémica, con la promesa de un cambio radical, en sintonía con los anhelos de la ciudadanía.¹⁰⁰ Sus propuestas de campaña se materializaron en la no presentación de candidatos al Congreso Nacional, en el no juramento ante la Constitución de 1998 cuando se posesionó, en la convocatoria a una Asamblea Constituyente de plenos poderes para dictar una Constitución y reformar institucionalmente al estado, en el cese de funciones del Congreso, en el no pacto con las fuerzas políticas tradicionales, en denostar a sus adversarios políticos, a las élites económicas y a los medios de comunicación.

99 F. Ramírez Gallegos, *op. cit.*, p. 59.

100 *Ibid.*, p. 52.

La estrategia anti-sistema funcionó. El movimiento Alianza País obtuvo representación mayoritaria en la Asamblea. El movimiento, que no ha tenido una trayectoria histórica considerable, estuvo conformado por personas con tendencias ideológicas e intereses heterogéneos y hasta contradictorios. Los debates en el pleno fueron formales; la verdadera discusión se produjo fuera del recinto parlamentario en reuniones del bloque de Alianza País. Por otro lado, la metodología adoptada no fue la más adecuada para redactar la Constitución (se dividieron en mesas temáticas, que estaban totalmente desvinculadas de lo que sería la estructura de la Constitución y, en consecuencia, se duplicaron esfuerzos y hasta se aprobaron en mesas aspectos incompatibles). Además, la Asamblea expidió normas jurídicas distintas a las constitucionales,¹⁰¹ que han sido duramente criticadas por la oposición y los medios de comunicación, y que ocuparon tiempo y atención de la Asamblea que, en algunos casos, no contribuyeron al delineamiento de la Constitución. Finalmente, para evitar incumplir los plazos establecidos en el mandato constituyente, la Asamblea aprobó gran parte de la Constitución en el último mes de trabajo. Por estas razones, Ramírez tiene razón cuando afirma que “en este escenario surge un proyecto constitucional presentado al país

101 La Asamblea Constituyente aprobó seis leyes y 21 mandatos constituyentes. Ver <<http://www.asambleaconstituyente.gov.ec/>>.

no con todo el rigor democrático que era de esperarse”.¹⁰² A pesar de ello, la Asamblea, como pocos espacios democráticos en su primera fase, recibió a cientos de personas y agrupaciones y procesó, de igual modo, semejante cantidad de propuestas, y logró plasmar interesantes innovaciones en relación a la Constitución anterior y a un modelo distinto de constitucionalismo, como hemos venido sosteniendo y demostraremos con la caracterización del constitucionalismo postulado por la Constitución de Montecristi a través de la interpretación del contenido de su artículo primero.

Cada una de las palabras que cualifican al estado, según el artículo uno de la Constitución, son ejes transversales en todas y cada una de las instituciones reconocidas y reguladas por esta Carta Política. Las categorías nos permiten destacar los cambios paradigmáticos de un modelo de estado a otro, como un salto hacia adelante, y también visualizar las innovaciones en dos áreas: la teoría del derecho y el modelo político de estado.

El estado constitucional nos ayuda a responder las preguntas sobre *quién* es la autoridad, *cómo* se hacen las normas y *qué* contenido deben tener. El estado de derechos nos da luces para responder *dónde* encontramos las normas y *para qué* se las expiden. El estado de justicia y

102 F. Ramírez, *op.cit.*, p. 64.

social nos resuelve el problema del *por qué* el estado. El estado democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico nos ayuda comprender el *cómo* de la configuración institucional. En algunos de los acápite que siguen haremos explícitas estas preguntas para destacar la respuesta constitucional.

3. Del estado legal al constitucional

En una división fácil y hasta reduccionista, podríamos afirmar que hay tres modelos de estado:¹⁰³ (a) el estado absoluto, (b) el estado de derecho o estado legal de derecho, (c) el estado constitucional de derecho.

a) El estado absoluto: la autoridad (monarca, rey, emperador, inca) determina las normas y la estructura del poder. El poder se encuentra concentrado en una persona o en una clase política. La autoridad emite las normas, administra el estado y la justicia. Las personas son vasallas o súbditas. El estado no tiene más límites que los que se impone a sí mismo y las personas no tienen derechos sino, a lo sumo, privilegios. En el estado absoluto no hay procedimientos para designar a la autoridad ni tampoco para hacer la ley de forma que evite la discrecionalidad y la arbitrariedad.

103 La palabra estado se refiere a toda organización política, compleja, que se diferencia de la población y que no necesariamente reúne las características ni los elementos del estado moderno (soberanía, territorio, población).

b) El estado legal: la ley determina la autoridad y la estructura de poder. Este sistema, en apariencia, es menos autoritario y más democrático que el anterior. El poder se divide en teoría en tres: el poder legislativo, el poder judicial y el poder ejecutivo. Sin embargo, en la práctica, el poder se encuentra concentrado en una clase política que es la que conforma el parlamento. Recordemos que el estado de derecho es la síntesis de una pugna de poderes entre quienes ejercían el poder económico (burguesía) y el político (aristocracia).¹⁰⁴ El modelo que triunfa es el burgués, aunque la historia demuestra que durante mucho tiempo el modelo fue simplemente teórico y poco implementado¹⁰⁵ o, como afirma Habermas, “el modelo liberal no tenía demasiado que ver con la realidad jurídica [...] en ninguna parte”.¹⁰⁶ La burguesía, en el desarrollo de la teoría política y jurídica europea, a través de la idea de ciudada-

104 Ver sobre el relato histórico, con detalle, Juan Ramón Capella, *Fruta prohibida, una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y el Estado*, Madrid, Trotta, 2001, 3a. ed.

105 Solo recordemos que inmediatamente después de la Revolución Francesa, que instauró un régimen liberal, el poder absoluto cobró fuerza por muchos años más. Napoleón se coronaría como Emperador en el año 1804 e inaugurará un régimen monárquico mucho más despótico que los del *Ancien Régime*. En 1848 –la revuelta de las comunas– se producirá un intento fallido por recuperar la filosofía de la libertad, igualdad y fraternidad de la Revolución francesa.

106 Jürgen Habermas, “Derecho y moral”, en *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid, Trotta, 2005, p. 545.

nía y de la representación, colmó el parlamento, limitó al ejecutivo y controló al judicial, gracias al principio de legalidad. Al final, tenemos lo que podría considerarse como una “parlamentarismo totalitario”: el poder de un grupo se transfiere a otro: de la aristocracia que ejercía el poder ejecutivo a la burguesía que ocupa el parlamento. En este modelo, por tanto, no hay mayor diferencia al anterior en cuanto a que un grupo social de interés ejercer el poder.

Las personas que tienen ciertas características son ciudadanas;¹⁰⁷ el resto de personas –que es la mayoría en términos numéricos– sigue siendo vasallo o súbdito.¹⁰⁸ Los límites del estado los impone el parlamento: el ejecutivo solo puede hacer lo que establece la ley y el judicial es “boca de la ley”. Por la ley se puede definir cuáles son los derechos, las competencias de las autoridades y las garantías. El parlamento podría incluso cambiar la constitución,

107 Por la ciudadanía solo las personas propietarias, que tienen autonomía en el trabajo, hombres, adultas tenían derecho a la participación política. En otras palabras, el *optimo iure* de los seres humanos son los burgueses.

108 J. Bodin, teórico liberal del iluminismo, se preguntaba “¿Cómo puede un pueblo, es decir, un animal de muchas cabezas, sin entendimiento ni razón, aconsejar nada bueno?”, frase que refleja la exclusión de las mayorías y del reconocimiento de la ciudadanía de la clase social burguesa, citado por Albert Noguera, “Democracia y ejercicio de la soberanía: mecanismos de participación política. Función Electoral y Función de Transparencia y Control Social en el proyecto constitucional ecuatoriano”, en R. Ávila Santamaría, A. Grijalva y R. Martínez (editores), *op. cit.*, 2008.

eliminar derechos y restringir las garantías: la Constitución no es rígida y se puede reformar por el procedimiento ordinario de creación de leyes; los derechos son los que están reconocidos y desarrollados en las leyes (básicamente el Código Civil y el Código Penal), las garantías formales están descritas en las leyes y se encarga a la administración de justicia ordinaria el reconocerlos y protegerlos.

En el constitucionalismo ecuatoriano no podemos encontrar las diferencias tan claras entre aristócratas y burgueses de la misma manera como se constituyeron como grupos de poder en Europa. Lo más parecido a la aristocracia era el abolengo español y con la propiedad de la tierra, y la clase burguesa tiene relación más con el comercio y en ciertas circunstancias se confunde con la identidad proveniente de España.

Por otro lado, la distinción entre parlamento y ejecutivo también es relativa si uno mira el proceso histórico ecuatoriano: no existió la división entre burgueses en el parlamento y aristócratas en el ejecutivo. Más bien, la tendencia de nuestra región, como herencia incluso del pensamiento bolivariano, ha existido un presidencialismo marcado que ha influido de manera determinante en el parlamento. Sin embargo, el principio de legalidad sigue teniendo la misma connotación jurídica aunque no con la misma función histórica que jugó en Europa.

c) El estado constitucional: la constitución determina el contenido de la ley, el acceso y el ejercicio de la autoridad y la estructura de poder. La constitución es material, orgánica y procedimental. Material porque tiene derechos que serán protegidos con particular importancia que, a su vez, serán el fin del estado; orgánica porque determina los órganos que forman parte del estado y que son los llamados a garantizar los derechos; procedimental porque se establecen mecanismos de participación que procuran que los debates públicos sean informados y reglados, tanto para la toma de decisiones como para la elaboración de normas jurídicas. En suma, en el constitucionalismo se conjugan estado como estructura, derechos como fin y democracia como medio. Los derechos de las personas son, a la vez, límites del poder y vínculos. Límites porque ningún poder los puede violentar, aún si proviene de mayorías parlamentarias,¹⁰⁹ y lo que se pretende es minimizar la posibilidad de violación de derechos; y vínculos porque los poderes de los estados están obligados a efectivizarlos, y lo que se procura es la maximización del ejercicio de los derechos. En el modelo constitucional se distingue entre la representación parlamentaria y la representación constituyente. El segundo, que es otro instrumento de la soberanía popular, limita al primero; por ello las Constituciones, como garan-

109 Véase Juan Pablo Morales, “Democracia sustancial: sus elementos y conflicto en la práctica”, en R. Ávila Santamaría (editor), *Neoconstitucionalismo y sociedad*, *op. cit.*, p. 90-96.

tía, son rígidas, y no pueden ser reformadas por procedimientos parlamentarios ordinarios.¹¹⁰

La Constitución es, además, norma jurídica directamente aplicable por cualquier persona, autoridad o juez. Al considerarse una norma vinculante requiere de una autoridad competente para sancionar su incumplimiento. Esta autoridad es la Corte Constitucional, que tiene facultades para sancionar la inconstitucionalidad de los actos que emanan del poder público en cualquier forma: leyes y otras normas de carácter general, actos administrativos, políticas públicas y autos o sentencias. El poder para resolver conflictos entre órganos o por exceso en sus atribuciones, *referee*, se transfiere del parlamento a los jueces que tienen competencia constitucional.

En el siguiente cuadro se resumen algunos de los aspectos que distinguen los diversos paradigmas.

	Absoluto	Legislativo	Constitucional
Centralidad	Autoridad	Ley	Persona/pueblos
Fuentes	Autoridad	Parlamento	Asamblea Constituyente
Límites y vínculos	No existen	Ley	Constitución material
Poder referee	Ejecutivo	Parlamento	Judicial constitucional

110 En relación a la rigidez, la Constitución de 2008 tiene un déficit, el parlamento puede modificar la Constitución en ciertas circunstancias y esto es considerado “un paso atrás respecto a los avances en el nuevo constitucionalismo latinoamericano”, como lo destaca R. Martínez Dalmau, en *op. cit.*

La Constitución del Ecuador es fuertemente materializada, emana de una Asamblea Constituyente, se reconoce a los derechos como límites y vínculos, y establece una Corte Constitucional que resuelve, en última instancia, los conflictos que se generan por violación de los preceptos constitucionales. En este sentido, la Constitución de Ecuador se enmarca dentro del paradigma actual del derecho constitucional.

Tres preguntas son claves para distinguir estos dos modelos: quién, cómo y qué.

Quiénes

En un modelo anterior al estado legal, que se suele identificar como el *Ancien Régime*, la autoridad estaba determinada por quien se imponía por la fuerza: *rex facit legem*.¹¹¹ La autoridad es anterior y superior a la ley. Hay que suponer que los grados de temor y también de inseguridad en relación a quien ejercía el poder, eran enormes. El estado legal de derecho significa un avance significativo frente a este modelo. La autoridad está sometida a la ley: *lex facit regem*. La ley es anterior y está sobre la autoridad y ésta solo puede hacer lo establecido en la ley. En el estado constitucional las máximas autoridades están definidas en la Constitución, tanto su nominación, su forma de designación como sus competencias, y están sometidas a la Consti-

111 G. Zagrebelsky, *op. cit.*, p. 21.

tución. En esta caracterización no hay mayor diferencia entre el estado legal y el constitucional de derecho, salvo que el procedimiento de nominación y las competencias tienen control constitucional por parte de la Corte Constitucional. Es más, se podría afirmar que el sometimiento de la autoridad a la ley, en el modelo legislativo, es semejante en el modelo constitucional.

Apreciemos de forma más determinante el modelo constitucionalista, por oposición al legal, al contestar las preguntas que desentrañan los actores, los fines y los procedimientos.

“Quiénes”, en la Constitución de 2008, son las autoridades que ocupan distintos espacios de poder:¹¹² (1) el pueblo, que ejerce el poder a través de la organización colectiva,¹¹³ de la participación en los diferentes niveles de gobierno,¹¹⁴ de la democracia directa,¹¹⁵ de las organizaciones políticas,¹¹⁶ de la representación;¹¹⁷ (2) las personas assembleístas;¹¹⁸ (3) el presidente o presidenta;¹¹⁹ (4) los jueces y juezas;¹²⁰ (5)

112 Constitución de 2008, Título IV, “Participación y organización del poder”, Capítulo Primero, “Participación en democracia”, Art. 95-118.

113 Constitución, Título IV, Sección Segunda, Art. 96-99.

114 Constitución, Título IV, Sección Tercera, Art. 100-102.

115 Constitución, Título IV, Sección Cuarta, Art. 103-107.

116 Constitución, Título IV, Sección Quinta, Art. 108-111.

117 Constitución, Título IV, Sección Sexta, Art. 112-117.

118 Constitución, Título IV, Capítulo Segundo, Art. 118-119.

119 Constitución, Título IV, Capítulo Tercero, Art. 141-146.

120 Constitución, Capítulo Cuarto, Art. 167-189.

el Consejo de participación ciudadana y control social y órganos de control; (6) el Consejo Nacional Electoral y el Tribunal Contencioso Electoral; y (7) la Corte Constitucional.

Uno de los mayores problemas no superados por la Constitución de 2008, y que se viene arrastrando desde la primera Constitución en el Ecuador, es el fortalecimiento del presidencialismo. Parecería que las Constituciones siempre estuvieron realizadas y promovidas bajo la sombra del personaje histórico del momento y que no han permitido el fortalecimiento de una democracia más participativa y una auténtica división y control de poderes. En este sentido, el presidencialismo marcado en la Constitución de 1998 no cambia sustancialmente en 2008 y, más bien, “existe un reforzamiento del presidencialismo a través del aumento de potestades para influir en las políticas legislativas de forma proactiva y reactiva”.¹²¹ Era de esperarse, si se aprendía las lecciones de la historia, que una ruptura importante en términos de avances constitucionales era posiblemente la instauración de un régimen semiparlamentario.

Destaquemos dos diferencias importantes con el constitucionalismo pasado. La una es

121 Rafael Balda Santiestevan, “Hacia un nuevo sistema de gobierno: diseño constitucional del presidencialismo en la nueva Constitución del Estado ecuatoriano”, en R. Ávila Santamaría, A. Grijalva y R. Martínez (editores), *op. cit.*, p. 188.

que se añaden dos poderes más a los tradicionales: la función ciudadana y control social y la electoral. La idea de la primera es “institucionalizar la participación ciudadana en todo el ciclo de la gestión pública; es decir, en la planificación, presupuestación, contratación, ejecución, evaluación y control de la gestión pública”.¹²² La función electoral pretende “garantizar su independencia y garantizar realmente la voluntad de los ciudadanos”.¹²³

El otro “quién” importante es la creación de la Corte Constitucional y el fortalecimiento de sus competencias de control sobre todos los actos del poder público, ya porque atentan contra la supremacía de la Constitución ya porque violan derechos con rango constitucional. El Tribunal Constitucional, configurado en la Constitución de 1998, adoleció de grandes defectos: no aseguró la eficacia de la Constitución, no tuvo independencia real ni fue altamente profesional, no fue un verdadero “juez del legislador”, en lugar de resolver problemas políticos de forma jurídica al aplicar la Constitución los intensificó y, lo peor de todo, fue “la precariedad en la protección de los derechos fundamen-

122 Betty Tola, “Participación ciudadana, democracia y buen vivir”, en *Tendencia: revista de análisis político*, No. 7, Quito, ILDIS, 2008, p. 69.

123 Virgilio Hernández, “Democratizar la democracia: el reto de la nueva Constitución”, *ibid.*, p. 21.

tales”.¹²⁴ La Corte Constitucional tiene una nueva forma de integración, período y atribuciones; entre las atribuciones novedosas en Ecuador está la de ser el máximo intérprete de la Constitución (ya no el parlamento), la de poder controlar todo acto de poder público incluso las sentencias definitivas de última instancia (exceptuadas expresamente en la Constitución de 1998), la de ser el árbitro de los conflictos de competencias (antes los garantes del orden jurídicos, en última instancia, eran los militares), son órganos de cierre en el control jurídico-político, crean precedentes (rompe con el sistema de fuentes de derecho restringidas a la ley como principal y al resto como secundarias), desarrolla el contenido y alcance de los derechos y corrige las prácticas estatales y privadas que generan violaciones de derechos.¹²⁵

Cómo

El estado legal sacraliza la forma como una garantía para la seguridad jurídica. En los estados pre-legales no hay procedimientos pre-establecidos para expedir normas. La voluntad de la autoridad estatal se manifiesta de formas

124 Agustín Grijalva, “¿Constitución sin constitucionalismo?: urgencia de un Tribunal Constitucional independiente”, en *Foro*, No. 7: *Los temas de la constituyente*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, I semestre 2007, p. 79.

125 Ver Agustín Grijalva, “La Corte Constitucional y el fortalecimiento de las garantías”, en *Tendencia*, No. 7, *op. cit.*, p. 118-135.

que no tienen control público. En el estado legal los procedimientos son importantes. No se puede hacer la ley de cualquier manera sino de la forma determinada previamente en la ley. De igual modo que en la pregunta anterior, en el estado constitucional no hay mayor diferencia, salvo que siempre el procedimiento para la elaboración de una ley debe estar en la Constitución y la alteración del procedimiento está sujeta a control constitucional. Esta garantía se denomina, en el constitucionalismo, vigencia o validez formal.

La Constitución de 2008 tiene toda una sección, dentro del Capítulo Segundo (Función Legislativa), que se denomina “Procedimiento legislativo”.¹²⁶ En este procedimiento se regula sobre qué temas requieren ley, los tipos de leyes (orgánicas y ordinarias que se distinguen por el número de personas que requiere para ser aprobadas), las entidades que tienen iniciativa legislativa, el número de debates, el rol del Presidente como legislador¹²⁷ y su posibilidad de veto parcial o total,¹²⁸ y sobre el trámite especial de las leyes de urgencia.¹²⁹ La Corte Constitucional tiene la potestad para resolver acciones de inconstitucionalidad por la forma.¹³⁰

126 Constitución, Art. 132-140.

127 Constitución, Art. 147 (11).

128 Constitución, Arts. 137-139 y 147 (12).

129 Constitución, Art. 140.

130 Constitución, Art. 436 (2).

Qué

“Qué” es lo que se debe legislar o normar es la pregunta esencial que marca la diferencia entre el estado legal y el constitucional. En el primero, la materia legal depende exclusivamente de la configuración del parlamento. Si se respeta la forma, se supone que el debate democrático realizado por los representantes elegidos mediante votación produce la mejor opción de normatividad. La justicia de las leyes se asume y no es posible cuestionar su validez. En el estado constitucional, en cambio, no existe libertad de parte de los parlamentarios para decidir la agenda legislativa. Existen expresas prohibiciones para el legislador, tales como no emitir leyes que sean contrarias a la Constitución o los derechos, y existe un marco referencial para legislar. De esta forma, además de la validez formal, se requiere la validez sustancial o material.¹³¹

La Constitución de 2008 tiene una norma que establece la finalidad del poder legislativo y el contenido de las normas: “La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y mate-

131 Véase Luigi Ferrajoli, “Juicios sobre la vigencia y juicios sobre la validez. Dos aporías teóricas: la valoratividad y la discrecionalidad de los juicios de validez”, en *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 2005, 7a. ed. p. 874-876; y José Luis Serrano, *Validez y vigencia, la aportación garantista a la teoría de la norma jurídica*, Madrid, Trotta, 1999.

rialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución”.¹³²

Es evidente, entonces, que el paradigma del estado constitucional, en el que se vincula y limita a todo poder, incluso al legislativo y al judicial ordinario, se encuentra plasmado en la Constitución de 2008.

	estado legal	estado constitucional
Quienes	Constitución define autoridad	Además Corte Constitucional
Cómo	Procedimientos formalidad	Procedimiento garantía sustancia
Qué	Discrecionalidad legislador	Derechos vinculan poderes estado

132 Constitución, Art. 84.

4. Del estado de derecho al estado de derechos

Una lectura ligera y rápida sobre el “estado de derechos” nos llevaría a pensar que hubo un error de codificación en el texto constitucional: “Se les fue una ‘s’”. No existe en el derecho constitucional comparado estado alguno que cualifique al estado como de *derechos*. La otra lectura podría conducirnos a pensar que los constituyentes ecuatorianos no tienen idea de derecho constitucional y que se han inventado un calificativo que no existe en la teoría: todos los estados tienen que ser de *derecho*. Así como hace cincuenta años fue una insensatez pensar que existía un modelo denominado estado social de derecho o estado constitucional de derecho, ahora nos puede resultar incómodo que un estado sea estado de *derechos*. Intentaremos justificar y dar sentido al calificativo novedoso.

Si hiciéramos un esquema de la evolución histórica del estado, en relación al derecho, tendríamos tres modelos: el estado sobre el derecho (estado absoluto), el estado de derecho, el estado de derechos. En el estado absoluto, el derecho está sometido al poder; en el estado de

derecho, el poder está sometido al derecho bajo dos modalidades. En la una, el derecho es entendido exclusivamente como la ley; en la otra, el derecho tiene una concepción más amplia y se la podría entender como el sistema jurídico formal o como el sometimiento a la Constitución, que es lo que Luigi Ferrajoli llamaría “estricta legalidad”. En el estado de derechos, finalmente, todo poder, público y privado, está sometido a los derechos.

Si analizamos desde el referente de poder, en el estado absoluto, quien ostenta el poder es la autoridad, que somete al sistema jurídico a su voluntad. En el estado legislativo de derecho, el parlamento es quien somete, a través de la ley, al estado. En el estado constitucional de derecho, la asamblea constituyente somete a través de la Constitución a todos los poderes constituidos. Finalmente, en el estado de derechos, los derechos, que son creaciones y reivindicaciones históricas, anteriores y superiores al estado, someten y limitan a todos los poderes incluso al constituyente; en este último caso, diríamos que la parte dogmática tiene una relación de importancia superior a la orgánica, y que incluso prima en importancia en el texto jurídico al establecer el fin y al instrumentalizar para su efectivo cumplimiento a los órganos estatales.

	estado sobre derecho	estado de derecho legal	estado de derecho constitucional	estado de derecho
estado	Somete a derecho	Ley somete a estado	Constitución somete a estado	Derechos someten a estado
poder referente	Autoridad	Parlamento	Constituyente	Personas y pueblos

El estado de derechos nos remite a una comprensión nueva del estado desde dos perspectivas: (1) la pluralidad jurídica y (2) la importancia de los derechos reconocidos en la Constitución para la organización del estado.

1. La pluralidad jurídica

En el estado de derecho, el único sistema jurídico que existe y se reputa válido es el formal estatal. En consecuencia, la única fuente del derecho, en el estado legislativo o estado de derecho, es la ley. Todas las fuentes restantes, y los sistemas jurídicos de las que brotan, son auxiliares, que sirven para desentrañar el sentido y el contenido de la ley, o que no existen y, por tanto, no deben ser considerados.¹³³ El parlamento se reserva para sí la iniciativa, la producción, la interpretación y la derogación de la ley.¹³⁴ En la comprensión formal de ley, por supuesto, se entiende todo el sistema jurídico incluso la Constitución. En el estado constitu-

133 Código Civil, Título Preliminar, Art. 2.

134 Constitución Política del Ecuador de 1998, Art. 130.5; Código Civil, Art. 3.

cional de derechos, en cambio, los sistemas jurídicos y las fuentes se diversifican: (1) la autoridad que ejerce competencia constitucional crea normas con carácter de ley (precedentes nacionales), (2) las instancias internacionales dictan sentencias que también son generales y obligatorias (precedentes internacionales), (3) el ejecutivo emite políticas públicas que tienen fuerza de ley por ser actos administrativos con carácter general y obligatorio, (4) las comunidades indígenas tienen normas, procedimientos y soluciones a conflictos con carácter de sentencia y, finalmente, (5) la moral tiene relevancia en la comprensión de textos jurídicos. En suma, el sistema formal no es el único derecho y la ley ha perdido la cualidad de ser la única fuente del derecho. Lo que vivimos, en términos jurídicos, es una pluralidad jurídica.

1. El juez, en un estado constitucional, no puede ser solamente “boca de la ley”. El juez tiene que aplicar principios que constan en la Constitución y convertirse en “cerebro y boca de la Constitución”. Nos explicamos. En el sistema legislativo de derecho, y como concretización del principio de seguridad jurídica, la forma de las normas era lo que se conoce ahora como *regla*. La regla es lo que Ferrajoli¹³⁵ denominaría *norma hipotética*. Una norma hipotética tiene tres elementos: una condición o hipóte-

135 Luigi Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001, p. 19-35.

sis de hecho, un vínculo causa-efecto, y una obligación. La formulación sería algo así: si p entonces q ($p \rightarrow q$). Todas las normas del derecho civil y del derecho penal pueden reducirse a esta formulación. Por ejemplo, si x muere entonces y , que es legítimo sucesor, hereda; si a mata a b , entonces a cumplirá doce años de cárcel. La hipótesis de hecho debe cumplirse en la realidad; si esto sucede solo cuando un juez puede imputar el hecho a una persona y subsumirlo en una regla, se producirá la consecuencia prevista en el sistema jurídico. Las reglas se condensan en un código sustantivo que impide que el juez haga algo más allá de lo previsto en el texto jurídico. La ley, en todo el territorio nacional, dice qué es lo que debe hacer el estado, qué es lo que no deben hacer las personas y qué es lo que debe aplicar el juez. Esto es la seguridad jurídica: las conductas obligadas, permitidas y prohibidas están predeterminadas y las personas saben a qué atenerse. De lo contrario, de existir otras fuentes del derecho, se provocaría un sistema inseguro y arbitrario. No conviene, por tanto, admitir otras fuentes del derecho porque generaría caos y confusión.

Sin embargo, el sistema jurídico en este mundo contemporáneo y globalizado ya no puede basarse en reglas para solucionar todas las relaciones jurídicas ni tampoco puede prever todas las situaciones en las que se violarían los derechos. El sistema jurídico basado en *reglas* o normas hipotéticas, ya no es suficiente ni tampoco es la mejor herramienta para garantizar la

seguridad jurídica. G. Zagrebeltzki ha sostenido que la seguridad de los liberales podría ser la inseguridad de la mayoría de las personas.¹³⁶ Por ello, se ha visto necesario establecer principios. Los principios, según la terminología de L. Ferrajoli, se denominan *normas téticas*. La norma tética, como brevemente hemos descrito antes, no tiene hipótesis de hecho, no tiene el vínculo causa-efecto y tampoco tiene una obligación concreta. La norma tética o principio no se puede (o no se debería) aplicar de forma automática en una sentencia o resolución; la norma tética requiere convertirse, en el caso concreto, en una regla a través de un proceso complejo de argumentación jurídica. La norma tética tendría una forma tipo z , y el juez, inspirado en z debe, en el caso, crear una norma del tipo x entonces y . Muchas normas relacionadas con derechos humanos tienen la forma de norma tética. Dado que los derechos son normas aplicables, el juez no puede sino crear derecho al aplicar el principio. La realidad es anterior a la hipótesis de hecho y a la obligación. Se trastoca, de este modo, el concepto de seguridad basado en el principio de legalidad. En adelante, los casos que tengan los elementos de la regla creada por juez constitucional deben ser aplicados consistentemente y de forma obligatoria

136 La obra que conviene estudiar y que plantea, desde una justificación histórica, filosófica y jurídica, el paradigma distinto de concebir la seguridad jurídica lo encontramos en G. Zagrebelsky, *op. cit.*

por los jueces y otras autoridades del estado (precedente). El principio que inspira la creación de normas hipotéticas en los casos concretos es el de constitucionalidad o también conocido en la doctrina como “estricta legalidad”.

2. Las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (la Corte) son de imperativo cumplimiento en Ecuador. El país, al ratificar la Convención Americana de Derechos Humanos, se comprometió no solo a cumplir las normas y los derechos que constan en la Convención, sino también a cumplir las sentencias que emanan del órgano que controla el cumplimiento de las obligaciones del estado que emanan de dicho instrumento. La Corte interpreta, con carácter obligatorio, el contenido de la Convención. Por citar un ejemplo, en el caso *Awas Tingni*, que trata sobre la pugna de recursos naturales en una comunidad indígena en Nicaragua; por un lado, el estado sostuvo que tiene derecho a explotar los recursos naturales y la comunidad que tiene derecho a la propiedad ancestral de donde habitan. En el caso, entre otros derechos, la Corte entendió que el derecho a la propiedad tiene dimensiones colectivas.¹³⁷ El estado de Nicaragua, que tenía una comprensión individual y positivista del concepto de propiedad, tuvo que admitir, por una

137 Corte IDH, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) *Awas Tingni Vs. Nicaragua*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2001, Serie C, No. 79.

sentencia emanada por un órgano ajeno al sistema nacional de justicia, que la propiedad puede tener una comprensión colectiva y basada en el derecho consuetudinario de la comunidad indígena y en el derecho internacional de los derechos humanos (Convención N. 169 de la OIT). En otras palabras, el sistema jurídico internacional es parte del derecho interno, y las normas son creadas por órganos distintos al legislativo nacional y aplicado por órganos judiciales distintos a la función judicial nacional.

Lo dicho sobre el sistema interamericano de protección de derechos humanos, podría predicarse de otros sistemas jurídicos internacionales, tales como el sistema andino de integración, el sistema internacional de Naciones Unidas y demás obligaciones internacionales en las que el estado se ha comprometido a cumplir.

3. La concepción liberal del estado implicaba que, en la división de poderes, el ejecutivo solo podía hacer lo que estaba prescrito en la ley y, en el ámbito privado, como ha quedado enunciado, las personas no podían hacer sino lo que estaba expresamente prohibido. En el estado constitucional, en cambio, los órganos públicos y el ejecutivo, en particular, definen y ejecutan lo que se denomina políticas públicas. Las políticas públicas, que se materializan en planes, programas y proyectos, definen objetivos, actividades, destinatarios, recursos, responsables y cronogramas. En las políticas públicas se manejan márgenes de discrecionalidad que no están

expresamente determinadas en la ley. La ley ya no establece mandatos concretos sino parámetros de actuación. Dentro de esos parámetros y márgenes de discrecionalidad, el ejecutivo toma decisiones que tienen características propias de la ley. Una política pública, al igual que la ley, es de carácter general y de cumplimiento obligatorio. En otras palabras, el órgano ejecutivo crea normas jurídicas. Por ello, los actos administrativos y las políticas públicas también tienen que sujetarse a los parámetros constitucionales y están sujetos a control constitucional. Por este poder del ejecutivo se podría pensar que existe una crisis del principio de legalidad. En suma, “el poder ejecutivo asume mayor participación en la concretización de la normatividad frente a la modificación del contorno de los principios de legalidad y tipicidad”.¹³⁸

4. El derecho indígena siempre ha existido y siempre se ha aplicado en el Ecuador. El derecho indígena, como cualquier sistema jurídico, está compuesto por principios, normas, procedimientos, autoridades legitimadas para aplicarlo y formas de ejecución. Preguntémos, en comunidades indígenas que no han sido asimiladas al derecho dominante, cuál es la

138 Ricardo Lobo Torres, “Legalidad tributaria y armonía entre los poderes del Estado”, en Pasquale Pistone y Heleno Taveira Torres (coordinadores), *Estudios de Derecho Tributario Constitucional e Internacional. Homenaje latinoamericano a Víctor Uckmar*, Buenos Aires, Abaco-Rodolfo Depalma, 2005.

forma de heredar, de contraer matrimonio, de sancionar conductas que se consideran infracciones, de educar, de ejercer la salud, de cumplir obligaciones, de considerar la propiedad; sin duda alguna, la referencia no es el Código Civil ni el Código Penal, como tampoco intervienen las notarías, los jueces civiles, los jefes de registro civil; las personas y las comunidades indígenas no tienen una constitución, no hacen testamentos, no firman contratos, no expiden sentencias escritas. Las formas de validez y de vigencia del derecho indígena son distintas a la del derecho que emana del estado; entender esas formas de verificación de la existencia del derecho y las formas de coordinar con el derecho hegemónico, es una deuda del derecho occidental. El Ecuador, además, al reconocer la plurinacionalidad y la interculturalidad está expresamente reconociendo la pluralidad jurídica.¹³⁹ El derecho formal, pues, convive con el derecho propio de los pueblos y nacionalidades.

5. La Constitución introduce un sistema normativo que no tiene relación necesariamente con el derecho estatal (salvo el constitucional), regional, universal ni indígena: la equidad. Cuando trata sobre los jueces y las juezas de paz, la Constitución dispone que “resolverán en equidad”.¹⁴⁰ La equidad era una atribución que hace no mucho tiempo, en Ecuador, solo tenía

139 Constitución, Art. 1, 59.9 y 171.

140 Constitución, Art. 189.

la entonces Corte Suprema, que era órgano de cierre en lo judicial, y que denotaba que los magistrados y magistradas podían separarse de la letra de la ley cuando consideraban que, a través de su aplicación, se consagraba una injusticia. La equidad es considerada como una fuente material derecho, con igual o superior valor a la justicia y, efectivamente, restablece lo justo en la aplicación de la ley.¹⁴¹ ¿Pero de dónde brota la equidad o en dónde la encontramos materialmente? ¿Quizá en la moral?

Los jueces de paz son elegidos por la comunidad, no requieren ser profesionales del derecho ni en los conflictos que resuelven (individuales, comunitarios, vecinales y contravenciones) intervienen abogados. O sea, claramente el conocimiento del derecho formal no es necesario. Parecería que estas personas recurren a algo que muchos abogados y abogadas hemos perdido por tanto estudiar palabras de nuestra ciencia jurídica y es el “sentido común” de lo que se considera justo. Esta fuente del derecho, desvinculada de la ley y de los profesionales del derecho, no está exenta de problemas. ¿Qué sucederá si el juez o la jueza tienen una fuerte formación e influencia religiosa, conservadora, patriarcal, xenófoba...? No cabe duda que, en cualquier circunstancia, separarse de la ley

141 Ricardo Guibourg, “Fuentes de Derecho”, en Ernesto Garzón Valdéz y Francisco Laporta (editores), *El Derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, 2000, p. 191.

nunca significará separarse de la Constitución, que deberá ser el marco referencial para resolver conflictos que, tanto en el procedimiento como en la solución, violen derechos.

6. Sin ánimo de agotar las formas en que se manifiesta la pluralidad jurídica, quisiéramos comentar, brevemente, un aporte de la teoría neoconstitucionalista al análisis del derecho y la moral. H. Kelsen, de una manera rigurosa y también justificada, distinguió y separó el análisis del derecho y la moral.¹⁴² Kelsen concedió que el derecho y la moral son dos sistemas jurídicos, que tienen en común la forma de enunciar las normas y la necesidad de una autoridad para que impute la obligación de las normas; y distinguió la moral por el concepto de validez. Una norma jurídica es válida solo si el procedimiento es reglado y la autoridad encargada de emitirla también se justifica por la existencia de una norma previa. La existencia de una norma positiva y la autoridad encargada de aplicarla son verificables, mientras que la norma moral no. De esta forma, la histórica disputa entre positivismo y iusnaturalismo¹⁴³ tuvo nuevos parámetros de análisis. Con el neoconstitucio-

142 Hans Kelsen, “El derecho y la moral”, en *Teoría pura del Derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 2003, 4a. ed., p. 45-50.

143 El *iusnaturalismo* será entendido como el conjunto de normas que no emanan de una autoridad y procedimientos reconocidos por el estado. Es, además, una escuela de pensamiento jurídico que sustenta que las normas son anteriores al derecho escrito y que son su fuente de legitimación. Existen variaciones en el *iusnaturalismo* dependiendo de dónde emanan las normas (dios, razón, naturaleza humana y otros).

nalismo, el debate renace. Algunos autores, como García Figueroa,¹⁴⁴ sostienen que una constitución contemporánea, al introducir principios y valores fundamentales, como los derechos humanos, conjuga el iusnaturalismo y el positivismo. Por un lado, los principios son tan ambiguos que requieren interpretación moral y, por otro, los principios están positivizados; comprender el alcance de un derecho se lo hace a través de la argumentación jurídica que debe contener debates morales sobre el alcance del derecho, y en esto el iusnaturalismo racional aporta de manera determinante; además, solo se puede argumentar moralmente sobre normas reconocidas constitucionalmente, y en esto el positivismo contribuye al reconocimiento de las normas a través de lo que ahora se conoce como validez formal o vigencia. El derecho sin moral se consideraría restrictivo y la moral sin derecho inaplicable. Por ello, J. I. Serrano sostiene que “un sistema normativo y cognitivamente cerrado a los valores y los deseos sería un sistema jurídico muerto y capaz de matar la sociedad que la contenga”.¹⁴⁵

Por citar un ejemplo, el debate sobre la eutanasia o el aborto requiere de bases jurídicas y de interpretaciones morales. El derecho establece el derecho a la vida pero no agota todas

144 Ver Alfonso García Figueroa, “La teoría del Derecho en tiempos de constitucionalismo”, en Miguel Carbonell (editor), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003, p. 159-186.

145 J. L. Serrano, *op. cit.*, p. 118.

las posibilidades de su alcance. En el ejemplo sugerido, el derecho no precisa el cuándo termina ni el cuándo comienza la vida. Tampoco el derecho resuelve definitivamente el asunto de colisión de derechos entre la vida y la autodeterminación, la libertad y los derechos sexuales y reproductivos. Cabe en un sistema jurídico tanto la libertad para morir y recibir asistencia como la condena por asesinato en el mismo hecho; de igual modo, cabe el aborto como una forma de ejercicio del derecho a la autonomía y de la libertad para decidir cuántos hijos e hijas tener como cabe la penalización del aborto por la protección de la vida del neonato. Los derechos en juego se debaten en sede y en forma jurídica aún cuando mucho de los argumentos tenga relevancia moral. La moral se explicita en la argumentación jurídica y se pone en juego en la ponderación del derecho. Lo que no cabría es discusiones de carácter moral sin principios constitucionales y sin argumentaciones jurídicas. La relación de moral y estado la volveremos a retomar en el análisis del estado laico.

En conclusión, en lo que brevemente se ha descrito, hemos pretendido demostrar que actualmente existe pluralidad jurídica. Los sistemas jurídicos son múltiples, conviven a veces de forma no pacífica y, por tanto, se podría hablar con propiedad que el estado es de derechos.

2. La centralidad de los derechos en la Constitución

Otra explicación al predicado “estado de derechos” es que el fin del estado es el reconocimiento, promoción, garantía de los derechos constitucionalmente establecidos. La parte que se conoce como dogmática cobra protagonismo en relación a la parte orgánica y en relación al sistema jurídico. La parte orgánica debe adecuarse a cumplir los derechos y el sistema jurídico debe adecuarse a la parte dogmática de la Constitución. Por ello, no es casual que las garantías sean de políticas públicas, normativas y, en última instancia, judiciales.¹⁴⁶

Norberto Bobbio, en un célebre ensayo traducido como *La era de los derechos*, hace una aproximación interesante a los derechos humanos desde la filosofía de la historia.¹⁴⁷ Bobbio sostiene que la revolución de los derechos humanos es a la ciencia jurídica y política lo que la revolución copernicana fue a la ciencia física. Los derechos humanos, en relación al estado, invierten el punto de vista del análisis y la centralidad estado-persona. La era de los derechos

146 Constitución, Título III, Capítulo primero, de las garantías normativas, Capítulo segundo, de las garantías de políticas públicas y participación ciudadana y, Capítulo tercero, garantías jurisdiccionales (Arts. 84-94).

147 Norberto Bobbio, “La era de los derechos”, en *El tercero ausente*, Madrid, Cátedra, 1997, p. 154-173.

es un tiempo distinto a la era de las obligaciones. Lo importante no es el estado sino la persona, no son las obligaciones sino los derechos, no es el que tiene el poder de incidir en el comportamiento del otro sino el históricamente sometido. La relación, si nos permiten la metáfora, es como cuando una persona toma un taxi; en la era de las obligaciones el piloto decide el lugar a donde se dirigen, en la era de los derechos decide el pasajero. Así en las relaciones del estado. En la era de las obligaciones la autoridad estatal decide el destino de las personas, en la era de los derechos las personas gobernadas deciden sus propios destinos. Reconocer la centralidad de la persona o grupos de personas implica algunas consecuencias para la teoría. Desde el punto de vista metodológico, la sociedad y la política parten de las personas y no del estado; desde el punto de vista ontológico, se reconoce la autonomía de cada individuo o la autodeterminación de un pueblo; desde el punto de vista ético, la persona y los pueblos son entes morales e irreductibles.

En este sentido, decir que el estado es de derechos, significa que se está redefiniendo la centralidad de los derechos de las personas sobre el estado y sobre la ley. Si una persona se aproxima al tratamiento de los derechos en la Constitución de 2008, podrá apreciar que es un eje transversal que cruza no solo la parte de principios del estado, los derechos, sino también la parte orgánica, la participación, el régi-

men de desarrollo y hasta la finalidad de las fuerzas armadas.¹⁴⁸

Los derechos de las personas, los pueblos y la naturaleza, la justicia como resultado de las decisiones de los órganos públicos y de los particulares, la Constitución como parámetro de referencia y fuente de obligaciones, determinan la naturaleza del estado y de las relaciones sociales y políticas.

El estado de derecho se caracterizó, aunque suene tautológico, por el sometimiento a un derecho entendido como el conjunto de normas válidas formalmente incorporadas al sistema jurídico. La referencia para la comprensión del fenómeno político y jurídico fue el derecho. El derecho se basta a sí mismo: por el derecho se crea el derecho, por el derecho se entiende e interpreta el derecho, por el derecho se pretende solucionar los problemas que se producen en la vida real. El derecho, en suma, es autónomo, no requiere del auxilio de otras ciencias para su comprensión ni siquiera de la realidad para su aplicación. Sobra decir que la comprensión del derecho se restringe a la ley y, por tanto, a la producción legislativa. Por su parte, el estado es el destinatario principal del

148 Véase, sobre los derechos, un análisis global y más profundo en Marco Aparicio Wilhelmi, “Los derechos en la nueva Constitución del Ecuador: herramientas para una sociedad inclusiva”, en R. Ávila Santamaría, A. Grijalva y R. Martínez (editores), *op. cit.*

derecho, ya como estructura, ya como garante de las relaciones jurídicas de las personas. El estado es el último obligado y es el ente que tiene exclusivamente el monopolio de la fuerza y de ahí los vínculos y límites que imponen los derechos. La frase que resume esta forma de entender el derecho es *lex dura lex*. La ley, mientras está vigente, debe cumplirse, aún cuando se piense que el resultado en la realidad es una injusticia. El cambio de paradigma nos plantea otra pregunta en relación al objetivo del estado y su relación con el sistema jurídico.

	estado de derecho	estado de derechos
Sistema jurídico	Uno	Pluralidad/varios
Derechos	Definición legislativa	Reconocimiento constitucional
Fuente	Estatal	Estatal/Supraestatal/ no estatal

Por qué

En el estado de derechos los puntos de referencia y análisis cambian profundamente. Por un lado, (1) el estado está sometido a los derechos, (2) el derecho del que de éste emana están sometidos a los derechos de las personas y las colectividades. Por otro lado, (3) el punto de referencia ya no es exclusivamente el estado sino el poder. Todo poder que pueda vulnerar o vulnere los derechos humanos está limitado y vinculado por los derechos. Esto es lo que Alexy

llama el “efecto de irradiación”.¹⁴⁹ Todo poder, público o privado, está sometido a los derechos. Finalmente, para reforzar la idea de que los derechos están por sobre el estado, el derecho y cualquier poder, se desarrollan de manera integral las (4) garantías.

Veamos cómo se manifiesta esta afirmación en el texto constitucional de 2008.

1. El estado sometido a los derechos:

1. Es deber primordial del estado garantizar el efectivo goce de los derechos.¹⁵⁰
2. El más alto deber del estado es respetar y hacer respetar los derechos.¹⁵¹
3. La participación en todo asunto de interés público es un derecho.¹⁵²
4. La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa no pueden atentar contra los derechos.¹⁵³
5. La formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas, cuya rectoría la tiene el ejecutivo,¹⁵⁴ garantizan derechos.¹⁵⁵

149 Robert Alexy, “Efecto en terceros o efecto horizontal”, en *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 506-524.

150 Constitución, Art. 3 (1).

151 Constitución, Art. 11 (9).

152 Constitución, Art. 95.

153 Constitución, Art. 84.

154 Constitución, Art. 141.

155 Constitución, Art. 85.

6. Los jueces y juezas administran justicia con sujeción a los derechos.¹⁵⁶
7. La función de transparencia y control social protegerá el ejercicio y cumplimiento de los derechos.¹⁵⁷
8. La función electoral garantiza los derechos de participación política.¹⁵⁸

Toda función del estado, en suma, está vinculada y sometida a los derechos. Podríamos seguir con la enumeración y afirmar que esta relación de sometimiento a los derechos se repite en la administración pública,¹⁵⁹ en el modelo de desarrollo,¹⁶⁰ en el sistema económico,¹⁶¹ en la deuda externa,¹⁶² en la formulación del presupuesto del estado,¹⁶³ en el sistema financiero,¹⁶⁴ en los sectores estratégicos, en la inversión,¹⁶⁵ en la producción.¹⁶⁶

2. El derecho sometido a los derechos: esto quiere decir que todos nuestros representantes parlamentarios y todo funcionario con potestad normativa no tienen libertad para configurar la ley y otras normas jurídicas, sino que

156 Constitución, Art. 172.

157 Constitución, Art. 204.

158 Constitución, Art. 217.

159 Constitución, Art. 226.

160 Constitución, Art. 275.

161 Constitución, Art. 233.

162 Constitución, Art. 290 (2).

163 Constitución, Art. 298.

164 Constitución, Art. 358.

165 Constitución, Art. 339.

166 Constitución, Art. 319.

están estrechamente vinculados por los derechos. Los derechos se entienden y se interpretan a partir de la realidad en la que ocurren las violaciones o restricciones a su ejercicio. Luego, el derecho, incluyendo a los derechos, no puede ser autónomo sino que es reflexivo y se entiende gracias al auxilio de otras ciencias.

1. En ningún caso las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos.¹⁶⁷
2. La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra norma.¹⁶⁸
3. Los derechos son de inmediato cumplimiento y aplicación por parte de cualquier autoridad pública.¹⁶⁹

3. Todo poder sometido a los derechos: el estado no es ya el destinatario exclusivo de las obligaciones sino cualquier ente, persona o colectividad que está en relación de poder con otra. Es lo que en la doctrina se denomina el “efecto horizontal”. Si hay una relación jurídica en la que una de las partes está en situación de sumisión o subordinación y esto genera violación de derechos, existe la posibilidad de controlar ese poder. En la Constitución se permite, con absoluta claridad, la posibilidad de plantear una acción de protección de derechos en contra de particulares, no solo cuando actúa por dele-

167 Constitución, Art. 84.

168 Constitución, Art. 424.

169 Constitución, Art. 426.

gación o aquiescencia del estado, o cuando provoca un daño a un derecho colectivo, sino en cualquier posibilidad en la que se violen derechos fundamentales.¹⁷⁰

4. Todo el estado es garante de los derechos: la Constitución ecuatoriana supera la visión reduccionista de que solo las garantías son jurisdiccionales y, entre éstas, que son cautelares o residuales. La Constitución de 2008 asume que las funciones normativas, políticas y jurisdiccionales son garantías para viabilizar, promover y respetar el ejercicio de derechos de las personas. En este sentido, las garantías incluso dejan de ser un solo capítulo de la Constitución sino que se extienden a todo el texto constitucional.¹⁷¹ Las garantías son, según la Constitución, de tres clases: las normativas, por las que todo ente público con facultades normativas, tiene el deber de respetar y de desarrollar los derechos de la parte dogmática,¹⁷² las garantías de políticas públicas, servicios públicos y participación ciudadana, por las que se debe a través de éstas también garantizar derechos y a través de la participación,¹⁷³ y las garantías jurisdiccionales, que son los mecanismos a través de los jueces para proteger integralmente los derechos.¹⁷⁴ En las ga-

170 Constitución, Art. 88.

171 Alberto Acosta, "El sentido de la refundación constitucional en tiempos de crisis", en *Tendencia*, No. 7, *op. cit.*, p. 15.

172 Constitución, Art. 84.

173 Constitución, Art. 85.

174 Constitución, Art. 86-94.

rantías jurisdiccionales existen algunas novedades importantes: se instaura a nivel constitucional un proceso de conocimiento que supera la limitada concepción de lo cautelar, el proceso es reparativo (y la reparación es integral, tanto material como inmaterial, de tal forma que se supera el concepto civilista de indemnizaciones y se recogen los avances del Derecho Internacional de los Derechos Humanos), y es contra cualquier persona, pública o privada, que ejerza poder (así se supera la tradicional concepción de que el estado es el único actor que puede violar derechos). De esta manera, todos los derechos están protegidos y por todas las instancias estatales, con garantía reforzada por el poder constitucional de los jueces y juezas.

Dónde

La pregunta que se relaciona con la otra forma de entender al estado de derechos tiene relación con las fuentes. La ley es la única y exclusiva fuente en el estado liberal y en este reinado legal se sustentaba la seguridad jurídica. Lo único malo de este reinado fue que se desconocieron, y por tanto se dejaron de considerar como objeto de la ciencia jurídica, otros órdenes normativos que nunca dejaron de existir y de producir eficacia en las relaciones humanas.

La pluralidad jurídica es, pues, la otra comprensión necesaria a la idea de “derechos”. La ley era la “reina” de las fuentes en el estado

liberal o legal de derecho. Comprensible desde cierta perspectiva histórica, cuando el estado nacional debía consolidarse a través de varios instrumentos, entre los más importantes la producción exclusiva del derecho. De esta forma, el derecho que no era reconocible desde el estado simplemente no era derecho.

El “monismo” de las fuentes generó la invisibilización de otras posibilidades de comprensión del derecho y, por tanto, de otras formas de hacer justicia. El estado constitucional reconoce varios derechos, además del producido por el parlamento: el derecho internacional, la jurisprudencia internacional, la jurisprudencia constitucional nacional, las políticas públicas, el derecho indígena y hasta la moral crítica, como ha quedado dicho.

El derecho internacional se encuentra “atravesado” a lo largo del texto constitucional, ya como fuente de los derechos¹⁷⁵ ya como jerarquía normativa.¹⁷⁶ No es cualquier derecho internacional sino aquel que tiene por objeto la protección de las personas y no las relaciones entre el estado u objetos de carácter patrimonial-comercial. La expresión invocada por la Constitución es la de los “instrumentos internacionales”. Intencionalmente el abanico de instrumentos se ha abierto. No se limita a los con-

175 Constitución, Art. 11 (7).

176 Constitución, Art. 424.

venios, que requieren firma, ratificación y depósito, sino a lo que se conoce en el derecho internacional como *soft law*, en cuya categoría se incluyen las declaraciones, las resoluciones de órganos de Naciones Unidas, las normas mínimas, las directrices, las observaciones generales, entre otras.

La jurisprudencia internacional es norma de cumplimiento obligatorio en el Ecuador y su ejecución puede ser demandada a través de la acción por incumplimiento, que textualmente determina que “tendrá por objeto garantizar [...] el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos”.¹⁷⁷ De igual modo que en los instrumentos internacionales, no es cualquier órgano internacional sino aquel que tiene competencia en derechos humanos; se excluyen, por tanto, los órganos que se refieren a materias comerciales o cuyo objeto no sea la protección de la persona.

La jurisprudencia nacional, como fuente del derecho, la encontramos en las atribuciones de la Corte Constitucional, cuando se dispone que “sus decisiones tendrán carácter vinculante”.¹⁷⁸ Las sentencias de la Corte Constitucional tienen efecto general y obligatorio para toda autoridad pública. Es de entender, porque no puede ser de otra manera cuando se aplican princi-

177 Constitución, Art. 93.

178 Constitución, Art. 436 (1).

pios como los de los derechos humanos, que los jueces, en sus casos, también generan jurisprudencia que les vinculan a ellos o ellas y a las partes en el conflicto jurídico.

Las políticas públicas generan también normas que tienen las características de leyes, en el sentido que son generales y de cumplimiento obligatorio. Un plan de acción, un proyecto, un programa, que tiene fondos públicos, tiene responsables, actividades concretas y formas de medir su ejecución.¹⁷⁹

El derecho indígena está expresamente reconocido como un sistema jurídico que tiene su dinámica propia, distinta a la justicia ordinaria, y que tiene procedimientos, autoridades, sentencias, ejecución.¹⁸⁰ El gran reto que tiene la justicia ordinaria es evitar ser racista, aprender a marcar la línea que separa al un sistema del otro, y aprender en cuestiones que son difíciles de abordar, tales como la oralidad, la confianza en la palabra, las sanciones que fortalecen el vínculo social.

Finalmente, la moral podría ser considerada una fuente más del derecho, si consideramos que los derechos humanos son valores reconocidos y acordados universalmente. No cualquier valor tiene que ser considerado por el derecho sino aquellos que están constitucionalizados.

179 Constitución, Art. 85.

180 Constitución, Art. 171.

zados. La moral nos importa en tanto introduce al derecho la valoración de la justicia y esto nos lleva al último punto de nuestra caracterización. En la Constitución existe una referencia expresa a reconocer derechos que no están reconocidos en el sistema jurídico positivo, cuando determina que “el reconocimiento de los derechos y garantías [...] no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento”.¹⁸¹ ¿Qué es la dignidad? Es una pregunta que nos lleva a la moral y a la filosofía para responderla.

	estado de derecho	estado de derechos
Estado y derecho/s	Estado crea Derecho	Derechos inspiran Derecho
Garante derechos	Estado	Todo poder público y privado
Relación otros derechos	Monismo	Pluralismo
Escuela jurídica	Positivismo	Iusnaturalismo y positivismo

181 Constitución, Art. 11 (7).

5. Del estado excluyente al estado de justicia

La justicia es un término polisémico; tiene tantos significados cuantas aplicaciones se puedan imaginar. Se puede decir, por ejemplo, que un sistema social es injusto, que un trato humano es injusto, que una expresión es injusta, que una sentencia es injusta y hasta que la vida misma es injusta. La teoría de la justicia, parte de la filosofía del derecho, tiene la tarea de distinguir todas las aplicaciones del término justicia. A nosotros, para intentar clarificarlo, nos interesa cuando la justicia se puede predicar (1) del derecho y (2) del estado, sin que esto signifique que el contenido del calificativo excluya o restrinja la comprensión, el desarrollo y la protección de (3) otras esferas de la justicia.

1. La justicia y el derecho

Hans Kelsen, en un magnífico ensayo intitulado *¿Qué es la justicia?*,¹⁸² hace un repaso sobre el desarrollo del pensamiento humano respecto de la justicia para concluir que resulta tan subjetivo definir la justicia, que su análisis

182 Hans Kelsen, *¿Qué es la justicia?*, México D.F., Fontamara, 2006.

no puede ser parte de la ciencia jurídica. Se podría afirmar, incluso, que invocando la justicia se ha justificado regímenes autoritarios y represivos; por citar algunos ejemplos, la justicia de los colonizadores españoles para exterminar a los “salvajes” indígenas, la justicia del régimen fascista para exterminar judíos, gitanos y homosexuales; la justicia del ku kux klan para exterminar afroamericanos, la justicia de los regímenes de seguridad nacional en el siglo XX para exterminar al enemigo interno (izquierdistas revolucionarios). En el extremo, existían causales en el iusnaturalismo para declarar una guerra como justa. Parecería, entonces, al menos desde el positivismo jurídico, que atribuir la categoría justicia al estado y a los derechos, en el texto constitucional, no tiene sentido. Desde esta perspectiva, que es la dominante, el análisis de la justicia, siendo importante, es ajeno o externo al derecho. Por la justicia, las personas pueden juzgar un sistema jurídico y político, pero no pueden imponer sus valoraciones. Por el derecho, en cambio, los juristas y los jueces deben abstenerse de hacer valoraciones de justicia y deben describir el derecho, los primeros, y aplicarlo, los segundos.

Sin embargo, pueden realizarse lecturas distintas. Una de ellas es la del filósofo del derecho C. S. Nino,¹⁸³ quien ha sostenido que las normas jurídicas están compuestas por tres elementos: (1) los principios, (2) los enunciados

183 C. S. Nino, *Ética y derechos humanos*, op. cit., p. 1-7.

lingüísticos (reglas) y (3) la valoración de justicia. Los tres planos de una norma deben ser consistentes.

1. Los principios son normas téticas, que establecen un mandato de maximización, normalmente constan en el plano constitucional y que tienen una estructura carente de hipótesis y de obligación concreta. Las normas que establecen derechos suelen expresarse en forma de principios. Por ejemplo, “las personas tienen derecho a una vivienda adecuada y digna”;¹⁸⁴ ésta es una norma tética porque le impone al estado una finalidad ideal, que nadie carezca de vivienda; es un mandato de maximización porque tiene pretensión universal, en cantidad, y en calidad debe ser adecuada a su contexto social y cultural y digna para desarrollar otros derechos; la norma no dice en qué circunstancias el estado debe proveer la vivienda, cuándo se viola el derecho ni tampoco la forma de obligarse.

2. El enunciado lingüístico es lo que se conoce como regla, que debe tener una hipótesis de hecho y una obligación. La regla debe guardar conformidad con los principios constitucionales y suele constar en el derecho ordinario o en la jurisprudencia. Del principio enunciado sobre la vivienda, por ejemplo, haríamos la siguiente regla: si una persona no tiene donde vivir, el estado le proveerá de un albergue; si el

184 Constitución, Art. 30.

estado construye una casa, ésta deberá tener ventilación y espacios recreativos. En estas normas existe ya una hipótesis de hecho y una obligación, y las reglas están conformes al principio del derecho a la vivienda digna y adecuada.

3. Finalmente, al aplicar el derecho, el resultado debe ser la realización de la justicia. Una regla es parte del sistema jurídico y el sistema no puede arrojar resultados injustos. Si se presenta el caso en el que una regla no es coherente con el principio, quien tiene autoridad para aplicar la regla debe buscar otra regla; si no existe la regla, entonces debe crearla. Si la regla es conforme con el principio, pero arroja un resultado injusto, se debe buscar otra regla y otro principio. Grafiquemos esta última hipótesis con un ejemplo. Cuando la Corte de Apelaciones de Argentina resolvió las excepciones preliminares en el caso Massera,¹⁸⁵ se enfrentó a un problema jurídico complicado. Se denunció que el señor Massera tenía responsabilidad por las muertes, torturas, desapariciones y alteraciones de identidad de miles de personas, años después de haber ocurrido los hechos. Por una lado, el acusado esgrimía una regla, la “prescripción” de la acción penal y el principio de *non bis in idem*, que tenía sustento en el

185 Cámara de lo Criminal y Correccional de Argentina, “Masera excepciones, sentencia del 9 de septiembre de 1999”, mimeo., compilación de documentos en derecho internacional de los derechos humanos, vol. II, Washington, American University, 2001, p. 871-883.

principio constitucional de la seguridad jurídica; por otro lado, las víctimas, esgrimían otro principio, la tutela efectiva de los derechos, que no tenía regla prevista en el ordenamiento jurídico argentino para el caso penal en concreto. Si el juez aplicaba el derecho invocado por Massera, el resultado era injusto; si el juez sostenía que no tenía regla para aplicar, el resultado también era injusto. En el caso, el juez, invocando derecho penal internacional, construyó una regla y determinó que la justicia del derecho positivo era tan injusta que tenía que aplicar otro derecho. El señor Massera, al final, fue condenado. Este ejemplo nos sirve para demostrar que el análisis de la justicia, desde una perspectiva neoconstitucional, es parte del derecho y por tanto el análisis de la justicia se lo hace desde lo interno.

Conviene, en este punto, recordar la distinción entre la vigencia y la validez de las normas jurídicas.¹⁸⁶ La vigencia tiene relación con la producción formal de la norma, esto es que haya sido elaborado por una autoridad competente y de acuerdo al procedimiento también establecido por una norma; la validez tiene relación con el contenido de la norma. La vigencia se verifica al responder las preguntas *quién* y *cómo*; la validez al responder *qué*. Una norma

186 Véase Luigi Ferrajoli, “Juicios sobre la vigencia y juicios sobre la validez. Dos aporías teóricas: la valoratividad y la discrecionalidad de los juicios de validez”, en *Derecho y razón...*, *op. cit.*, p. 874-876.

puede estar vigente y sin embargo ser inválida. Está vigente si ha cumplido con las formalidades y esto se puede verificar empíricamente; es válida si ha cumplido con el contenido sustancial del programa constitucional y esto requiere un ejercicio valorativo. Siguiendo la idea de Nino, la regla solo deberá ser observada si es consistente con el principio.

En el debate sobre vigencia y validez, que hemos ligeramente esbozado con anterioridad, la palabra validez no solo tiene que ver con la coherencia entre regla y principio, sino también con la justicia. Hay que procurar evitar caer en reduccionismos. Uno de ellos es el iusnaturalismo, por el que una norma es válida solo si es justa; otro es el legalismo, por el que si la norma está vigente se debe presumir la justicia. Desde la teoría garantista, José Luis Serrano sostiene que el juicio de validez tiene semejanzas con el juicio de justicia: ambos son valorativos y requieren de argumentación jurídica para determinar el grado de eficacia. “La teoría del derecho, al menos en su versión garantista, asume, debate y comparte con otras disciplinas los problemas de la justicia y el pacto constituyente”.¹⁸⁷ La teoría del derecho, la sociología y la teoría de la justicia, ya no deben ser disciplinas separadas y cerradas, todas se funden y se retroalimentan para alterar la realidad desde la aplicación de la Constitución.

187 J. L. Serrano, *op. cit.*, p. 57.

En otras palabras, una norma y un sistema jurídico debe contener tres elementos para su cabal comprensión: descriptivo, que es el único que ha sido considerado por la ciencia jurídica tradicional (la regla o enunciado lingüístico), prescriptivo (los principios y, entre ellos, los derechos humanos), y valorativo o axiológico (la justicia). Sin uno de estos tres elementos, el análisis constitucional del derecho sería incompleto e inconveniente. Se funden tres planos del análisis, el legal, el constitucional y el filosófico-moral, todos en conjunto para que la norma jurídica tenga impacto en la realidad (eficacia del derecho).

Pongamos otro ejemplo relacionado con el derecho a la vivienda y la propiedad. Los principios dicen (a) que todas las personas tienen derecho a la propiedad y (b) que todas las personas tienen derecho a la vivienda. La regla dice que si X arrienda a Y un predio con fines habitacionales, pero Y destina la habitación para otros fines de carácter comercial, entonces Y deberá dejar el espacio físico. Imaginemos una situación hipotética. Y tiene un hijo con una enfermedad catastrófica, y por cuidarlo ha sido despedido del trabajo; el poco dinero que tiene lo destina para atender a la persona enferma, no puede pagar el arriendo sino es estableciendo un negocio de comida rápida. X acude ante un juez, invoca la regla; el juez verifica que la regla es conforme el principio constitucional (a) y ordena que Y deje el espacio físico. La resolución del juez, conforme al derecho, gene-

ra sin duda un resultado injusto. Si bien se rompe un contrato que afecta a la propiedad de *X*; también sucede que *Y* entra en un estado de necesidad que podría no solo afectar su vivienda sino la sobrevivencia de *Y* y su hijo. En este caso, se puede apreciar que la consideración de la justicia es importante. El juez debe conciliar el principio de propiedad y el de la vivienda y crear una nueva regla que satisfaga la justicia. Podría, por ejemplo, limitar temporalmente la propiedad de *X*, cambiar el contrato, subsidiar el estado a *X*, conseguir otra vivienda para *Y*, conseguir un servicio de cuidado para el hijo de *Y*, brindar una oportunidad laboral para *Y*... en fin, podría establecer una o varias de las obligaciones enunciadas. Ahora supongamos el otro extremo, que *Y* es una persona soltera, sin cargas familiares, trabaja y que gasta su dinero en bienes suntuarios, y que *X* es una persona anciana que tiene como única fuente de ingreso el arriendo de su departamento. Si *Y* no paga, *X* entra en un estado de necesidad. En este caso, *X* al acudir al juez esgrimiendo la regla, que está conforme con los principios, el resultado previsto por la regla es también un resultado justo.

Este ejemplo, que hemos graficado en términos individuales, también podría recrearse en términos colectivos, cuando se trata de políticas públicas de vacunación, acceso a la educación, alimentación escolar. La autoridad competente debe verificar que sus decisiones (reglas) guarden conformidad en el plano normativo con los principios y, en el plano axioló-

gico, con la justicia. Si las políticas no guardan conformidad con los principios y con la justicia, estarán sujetas a control constitucional.

En suma, la invocación del estado a la justicia no significa otra cosa que el resultado del quehacer estatal, al estar condicionado por la Constitución y los derechos en ella reconocidos, tanto en los casos concretos como en lo concerniente a una organización social y política justa, que es lo que nos corresponde analizar.

	estado excluyente	estado justo
Relación justicia	Jus. irrelevante	Jus. fin del derecho
Ciencia jurídica	Jus. no objeto Derecho	Jus. parte de la norma
Validez	Formal	Formal y sustancial
Aplicación	<i>Lex dura lex</i>	Ley se aplica si justa

2. La justicia y el estado

“No es fácil creer en la ley en América Latina. No es fácil hacerlo cuando ella convive tranquila –y a veces sin inmutarse siquiera– con situaciones de desigualdad, exclusión y pobreza que poco tienen que ver con la igualdad, la libertad y la dignidad de los seres humanos y menos aún con la generalidad de la ley”.¹⁸⁸

La justicia, en este contexto, tiene que ver con la finalidad que debe cumplir el estado y el

188 Alberto Binder, “Entre la democracia y la exclusión: la lucha por la legalidad en una sociedad desigual”, en *Justicia Penal y Estado de Derecho*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2004, 2a. ed., p. 297.

resultado que debe obtener. La pregunta que surge es “para qué” existe el estado. Cuando cumpla sus fines, el estado tendrá legitimidad desde esta perspectiva normativa.

Para qué

El término justicia será abordado en este acápite desde la organización social. Tenemos varios paradigmas para tratar el tema, que los enunciaremos brevemente en el siguiente segmento. Seguimos la concepción de Thomas Pogge en cuanto a la caracterización de una sociedad injusta,¹⁸⁹ en la que se presentan las siguientes situaciones:

1. Los peor situados están peor absolutamente.
2. Los peor situados están peor que otros.
3. Los mejor situados no se pueden imaginar la situación de los peor situados y por lo tanto existe un gran nivel de insensibilidad de los primeros en relación con los segundos.¹⁹⁰
4. La situación de los peor situados es generalizable en la población y en la mayoría de los aspectos de la vida.

189 En adelante usaré la lectura de Pogge sobre la teoría de la justicia de Rawls, en Thomas Pogge, “Propuesta para un dividiendo sobre recursos globales”, en *Sur. Revista internacional de derechos humanos*, año 4, No. 6, Sao Paulo, Red Universitaria de Derechos Humanos, 2007, p. 145-169.

190 Véase, sobre este punto, el profundo ensayo de Oscar Vilena Vieira, “Desigualdad y Estado de Derecho”, *ibid.*, p. 40-51.

5. Los mejor situados pueden mejorar las circunstancias de los peor situados. La sociedad que genera injusticia, por tanto, es evitable.
6. Los mejor situados modelan, según sus intereses, el orden social y político y lo imponen a los peor situados. Existe una red global institucional estatal para mantener el sistema (educación, comercio, diplomacia, medios de comunicación y fuerza policial y militar).
7. El orden social e institucional reproduce la desigualdad. A menos que se justifique que es el mejor ordenamiento de todos los posibles, carece de legitimidad.
8. Puede existir otro orden social y político.
9. La desigualdad no es atribuible a factores extra sociales. Si los peor situados se los pone en otro contexto geográfico, político y social, no serían pobres.
10. Solo los mejor situados disfrutan de las ventajas de la explotación, uso e intercambio de los recursos. Los peor situados están excluidos sin compensación. Los pobres comparten las cargas de la degradación de la explotación de los recursos naturales. El uso de ellos es unilateral por parte de los mejor situados y se generan élites globales y locales.

Si nosotros ponemos cifras a estas consideraciones, sin duda podríamos describir a cualquier país de la región o al mismo Ecuador: pocos ricos que acumulan poder económico y político en desmedro de muchos pobres, despo-

seídos y sometidos. En suma, esta sociedad que produce desigualdad, peor y mejores situados, es una sociedad injusta. Ante esta realidad, podrían caracterizarse dos modelos, uno libertario y otro igualitario. El primero descansa en las libertades individuales, en la competencia y en la auto regulación del mercado. El igualitario, por el contrario, se sustenta en los derechos sociales y las libertades, en la solidaridad y en el rol regulador del mercado por parte del estado.

La Constitución de 2008 asume con vigor el modelo igualitarista, que se basa en la solidaridad, en la protección de los menos favorecidos o peor situados y en un estado que no puede ser sino fuerte. Se entiende, en este modelo, que la gran mayoría de derechos, en su manifestación prestacional, no serían satisfechos por la iniciativa privada dado que no son rentables. Veamos algunos enunciados:

- Un principio fundamental del estado es “la distribución equitativa de los recursos y la riqueza”.¹⁹¹
- El estado adoptará medidas que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.¹⁹²

191 Constitución, Título I, Capítulo primero, Art. 3 (5).

192 Constitución, Art. 11 (2).

- La política económica tiene como objetivo, entre otros, asegurar la distribución del ingreso y la riqueza nacional.¹⁹³
- La política fiscal tiene como objetivos, entre otros, la redistribución del ingreso por medio de transferencias, tributos y subsidios adecuados.¹⁹⁴
- El desarrollo de políticas para erradicar la desigualdad y discriminación hacia las mujeres productoras.¹⁹⁵
- La elaboración de una política comercial que contribuya a reducir las desigualdades internas.¹⁹⁶
- El sector financiero tiene como finalidad la prestación sustentable, eficiente, accesible y equitativa de servicios financieros. El crédito se orientará de manera preferente a los grupos menos favorecidos.¹⁹⁷
- El estado dispondrá que los precios y tarifas de los servicios públicos sean equitativos.¹⁹⁸
- El estado garantiza igualdad de derechos y oportunidades en el acceso a la propiedad.¹⁹⁹
- El estado evitará el acaparamiento o la concentración de factores y recursos productivos, promoverá su redistribución y eliminará privilegios o desigualdades en el acceso a ellos.²⁰⁰

193 Constitución, Art. 284 (1).

194 Constitución, Art. 285 (1).

195 Constitución, Art.334 (2).

196 Constitución, Art. 304 (4).

197 Constitución, Art. 310.

198 Constitución, Art. 314.

199 Constitución, Art. 324.

200 Constitución, Art. 334 (1).

- El estado generará condiciones de protección integral que aseguren la igualdad en la diversidad y no discriminación, y priorizará su acción hacia aquellos grupos que requieran consideración especial por la persistencia de desigualdades, exclusión, discriminación o violencia.²⁰¹
- La distribución de los recursos destinados a la educación pública se regirá por criterios de equidad social, poblacional y territorial.²⁰²

El orden social que propone la Constitución es uno en el que se pretende alterar el sistema que crea y reproduce una sociedad y un estado en el que hay élites, los mejor situados, y la gran mayoría, que son los peor situados. En esta lógica, la Constitución no es libertaria sino evidentemente igualitarista y promueve una distribución de bienes y chances sociales.

	estado excluyente	estado justo
Organización social	Excluyente	Inclusiva
Derechos	Privilegio	Universales
Estructura	Peor y mejor situados	Igualdad material
Resultado	Discriminación	Equidad

201 Constitución, Art. 334.

202 Constitución, Art. 348.

3. El estado y las “otras” justicias

Restringir las concepciones de justicia a las que se relacionan a la solución de conflictos con relevancia jurídica y a la justicia distributiva, sería cerrar el espacio de comprensión a las múltiples formas de dolor humano. En este acápite recogemos los aportes de algunos pensadores y filósofos que amplían el espectro de lo que debe abarcar la palabra justicia.

Micheal Walzer, en un libro que pretende defender la existencia del pluralismo y la igualdad,²⁰³ en base la idea de dominio y jerarquías en las esferas de existencia, plantea una teoría y un modelo organizacional para distribuir los bienes y los chances sociales, al que él llama justicia por oposición a la tiranía. Para Walzer la imperiosa necesidad de distribución no se restringe solo a los bienes materiales o económicos, sino al acceso (a veces como derecho y otras como obligación) a todas las esferas de la vida, tales como a la calidad de miembro de una comunidad, a la seguridad y bienestar, a las relaciones laborales y productivas, a los trabajos duros y no deseados (incluso los trabajos “sucios”), al tiempo libre y al descanso, a la educación, a la familia y al amor, a los bienes relacionados con la espiritualidad, al reconocimiento positivo y negativo (castigo) y al poder político. La complejidad de lograr un sistema justo que

203 Michael Walzer, *Spheres of Justice. A defence of Pluralism and Equality*, Nueva York, 1983.

combata la dominación de la tiranía política y del dinero, requiere mucha coordinación y participación social, armonía de las esferas y no autonomía o prevalencia de una de ellas. El secreto del estado justo es gobernar sin dominar.

John Rawls es sin duda uno de los pensadores más importantes en términos de justicia. Nadie como él ha denunciado lo inadecuado del pensamiento utilitario que ha dominado la concepción de justicia en el estado moderno y la necesidad de establecer las bases para una organización social justa. Gargarella hace una excelente exposición de la teoría de Rawls y sintetiza los aportes y las críticas desde una perspectiva liberal y comunitarista.²⁰⁴ René Ramírez sostiene que la teoría de Rawls tiene varios problemas.²⁰⁵ De ellos destaco dos, que tienen que ver con lo que hemos venido tratando: se enmarca en el ámbito nacional (por tanto es modernista) y no tiene consideración alguna a la naturaleza; es decir, no considera el marco global y la economía extractivista que son elementos importantes de la crisis del estado y del derecho.

Nancy Fraser,²⁰⁶ a quien ya hemos mencionado, considera que las demandas por justi-

204 Roberto Gargarella, *Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*, Barcelona, Paidós, 1999.

205 René Ramírez, "Socialismo del *sumak kawsay* o biosocialismo republicano", en SENPLADES (compilador), *op. cit.*, p. 153.

206 N. Fraser, *op. cit.*

cia se concentran en tres: distribución de bienes económicos (qué), reconocimiento de diferencias culturales (quiénes) y representación de las diversas voces en el ámbito político (cómo). Estas demandas han sido promovidas en distintas épocas y por múltiples movimientos sociales. Las tres demandas deben ser realizadas y las tres se complementan. La mala distribución es injusticia, el no reconocimiento es injusticia y la no participación es injusticia. De igual modo se produce injusticia si falta alguno de estos ámbitos: distribución sin representación ni reconocimiento; representación sin distribución ni reconocimiento; reconocimiento sin distribución ni representación. Estas esferas de justicia –y este es otro aporte importante de su pensamiento– deben producirse en varias escalas: local, nacional y global, que plantean retos importantes a la teoría crítica y cuyas respuestas, y configuración de un modelo global justo, está por desarrollarse.

	Liberal	Social	Cultural
Demandas	Representación	Distribución	Reconocimiento
Problema	Cómo	Qué	Quién
Movimientos	Libertarios	Trabajador/camp	Feminismo/ indigenismo
Época	Siglo XVIII/XXI	Primera mitad XX	Segunda mitad XX
CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR			

Podríamos seguir resumiendo las distintas acepciones de justicia, todas ellas dignas de

ser estudiadas para comprender la complejidad de su realización y el rol que debe tener el estado, pero baste con enunciarlas y seguir constando que este trabajo es apenas preliminar: justicia ecológica,²⁰⁷ justicia indígena,²⁰⁸ justicia cordial,²⁰⁹ justicia internacional y global, pluralidad de justicias (política, intergeneracional, socio-económica, tributaria),²¹⁰ justicia cognitiva, ontológica e histórica.²¹¹

207 Véase Eduardo Gudynas, *El mandato ecológico. Derechos de la naturaleza y políticas ambientales en la nueva Constitución*, Quito, Abya-Yala, 2009, p. 145.

208 Véase Jaime Vintimilla Saldaña, Milena Almeida y Remigia Saldaña, *Justicia comunitaria en los Andes: Perú y Ecuador. Derecho indígena, conflicto y justicia comunitaria en comunidades kichwas del Ecuador*, Lima, Instituto de Defensa Legal, 2007; Rudolf Huber y otros, *Hacia sistemas jurídicos plurales. Reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena*, México D.F., Konrad Adenauer Stiftung, 2008.

209 Véase Adela Cortina, *Justicia cordial*, Madrid, Trotta, 2010. Adela Cortina considera que la justicia es el núcleo central de la política, el derecho, la moral y la economía, orienta la acción humana y debe ser cordial y compasiva frente a lo injusto y al sufrimiento en general.

210 R. Ramírez, *op. cit.*, p. 63.

211 B. de Sousa Santos, “Enriquecer la democracia construyendo la plurinacionalidad”, cit. por B. de Sousa Santos, “Conciliar diversas formas organizativas”, *op. cit.*, 2010, p. 26.

6. Del estado liberal al estado social

El estado liberal clásico es el primer modelo de organización política que podría denominarse con propiedad como “estado de derecho”. En el contexto histórico en que surge en Europa, sin duda el estado liberal representó un avance frente a las monarquías absolutas. Luigi Ferrajoli sostiene que el estado liberal se sustentó en tres principios y que cumplió tres funciones.²¹²

Los principios que fundan el estado liberal son el de legalidad, por el que la ley sometía a todo poder público: el ejecutivo debía cumplir y hacer cumplir las leyes y el judicial debía ser “boca de la ley”; el principio de publicidad de los actos, por oposición al secretismo que imperaba en los regímenes totalitarios y visibilizaba el quehacer estatal; y el principio de control, tanto judicial como político (elecciones y el “*checks and balances*”). En nuestra región, por influencia del presidencialismo, el principio tiene ciertos matices en cuanto a la relación entre ejecutivo y parlamento, que hace que el pri-

212 L. Ferrajoli, “Estado social y Estado de derecho”, *op. cit.*, p. 11-21.

mero tenga influencia importante en el segundo y, en consecuencia, en la determinación de las leyes.

Las funciones del estado fueron tres, bajo la premisa de que el estado tenía que cumplir las funciones mínimas indispensables, dentro de una sociedad basada en el modelo contractual:²¹³ orden público, por ello el estado era también conocido como gendarme, que velaba por el respeto de las personas e intervenía cuando estas agredían a otros (delitos) o incumplían sus compromisos (contratos); garantizar la propiedad, a través de las leyes ordinarias y de la administración de justicia (no se preveía en aquel momento la posibilidad de conflictos entre el estado y los ciudadanos, sino solo conflictos entre personas y el estado era el tercero imparcial que aplicaba, a través de los jueces, las leyes); promover el libre desenvolvimiento del mercado.

Históricamente, en Europa, el modelo liberal entra en crisis a mediados del siglo XX. Varias explicaciones se barajan. La realidad que se vive por la desregulación del mercado, los abusos de las empresas en una época de auge

213 Recuérdese la famosa teoría de J.J. Rousseau sostenida en su clásico libro *El contrato social*, que suponía un acuerdo entre quienes viven en sociedad y que la voluntad general se manifestaba a través de la democracia representativa. Jean Jaques Rousseau, *El contrato social*, Bogotá, Panamericana, 1996.

industrial y, sin duda, el impacto de la teoría marxista en el movimiento sindical y campesino que ya había provocado más de una revolución. La tesis que triunfó en los centros de poder fue la social-demócrata. Para evitar la violencia generada por una revolución, reconociendo los abusos del mercado y las infrahumanas condiciones laborales de los trabajadores, mejor encontrar una salida negociada: el *welfare state* o estado de bienestar.

El estado de bienestar, basándose en los mismos principios liberales (legalidad, transparencia y control), cumple otras funciones: el gobierno deja de ser pasivo e interviene activamente en el mercado y en la economía y se organiza el aparato estatal para realizar prestaciones públicas, de carácter social y asistencial. Surgen, a nivel legislativo, los derechos económicos y sociales. El estado organiza una estructura institucional que garantizará estos derechos. Sin embargo, la satisfacción de estos derechos se realizará por procedimientos políticos en Europa y en Norte América, que no serán accionables, no se reconocerán derechos subjetivos, no serán exigibles judicialmente y dependerán de la discrecionalidad del aparato estatal.

El estado social conjuga el modelo de estado liberal y estado de bienestar. El gran salto al estado social, desde la perspectiva jurídica, es la constitucionalización de los derechos económicos y sociales y, en consecuencia, su reconocimiento como derechos que pueden ser exige-

bles judicialmente. En este sentido, podríamos concluir que el estado social es una evolución del modelo liberal clásico de estado.

Los estados sociales aparecen en Europa después de la Segunda Guerra Mundial y se proclaman como estados democráticos y sociales.²¹⁴ Aunque los derechos económicos y sociales se reconocen parcamente,²¹⁵ tienen un desarrollo jurisprudencial importante por la vía del reclamo indirecto.²¹⁶ A finales del siglo XX en Latinoamérica se proclaman nuevas constituciones que recogen las funciones y los principios del estado social.²¹⁷

214 Por ejemplo, Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1949, Art. 20 (1); Constitución española de 1978, Art. 1 (1).

215 La Ley Fundamental de Alemania reconoce, aunque como obligación, el derecho a la educación y la función social de la propiedad. La Constitución italiana es muy explícita en reconocer los derechos laborales. La constitución española reconoce el derecho a la educación, a la salud, a sindicalizarse, aunque declara la exigibilidad (mediante amparo) solo de los derechos relacionados con la libertad.

216 La vía o estrategia indirecta consiste en reclamar los derechos sociales invocando un derecho civil, por ejemplo la salud reclamando la vida, la educación reclamando el debido proceso, la seguridad social reclamando la igualdad sin discriminación. Sobre la teoría y la exigibilidad de los derechos sociales véase Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002; C. Courtis y R. Ávila Santamaría (editores), *op. cit.*

217 El primer país es Brasil, en 1988, que recoge lo social como un valor fundamental, Art. 1 (4), Colombia se declara abiertamente como estado social y lo mismo hará Ecuador en la Constitución de 1998.

Abramovich y Courtis desarrollan las implicancias de haber reconocido constitucionalmente los derechos sociales,²¹⁸ que marcan una diferencia sustancial con el estado liberal clásico que reconocía apenas las libertades para operar en el mercado y las propiedad privada: se introduce la dimensión colectiva de los derechos, que antes eran solo individuales, y que se manifiesta, por ejemplo, en el reconocimiento de los sindicatos; la equidad comienza a ser una categoría utilizada para regular y controlar el mercado; los conflictos dejan de ser solo entre individuos y se reconoce el conflicto entre colectivos, empresas-sindicatos; el estado se torna en un ente regulador de la economía y mantiene estándares límites, tales como el salario mínimo vital; se introduce el concepto de desigualdad material que complementa el principio liberal de igualdad formal; se establecen presunciones que benefician a quienes tienen desigualdades reales en la negociación (*in dubio por operario*), es decir se reconoce que los individuos no están en igualdad de condiciones para contratar, como presumía el liberalismo clásico; se desarrolla sustancialmente el derecho público; el estado reconoce y tutela el derecho de los más vulnerables; la administración de justicia se diversifica y deja de conocer solo conflictos patrimoniales; el estado tiene un rol activo y establece modelos de prestación de servicios públicos.

218 V. Abramovich y C. Courtis, *op. cit.*, p. 49 y s.

El rol activo y la obligación de actuar que tiene el estado para proteger derechos sociales se encuentran reconocidos en instrumentos internacionales de derechos humanos²¹⁹ y en la doctrina más autorizada sobre el tema.²²⁰ El estado social tiene la obligación de respetar los derechos sociales, de garantizarlos y de lograr su progresiva realización. Por la obligación de respeto, el estado tiene prohibición de inmiscuirse cuando las personas o las colectividades, particularmente las diversas como las andinas, están desarrollado o ejerciendo sus derecho (ejemplo, las prácticas ancestrales en salud). Por la obligación de garantía, el estado debe prevenir, normar, sancionar y reparar. Por la obligación de desarrollar progresivamente el derecho, el estado debe formular políticas públicas, ejecutarlas con la debida diligencia, no adoptar medidas regresivas, corregir y evaluar el plan.

Uno de los avances más importantes en el establecimiento de los compromisos que tienen los estados sociales es la determinación de indicadores de progreso elaborados por el Sistema Interamericana de Protección de Derechos

219 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Pacto de San Salvador; Naciones Unidas: Observaciones Generales, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Observación General No. 3"; Naciones Unidas, *Realización de los DESC*. Informe definitivo presentado por el Sr. Danilo Türk, Relator Especial.

220 V. Abramovich y C. Courtis, *op. cit.*, p. 79 y s.; Tara Melish, *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano*, Quito, CEDES 2003, p. 175 y s.

Humanos.²²¹ En este documento, se determina que además de los indicadores propios sobre el cumplimiento de cada derecho, se deben desarrollar indicadores sobre igualdad, acceso a la justicia, participación social y acceso a la información. Esto indica que los derechos son interrelacionados e interdependientes y que las esferas de reconocimiento, distribución y representación tienen eco jurídico y político.²²²

Hasta el momento hemos sostenido que la característica esencial del estado social es el reconocimiento de los derechos económicos y sociales, con todo lo que eso implica como estructuración del estado prestacional y de las obligaciones que del derecho emanan. Sin embargo, como se desprende de las sentencias de la Corte Constitucional de Colombia, que ha interpretado intensivamente el calificativo de “Estado Social” de la Constitución colombiana, el término es complejo y polifuncional.²²³

221 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Lineamientos para la preparación de los indicadores de progreso en el área de derechos económicos, sociales y culturales*, Washington, CIDH, 2009.

222 Véase N. Fracer, *op. cit.*, p. 32, 103 y 115.

223 Véase sobre el manejo del término “estado social” y sus diversas interpretaciones Juan Carlos Upegui Mejía, *Doce tesis en torno al concepto de Estado social de derecho. Discurso jurisprudencial. Elementos. Usos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009. Upegui sistematiza de forma técnica las sentencias sobre el tema elaboradas por la Corte entre 1992 y el año 2008, que brevemente son enunciadas en las siguientes notas a pié de página.

El estado social puede tener varias acepciones,²²⁴ que, para nuestro propósito, complementan la visión de un estado que promueve y garantiza los derechos económicos y sociales.²²⁵ resignifica el concepto de justicia (el estado promueve un orden social justo) y de igualdad (de la formal a la real y material),²²⁶ el estado social no es comparable con un estado paternalista o asistencialista,²²⁷ garantiza efectivamente todos

224 Upegui afirma que ha encontrado once aplicaciones del término “estado social”, que las agrupa sistemáticamente en tres clasificaciones: el contexto (tesis del tránsito, reinterpretación de conceptos, neutralización ideológica, unidad de sentido del orden jurídico), los instrumentos (tesis de la supremacía de la Constitución, inexistencia de poderes ilimitados, competencias controladas, correspondencia derechos-competencias y Constitución económica) y las aplicaciones (tesis del compromiso con el mínimo vital de los habitantes, progresividad de los derechos económicos y sociales, justicia en casos concretos, deberes y de la solidaridad).

225 La Corte Constitucional de Colombia llega a establecer obligaciones semejantes a las enunciadas en función de los derechos sociales: definición democrática de la agenda social, Sentencia T-520/2003; intangibilidad de los recursos sociales, Sentencia C-566/1995; la esencialidad de los servicios públicos, Sentencia C-924/2007, Sentencia T-881/2002, Sentencia C-566/1995; la justicia del modelo tributario, Sentencia C-776/2003; y el diseño de políticas públicas para desarrollar las obligaciones de reconocimiento, respeto, garantía y satisfacción de los derechos sociales, Sentencia C-671/2002, C-251/1997.

226 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-406/1992; Sentencia C-566/1995; Sentencia SU-747/1998; Sentencia C-776/2003.

227 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1064/2001; Sentencia C-924/2007.

los derechos²²⁸ y concreta el principio de solidaridad.²²⁹

La pobreza y la miseria, desde la perspectiva de derechos humanos, no es otra cosa que la consecuencia de la violación de los derechos económicos y sociales. Desde esta lógica, la centralidad del estado social como estado que promueve y garantiza los derechos sociales tiene como consecuencia el construir un estado que pretende erradicar la pobreza.

	estado liberal	estado social
Sujeto	Individual	Individual y colectivo
Rol estado	Pasivo	Pasivo y activo
Obligaciones	Abstención	Abstención y prestación
Nat. estado	Mínimo	Fuerte
Tipología derechos	Civiles y políticos	Y sociales, económicos y culturales

228 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-983/2004.

229 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-533/1992. Sentencia T-426/1992.

7. De la democracia estadística a la democracia como acción comunitaria integrada

Al igual que cualquier otra categoría social, política y jurídica, el concepto de democracia tiene múltiples acepciones. El concepto varía incluso según el calificativo que se le agregue: representativa, participativa, formal, procedimental, sustancial, comunitaria, radical. La Constitución al enunciarla en el artículo uno no le acompaña adjetivo alguno. Sin embargo, por el contexto, y tomando en cuenta que se reconocen los derechos de participación, se debe desprender que no es cualquier acepción la que invoca la Constitución para cualificar al estado. ¿Qué comprensión de democracia se refleja en el artículo 95 de la Constitución?

Las ciudadanas y ciudadano, en forma individual y colectiva, participarán de manera protagónica en la toma de decisiones, planificación y gestión de los asuntos público, y en el control popular de las instituciones del Estado y sociedad, y de sus representantes, en un proceso permanente de construcción del poder ciudadano. La participación se orientará por los principios de igualdad, autonomía, deliberación pública,

respeto a la diferencia, control popular, solidaridad e interculturalidad. La participación de la ciudadanía en todos los asuntos de interés público es un derecho, que se ejercerá a través de los mecanismos de la democracia representativa, directa y comunitaria.²³⁰

Para efectos de la tesis que se sostendrá en este ensayo y para darle un marco teórico a la palabra democracia y al derecho a la participación, seguiremos al filósofo Ronald Dworkin en su comprensión de la democracia como acción comunitaria integrada.²³¹

Dworkin distingue entre la democracia estadística y la comunitaria, y esta última a su vez entre monolítica e integrada. La democracia estadística es aquella en la que las decisiones se toman por mayoría de votos sin otra consideración y en la que no existe conciencia de grupo. En cambio, en la democracia comunitaria se toman las decisiones en base a ideales que identifican y mantienen unidos a un grupo. En la democracia monolítica se niega el valor del individuo y de las comunidades por el del estado; en la comunitaria, se reconoce y valora a todos los individuos, minorías y comunidades políticas excluidas.

230 Constitución, Art. 95, dentro del Título IV, “Participación y Organización del Poder”, Capítulo Primero, “Participación en democracia”, Sección Primera, “Principios de la participación”.

231 Ronald Dworkin, “Igualdad, democracia y Constitución: nosotros, el pueblo, en los tribunales”, en M. Carbonell y L. García Jaramillo (editores), *op. cit.*, p. 111-144.

Hay tres supuestos que deben satisfacerse para poder lograr una democracia como comunitaria integrada: (a) el principio de participación, por el que todas las personas tienen iguales derechos y cada una tienen un rol que les pueden permitir marcar la diferencia en las decisiones colectivas; (b) el principio de interés, por el que las decisiones reflejan igual consideración por los intereses de cada uno de los miembros de la colectividad, por ello es importante considerar el impacto de una decisión en la vida de cualquiera de sus miembros; (c) el principio de independencia, por el que se alienta a las personas a tener convicciones individuales y colectivas. Estos principios se nutren por el ejercicio y la protección de derechos. Así, por ejemplo, no puede realizarse el principio de participación sin la libertad de información y expresión, no se satisface el principio del interés sin la igualdad y no discriminación, y se viola el principio de independencia sin el respeto a la privacidad y al libre desarrollo de la personalidad, a nivel individual, y la autodeterminación de los pueblos, a nivel de nacionalidades.

La deficiencia en la satisfacción de estos principios, degenera en democracias imperfectas o en regímenes no democráticos, que necesariamente ofrecen un ambiente propicio a la violación de derechos: sin participación, hay autoritarismo; sin interés, hay injusticia; sin independencia, hay despotismo teocrático (imposición de un punto de vista).

Al mismo indeseado concepto de democracia se puede llegar desde la entrada de una democracia deliberativa, que es lo que hace Gargarella invocando a Nino,²³² mediante tres parámetros semejantes. Existe democracia cuando: (1) todos los potencialmente afectados por una cierta norma, intervienen en su creación, (2) el proceso de toma de decisiones se caracteriza por una amplia discusión colectiva, y (3) se organiza bajo condiciones de igualdad.²³³ Estos parámetros se reflejan íntimamente con el principio de participación, integración e independencia, que utiliza Dworkin. Si existen personas o colectivos, aún si son los menos populares, como sucede por ejemplo con quienes consideramos delincuentes, no participan en la discusión de las leyes penales ni en la evaluación de su ejecución, porque no tienen condiciones de ejercer un rol en el que puedan tener influencia sus opiniones, estamos ante una democracia defectuosa o una democracia viciada. Según Gargarella, los vicios de una democracia son: la deliberación restrictiva, los vicios de procedimiento y la deliberación imperfecta.²³⁴ Cuando esto sucede, siguiendo con Gargarella, los demócratas tenemos la obligación de resistir a las normas que se expiden en

232 Carlos Santiago Nino, *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 2003.

233 Roberto Gargarella, *De la injusticia penal a la justicia social*, Bogotá, Siglo del Hombre / Universidad de los Andes, 2008, p. 153.

234 *Ibid.*, p. 94.

estas condiciones y los invisibilizados o no escuchados podrían desobedecer justificadamente sus mandatos.

Nancy Fraser, por su lado, cuando re-plantea su teoría de la distribución y reconocimiento, por considerarla incompleta, considera que la lucha por la representación es supremamente importante. La representación es precisamente lo que estamos debatiendo sobre la democracia. Un estado democrático es legítimo “si y solo sí tiene la capacidad de lograr el consentimiento de todas las personas y colectividades afectadas en un justo y abierto proceso de deliberación, en el que todos los participantes puedan intervenir como pares”.²³⁵ Fraser destaca tres principios que deben cumplirse: el principio de inclusión, participación y el que ella denomina “principio de todos los afectados” (*all-affected principle*).²³⁶ Lo interesante de la tesis de Fraser es que sostiene que nunca se lograrán las pretensiones de distribución de bienes y chances ni tampoco las de reconocimiento cultural si es que el estado, el derecho y la institucionalidad no están diseñados para realizar una verdadera participación democrática.

Un calificativo que ha sido citado con frecuencia en nuestro medio es el de democracia sustancial por oposición a la democracia

235 N. Fraser, *op. cit.*, p. 29 (traducción libre).

236 *Ibid.*, p. 92-95.

formal. La democracia sustancial implica la sujeción de los procedimientos democráticos a los derechos de las personas y colectividades. Luigi Ferrajoli sostiene que los derechos vinculan y limitan al poder público, incluido los parlamentarios. De ahí se desprenderá el control de constitucionalidad de las normas, ya por violar las formalidades constitucionales ya por violar derechos.²³⁷ La democracia formal, en cambio, se restringe a los procedimientos y a la competencia de la autoridad para expedir normas, que se traducía en la práctica en el poder de las mayorías.²³⁸ No cabe duda que, en un Constitución como la ecuatoriana, solo cabe la democracia sustancial.

Si se mira con detenimiento a la Constitución de Montecristi, que reconoce y promueve la participación en dos sentidos: como principio orientador de la actuación de las entidades públicas y como derecho,²³⁹ se podrá llegar a la concepción exigente y radical de democracia. Como principio orientador, por ejemplo, la encontramos en relación con la educación, la seguridad social, los concejos de igualdad, la función judicial, las acciones constitucionales,

237 Véase Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, p. 22.

238 J. P. Morales, "Democracia sustancial...", *op. cit.*, p. 90-91.

239 Juan Pablo Morales, "Los nuevos horizontes de la participación", en R. Ávila Santamaría (editor), *Constitución de 2008...*, *op. cit.*, p. 159-160.

la administración pública, los gobiernos autónomos, la planificación, la organización de la producción, el sistema de inclusión. Como derecho, la Constitución enuncia la participación en relación con la comunicación, el espacio público, el proceso educativo, el capítulo sobre los niños, niñas y adolescentes, las personas con discapacidad, los recursos naturales no renovables, los programas de conservación de la biodiversidad, el sistema educativo, la vida cultural, los debates de ley, la fiscalización de los actos del poder público, la gestión pública y planificación, sistema de salud, actividades que generen impacto ambiental y sistema nacional de áreas protegidas...

En estos tiempos de complejidad global, en el que además hemos impuesto obligaciones difíciles de cumplir, como es el programa utópico de los derechos que se desprenden de Constituciones fuertemente materializadas como es la de 2008, es imposible que las respuestas puedan ser pre-determinadas mediante reglas. De ahí, que no todas las soluciones a los conflictos puedan tener respuestas con anticipación y éstas deban ser construidas. La construcción de soluciones a los conflictos que se derivan de la diversidad y que tiene que ver con violaciones a los derechos solo se puede lograr a través de procesos deliberativos o comunicativos.

En este sentido, la democracia que es adecuada a la Constitución y que consideramos es la que llena de contenido a la palabra enun-

ciada en el artículo uno es la democracia como acción comunitaria integrada, democracia deliberativa, democracia legítima o democracia sustancial.

	Democracia estadística	Democracia acción comunitaria
Cualidad	Formal	Sustancial
Temporalidad	Un voto un momento	Permanente
Vinculación	Desvinculado colectividad	Vinculado a proyecto común
Información	Privilegio/secreto	Pública/acceso
Participantes	Representativos	Deliberativos
Extensión	Privilegiados	Todos involucrados
Participación	Nominal	Calidad

8. Del estado subordinado al estado soberano e independiente

Las personas que creen que sus estados tienen control sobre lo que pasa sobre su territorio, que sus leyes son absolutas sobre la gente que habita dentro de sus fronteras, que controla los procesos económicos, sociales y culturales y que es responsable sobre la que pasa en su esfera de soberanía, no están considerando el contexto en el que se desenvuelve el estado en el siglo XXI y desde hace ya algunos años.

Los estados nacionales siempre fueron necesarios para el desarrollo del sistema capitalista. De hecho, el estado nacional ayudó a mantener al sistema dentro de los límites funcionales. La regulación propiciada por el estado ayudó a superar y a resolver los conflictos suscitados por la acumulación de bienes de unos pocos y la exclusión de la gran mayoría. El dilema entre distribución y acumulación despiadada se resolvió en Europa con los estados de bienestar. Las reivindicaciones radicales se mediaron por la transacción en la que unos grupos y otros ganaban algo. Los conflictos sociales se

institucionalizaron y sus tensiones tuvieron respuestas dentro de los estados nacionales.

José Faría sostiene que los estados, después de la Segunda Guerra Mundial y del acuerdo de Bretton Woods (1944), tenían como propósito básico “formular, organizar y ejecutar políticas macroeconómicas para la expansión capitalista”²⁴⁰ y el sistema de relaciones comerciales, monetarias, cambiarias y financieras se organizaría en el plano internacional por el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional. Las decisiones “nacionales” aparentemente eran soberanas.

La regulación y el control estatal en nuestra región nunca tuvieron éxito como tampoco hubo un verdadero estado de bienestar. La exclusión y la marginación generaron grados de insatisfacción que llevaron a la violencia armada desde finales de los cincuenta y con altos índices de represión en los ochenta. La revolución, que fue una respuesta violenta a la gestión acaparadora de los estados nacionales, estalló en casi toda la región. Los mecanismos de represión fueron importados. Los sistemas de entrenamiento, ejecución, inteligencia, fueron comunes en toda la región y con una fuerte in-

240 José Eduardo Faría, “Economía y derecho: en el cruce de dos épocas”, en ILSA, *La globalización y el Derecho*, Bogotá, ILSA, 2000, p. 13.

fluencia de Estados Unidos.²⁴¹ Nada era, pues, soberano. Nos daban la receta para lograr la exclusión y también para reprimir la inconformidad.

El panorama se hace más complejo en el contexto de la globalización, en el que el espacio y tiempo del estado nacional dejan de ser centrales y el capitalismo mundial se ha transformado. Boaventura de Sousa Santos señala algunas transformaciones: la economía se transnacionaliza por lo que la regulación nacional se dificulta, hay más producción mundial y menos empleo local, hay tanto desempleo estructural a nivel mundial que no puede existir un verdadero estado providencia, se deslocalizan los procesos productivos y predominan los mercados financieros, los mercados de trabajo se segmentan y se pulveriza la organización sindical, se saturan los bienes de consumo, se externalizan los costos de la destrucción ecológica, se instau-

241 La política de seguridad “estuvo subordinada a los intereses estratégicos de Estados Unidos, que fundamentalmente defienden los intereses de sus transnacionales y la vigencia del sistema capitalista”: Comisión de la Verdad, *Sin verdad no hay justicia. Informe de la Comisión de la Verdad. Ecuador 2010. Resumen Ejecutivo*, Quito, Comisión de la Verdad, mayo 2010, p. 40. “Las viejas tradiciones militaristas del continente en un nuevo contexto y enmarcándolas dentro de una nueva doctrina de seguridad nacional, impulsada energicamente por los Estados Unidos en la región”: Comisión de la Verdad y Reconciliación Perú, *Atún Willakuy. Versión abreviada del Informe Final*, Lima, Comisión de la Verdad y Reconciliación, 2008, p. 340.

ra la ideología del consumo, los trabajos se tornan duros y penosos, aumentan los riesgos y la seguridad social es un privilegio.²⁴²

Santos señala dos efectos en relación al estado nacional: el estado se desnacionaliza y la nación se desestatiza. El estado, por el primer efecto, pierde la capacidad de regulación y se convierte en el gran mediador de intereses particulares, normalmente relacionado con los de las multinacionales, asegurando la competitividad mediante la flexibilización laboral y la subordinación de la política a la economía, promoviendo y protegiendo sin iniciativas. Por el segundo efecto, las relaciones contractuales (privadas/privatización) son la regla y el estado providencia es residual, solo para los que no pueden demostrar que no tienen capacidad para garantizar su seguridad personal: el mercado tiende a triunfar.²⁴³ El estado una vez más subordinado a fuerzas y tendencias ajenas que no puede contener ni controlar. Si a estos problemas económicos le agregamos los problemas sociales derivados, por ejemplo, de la biotecnología, la migración y el crimen organizado, el panorama se complica un poco más, aunque el diagnóstico es el mismo: el estado no decide y sigue directrices externas.

242 Boaventura de Sousa Santos, *La caída del Ángel Novus: ensayos para una nueva teoría social y una nueva práctica política*, Bogotá, ILSA / Universidad Nacional de Colombia / Antropos, 2003, p. 131.

243 *Ibid.*, p. 134-135.

En este contexto, ¿cabe hablar de un estado soberano e independiente, cuando desde hace un tiempo a esta parte no hay estado que pueda tomar decisiones por sí mismo y ser un actor relevante internacional de forma aislada?

La única forma de recuperar la soberanía y la independencia es mediante tres mecanismos, desarrollados por Santos, (1) radicalizando la democracia, (2) reinventando el estado y (3) construyendo una globalización desde abajo. A pesar de lo dicho, el estado no puede dejar de seguir siendo un actor importante, pero en lugar de regular y controlar, debe emancipar.

Radicalizar la democracia significa que las personas deben participar en “decisiones relativas a la justicia distributiva, a la eficacia decisoria y a la responsabilidad del estado”,²⁴⁴ que complemente la democracia representativa con otras formas de participación, como la democracia comunitaria, que los sujetos tengan espacios de expresión, acceso a la información y que deban ser consultados en todo lo que les concierna. Sin democracia, por más buenas intenciones que tengan los gobiernos, siempre estarán expuestos a equivocarse.

El estado debe tener otra configuración, lo exige el reconocimiento de derechos distintos

244 Boaventura de Sousa Santos, *Democracia y participación. El ejemplo del presupuesto participativo*, Quito, Abya-Yala / FES-ILDIS, 2004, p. 125.

a los derivados de la propiedad y la autonomía de la voluntad, y debe tener un rol activo en la política internacional para conformar alianzas Sur-Sur, debe ser activo en el uso transparente y riguroso del gasto público y de la política fiscal.

El potencial global contra hegemónico es inmenso. El Foro Social y los movimientos anti-globalización han sido buenas muestras de procesos de organización social global desde abajo. El efecto de la globalización “negativa” opera contra personas concretas. El tiempo y espacio nacional debe transferirse al espacio y tiempo global, así como los capitalistas se han globalizado y los ricos tienen forma semejante de vida en los países del “norte” como en el sur, de igual modo los movimientos sociales y emancipatorios podrán organizarse y mejor con el apoyo de estados verdaderamente representativos, “soberanos” e independientes.

Santos propone, además, mirar la resistencia y las luchas por la autodeterminación de los pueblos indígenas, que tienen un doble significado. Por un lado, “las luchas de los pueblos indígenas traen a la luz el lado más oscuro de la modernidad, el terror, la opresión y la destrucción que fue inflingida sobre los pueblos no europeos”,²⁴⁵ por otro lado, muestran la false-

245 Boaventura de Sousa Santos, *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Bogotá, ILSA / Universidad Nacional de Colombia, 2002, p. 171.

dad del estado nacional que equipara etnicidad a nacionalidad y, finalmente, demuestra la existencia de otras formas de organización y de derechos que han sido ignorados y desde los que se puede aprender mucho.

Al final, de lo que se trata es que los estados verdaderamente sean portadores y defensores de los intereses de los más vulnerables y excluidos por el capitalismo global, y esto solo se logra con movimientos y luchas sociales fuertes. Howard Zinn recuerda que solo los movimientos sociales que luchan han logrado redireccionar al estado y cuando el estado se aleja de los movimientos, ni la constitución ni los derechos han sido garantías para hacerlos efectivos.²⁴⁶

Si bien los estados, en particular los del Sur, no tienen poder para incidir aisladamente en el contexto global, parecería que lo que se necesita es construir una comunidad global y fortalecer las instituciones globales, que son configuradas por los estados, para que las decisiones globales sean responsables ante la gente a las que afecta.²⁴⁷

246 Howard Zinn, *Terrorism and war*, Nueva York, Open Media, 2002, p. 115.

247 Peter Singer, *One World. The ethics of globalization*, New Heaven, Yale University Press, 2004, p. 199.

	estado subordinado	estado soberano
Rol estado	Facilita grupos poder	Representa nacionalidades
Decisiones	Foráneas	Consensuadas
Prioridad	Inversión/mercado	Personas/pueblos/derechos
Derechos	Flexibilizados	Reforzados
Globalización	Hegemónica/élites	Desde abajo

9. Del estado nacional al estado unitario y plurinacional

Comencemos distinguiendo el concepto nación, que puede ser confundido con estado y con pueblo. El concepto no es pacífico ni unívoco. Julio César Trujillo sugiere tres acepciones para clarificar el concepto de nación:²⁴⁸ (1) nación política, que tiene que ver con el conjunto de personas que habitan en un territorio sometido a una autoridad; (2) nación jurídica, que se relaciona con los habitantes de un territorio sometido a un sistema jurídico; (3) nación cultural, que tiene relación con un conjunto de personas que comparten una herencia y pasado cultural (idioma, organización social, derecho propio, costumbres), que las distingue de otras naciones.²⁴⁹ En cada una de estas acepciones

248 Julio César Trujillo, “El Ecuador como estado plurinacional”, en A. Acosta y E. Martínez (compiladores), *op. cit.*, p. 65.

249 Trujillo advierte que la Constitución utiliza los tres conceptos en contextos constitucionales distintos, así, por ejemplo, el Art. 6 confunde nacionalidad con ciudadanía, cuando se hace referencia a los derechos de los pueblos indígenas en cambio tiene que ver con la acepción cultural y cuando nos remitimos al Derecho Internacional de los Derechos Huma -

podemos contrastar las diferencias entre un estado nacional y uno plurinacional.

1. En la nación política tenemos tres elementos: personas, territorio y una autoridad. Las personas están adscritas al concepto de nacionalidad vinculada al estado. Entonces somos ecuatorianos, guatemaltecos, franceses si es que hemos nacido o nos hemos “nacionalizado” en Ecuador, Bolivia, Guatemala o Francia. El territorio es todo aquel que está dentro de fronteras que han sido reconocidas por otros estados; en este sentido, Ecuador colinda con Colombia y Perú, Bolivia con Perú, Chile y Argentina; Guatemala con México, Belice, El Salvador y Honduras; Francia con Bélgica, España, Italia. La autoridad suele ser centralizada y única, que tiene competencias sobre todo el territorio, y que en el mundo occidental está dividida en tres poderes: legislativo, ejecutivo y judicial. Además tiene el monopolio de la fuerza y puede hacer cumplir sus decisiones (soberanía).

En cambio, en el estado plurinacional, basándonos en los mismos elementos identificados por Trujillo, la nacionalidad no estaría vinculada al estado sino al espacio donde se desarrolla uno o varios pueblos (en el sentido de nacionalidad cultural). La nacionalidad, al decir de Macas, viene de nacer y tiene un terri-

nos la referencia que hacen los documentos de Naciones Unidas es la de pueblos. J. C. Trujillo, “El Ecuador como estado plurinacional”, *op. cit.*, p. 66.

torio que incluye “no solamente el espacio físico, es el agua, la naturaleza, la vida y ahora decimos la biodiversidad, en fin, todo lo que la madre tierra nos da”.²⁵⁰ En este sentido existirían tantas nacionalidades cuantas naciones existen dentro de un estado. Así, tendríamos, en Ecuador, la nacionalidad Awa, Chachi, Kichwa; en Guatemala, la nacionalidad Achí, Quiché, Poqonchí. En la plurinacionalidad, las personas podrían tener más de una nacionalidad. Un indígena sería kichwa y ecuatoriano. En cuanto a la autoridad, convivirían dos con competencias diferenciadas. La una descentralizada, que se basa en su derecho propio y que rige dentro del territorio de la nacionalidad, la otra, centralizada, que tiene relación con el estado. El concepto de dos autoridades que conviven no es nuevo en la organización política, quizá la ilustración por excelencia es el estado federal, en donde encontramos autoridades centrales y federales, con poderes ejecutivos, legislativos y judiciales diferenciados.

2. En la nación jurídica, las personas se vinculan al estado por la ciudadanía, el territorio es el espacio donde se toman y ejecutan decisiones de las autoridades, y un sistema jurídico único y excluyente que ordena los derechos, deberes, competencias, el territorio y las formas de tomar decisiones.

250 L. Macas, *op. cit.*, p. 92.

En algún momento de la historia europea, el concepto de nación jurídica fue indispensable para la construcción del estado moderno. Hay que pensar que en la época feudal existían tantos derechos y autoridades cuantos feudos existían. Fue necesario crear la ficción de un solo estado, una autoridad y un sistema jurídico. Este proceso no debe haber sido fácil de construir, pero cumplió sus objetivos. De igual modo sucedió en relación a las colonias. Cómo unificar y lograr controlar a tantas nacionalidades, con sus autoridades y sistemas jurídicos. No hubiese podido hacerlo si no fuese por el concepto de nación.

El concepto de nación, ciudadanía, ambos vinculados a un estado y un derecho, fue indispensable para el proyecto colonial y para consolidación de un estado excluyente y discriminador. La nación única tiene la virtud, desde la perspectiva dominadora, de invisibilizar la diferencia, facilitar el ejercicio de poder y clasificar. El concepto de ciudadanía, por su lado, siempre ha sido una categoría que excluye. Aunque el desarrollo político y por las luchas sociales, la ciudadanía, que era inicialmente profundamente restrictiva (abarcaba a un solo grupo vinculado por cuestiones económicas: clase social), ha ido ampliándose: obreros, mujeres, indígenas, adolescentes, analfabetos. Sin embargo, la ciudadanía siempre, por esencia, excluirá. En la actual organización política distingue y excluye con claridad adultos de niños y niñas, y extranjeros de nacionales.

Por ello, superar el concepto de una nación significa superar la categoría de ciudadanía, que son conceptos que están íntimamente vinculados a la colonización y a la exclusión.²⁵¹

En un estado plurinacional, las personas tienen pertenencia a una comunidad no por el reconocimiento (inscripción, cédula, pasaporte) del estado sino por la mera existencia y por la autoidentificación de las personas con una nación. La categoría ciudadanía debería ser eliminada por la de persona, “runa” o, mejor aún y sujeto a ajustes conceptuales, ser vivo (en este caso hasta la naturaleza tendría nacionalidad). Esta categoría es inclusiva, no discriminatoria, esencial, que permitiría que las personas puedan ejercer el derecho a moverse libremente por cualquier territorio, puedan salir y entrar a su nación, adquirir otras nacionalidades. A esto apuntaba la propuesta de vanguardia que se denominó “ciudadanía universal”, que era un

251 Alexandra Ocles sostiene que hay que replantear el término para incluir prácticas emergentes, que “supone reivindicar los derechos a acceder y pertenecer al sistema sociopolítico”, Alexandra Ocles, “La plurinacionalidad en la nueva Constitución. Una mirada con ojos de negro-a”, en A. Acosta y E. Martínez (compiladores), *op. cit.*, p. 117. Galo Ramón Valarezo, por su lado, sostiene que hay que crear una nueva noción de ciudadanía, “que responda a la pluralidad ecuatoriana: se trata de la construcción de una nueva ciudadanía intercultural [...] fundada en la plena conciencia de que los ecuatorianos somos al mismo tiempo diversos”, en Galo Ramón Valarezo, “¿Plurinacionalidad o interculturalidad en la Constitución?”, *ibid.*, p. 133.

concepto que encerraba una aparente aporía (ciudadanía excluye y universal no excluye), y que era consecuente con el estado plurinacional. El concepto de ciudadanía siempre será fuente de exclusión, por último no será incluido el no-ciudadano. La ciudadanía universal rompe el vínculo con el estado y lo articula a una organización global en la que todos son miembros.²⁵²

Se podrán realizar fáciles objeciones a esta propuesta desde la teoría tradicional y desde el típico pragmatismo reaccionario. Se diría, por ejemplo, que la propuesta es ilusa y novelera porque un solo estado no puede eliminar sus fronteras si otros no lo hacen, que la migración traería consigo delincuencia y que las personas de otras nacionalidades quitarían el trabajo a los reconocidos, que los estados de bienestar no podrían atender a tanto migrante, que sin ciudadanía ni nacionalidad no se podría viajar a ningún país, que mejor llamemos absurdistán al Ecuador... Lo cierto es que todos estos argumentos esconden estereotipos, prejuicios y profundas prácticas discriminatorias, propias de estados coloniales capitalistas, que no practican conceptos relacionados con la diversidad, la solidaridad y el buen vivir. Además, hay que pensar que el estado nación no ha

252 Véase Daniela Dávalos, “¿Existe la ciudadanía universal?”, en R. Ávila Santamaría (editor), *Constitución de 2008...*, op. cit., p. 73-104.

existido toda la vida política de la humanidad y que apenas tiene cuatro siglos (en diez mil años de existencia del ser humano), y así como se construyó se lo puede deconstruir e imaginar formas de convivencia que no tengan relación con fronteras controladas por policías que tienen la discreción de negar el derecho a la libertad de circulación.

En un estado plurinacional existen tantos sistemas jurídicos cuantas nacionalidades. Cada nacionalidad gozaría de autonomía, que es el famoso concepto que el derecho internacional acuñó como “autodeterminación” de los pueblos, que la práctica redujo a los estados y que no hay razón para entender como pueblos a grupos humanos distintos a los estados. Los estados son una creación ficticia, los pueblos son conjuntos de personas de carne y hueso).

Los gobiernos autónomos pueden convivir sin problema dentro de un estado. Varias nacionalidades viven en una unidad. “La unidad no implica unicidad. Este es el requisito civilizador por excelencia, que reconoce la multiplicidad como marco de conocimiento y de existencia y la interacción de las diferencias como el único ambiente propicio para la construcción de la civilización”.²⁵³

253 Stefano Varese, “Restoring Multiplicity: Indianities and the Civilizing Project in Latin America”, cit. por Santos, *La globalización del derecho...*, *op. cit.*, p. 174.

3. Finalmente la nación cultural. En el estado mono nacional se pretende ligar a las personas a una sola historia, que es la oficial y que tiene la perspectiva de las personas que están en el poder y a unos héroes idealizados, a una sola lengua, que en nuestro caso es el castellano, a unos símbolos, que son una bandera, un himno nacional, un escudo, a una moneda (que ya no la tenemos y es una razón más de la crisis del estado nacional en Ecuador) y a unas fechas que se las denomina patrias y hay que guardarlas. En esa desesperación por encontrar un vínculo homogeneizante, propio del estado nacional, últimamente hasta se ha dicho que la selección de fútbol ha sido un símbolo más del Ecuador.

Todo esto está en crisis, tanto por los medios de comunicación como por las luchas de movimientos indígenas y afro descendientes que nos demuestran que hay varias nacionalidades culturales. “Los medios de comunicación son uno de los más poderosos agentes de devaluación de lo nacional [...] las culturas ligadas a estrategias de mercado transnacional de la televisión, del disco o del video [...] implican nuevos modos de percibir y de operar la identidad”.²⁵⁴ Estoy seguro que para más de una persona una canción de moda o de rock clásico proyecta más vínculos de identidad que el himno nacional, que más respeto y consideración se

254 Jesús Martín-Barbero, *La educación desde la comunicación*, Buenos Aires, Norma, 2001, p. 74.

tiene a la colcha tejida por la abuela o a la camisa de marca que a la bandera, que alguien prefiera tener un dólar en su bolsillo a un sucre en su casa, que rinde más tributo a un auto o a un póster de una modelo que al escudo nacional...

Pero lo que más profundamente importa es el reconocimiento de varias culturas, cada una con sus personajes, sus versiones de la historia y sus mitos, sus religiones, sus idiomas, sus tradiciones, sus prácticas, sus ritos, sus normas, sus formas de organización social y política, sus conflictos, sus defectos y virtudes, como en toda cultura. Abrir los ojos a otras culturas que conviven en nuestro espacio y tiempo es como mirar las dobles imágenes en algunas obras de Dalí, en las que uno aprecia un cuadro y observa un objeto que, al mismo instante y en el mismo cuadro, con algún tipo de atención no espontánea, contiene otro motivo.²⁵⁵ Lo mismo sucede cuando, con algún tipo de información y curiosidad, podemos ver en el arte barroco de nuestras iglesias algo más que piedra, madera y barro, o al contemplar un bosque uno puede apreciar la biodiversidad si es que se sabe algo de botánica y biología y no solo un conjunto de árboles y bichos.

La plurinacionalidad exige que apreciemos y valoremos las culturas que nos rodean.

255 Véase Vanesa Hogart, "Dalí-paranoico crítico", en *Babab*, 2004, en <<http://www.babab.com/no25/dali.php>>, visita: 11 de enero de 2011.

La construcción de la plurinacionalidad es mucho más complejo que mirar un cuadro o apreciar la naturaleza: requiere apertura y liberación de prejuicios, paciencia (tiempo), esfuerzo (aprender otra lengua), conocimiento, curiosidad, conciencia de incompletitud. En alguna ocasión en un foro público, una lideresa indígena me hacía el justo reclamo de que yo no hacía esfuerzo alguno por comprender su cultura si es que no hablo kichwa.

El tiempo y espacio que en el estado nacional es lineal e irreversible (como la flecha), en el estado plurinacional se complejiza y se enriquece. Santos pone el ejemplo del indígena que dialoga con un alto funcionario del Banco Mundial, que manejan distintos tiempos, el uno es antiguo y el otro moderno, pero simultáneos.²⁵⁶ El constitucionalismo antiguo, de los “ayllus”, convive con el constitucionalismo moderno y contemporáneo, todos juntos hacen, si logran convivir y enriquecerse mutuamente, el constitucionalismo transformador.

La plurinacionalidad podría ser, como se ha visto, una categoría que abarque y sintetice la propuesta de un estado alternativo al estado liberal de derecho y que “conlleve a la refundación del estado moderno”.²⁵⁷ Raúl Llasag con-

256 B. de Sousa Santos, “El Estado plurinacional...”, *op. cit.*, p. 36.

257 Boaventura de Sousa Santos, “Las paradojas de nuestro tiempo y la plurinacionalidad”, en A. Acosta y E. Martínez (compiladores), *op. cit.*, p. 37.

sidera que los elementos que distinguen a un estado nacional son la uninacionalidad, la monocultura, la institucionalidad centralizada, el sistema económico capitalista y neoliberal, la democracia liberal, el monismo jurídico y la territorialidad homogénea.²⁵⁸ De estos aspectos, a los que nos hemos referido en otras partes de este libro,²⁵⁹ nos falta comentar la institucionalidad y la territorialidad.

La institucionalidad oficial en el estado nacional se limita a los órganos y poderes reconocidos en la constitución y que, en nuestra tradición occidental hegemónica, es tripartita. El legislativo expide las normas que serán reconocidas como válidas por la teoría jurídica y son las únicas que merecen ser cumplidas. El ejecutivo es el destinatario de la ejecución de las leyes, de administrar gran parte del estado y de distribuir los recursos económicos. El judicial es el órgano encargado de resolver, con carácter exclusivo, el incumplimiento o decidir sobre la aplicación de las leyes en última instancia. Cualquier otra institución pública o reconocimiento de organización social se realizará dentro de este esquema. Por ejemplo, Llasag afirma que las comunidades indígenas administrativa-

258 Raúl Llasag Fernández, “Plurinacionalidad: una propuesta constitucional emancipatoria”, en R. Ávila Santamaría (editor), *Neoconstitucionalismo y sociedad*, *op. cit.*, p. 312.

259 La monocultura ha sido considerada en el acápite sobre el estado intercultural, el sistema económico ha sido tratado en la parte sobre el estado de justicia, la democracia en el capítulo referente a la democracia sustancial.

mente están sometidas al Ministerio de Agricultura que depende del poder ejecutivo.²⁶⁰

El estado plurinacional, en cambio, es descentralizado y requiere, para evitar el gobierno de las mafias, que sea democráticamente fuerte.²⁶¹ La democracia fuerte, según Llasag, exige participación muy fuerte de las diversidades en la institucionalidad estatal (todas y cada una de las instituciones deben ser plurinacionales), educación intercultural que permita la diversidad y el intercambio, formación política permanente, interpretación intercultural de las normas, elaboración participativa de las políticas públicas, respeto a la autodeterminación interna de las nacionalidades, reconocimiento del tercer sector (no estatal ni mercantil), coordinación con las comunidades.²⁶²

No he podido visualizar de lo poco que he leído, un modelo de estado plurinacional que sea distinto al del estado nacional-liberal, basado en la división de poderes. Por un lado, solo se enuncian principios y directrices a nivel jurídico y doctrinario, sin que se pueda concebir un estado distinto; por otro lado, a nivel jurídico,

260 R. Llasag Fernández, “Plurinacionalidad: una propuesta...”, *op. cit.*, p. 324.

261 Santos ejemplifica este aspecto con lo sucedido en Rusia, después de la destrucción del estado soviético: B. de Sousa Santos, “Las paradojas de nuestro tiempo...”, *op. cit.*, p. 54.

262 R. Llasag Fernández, “Plurinacionalidad: una propuesta...”, *op. cit.*, p. 340.

parecería que todo se restringe a abrir espacios de representación de otras nacionalidades. Dentro del primer caso, en el que solo se enuncia principios y se reconoce en términos generales la plurinacionalidad, está la Constitución del Ecuador, que tiene un serio déficit de innovación institucional para la concreción del estado plurinacional. En el segundo caso, de reconocer la representación plurinacional, que sin duda es un avance enorme en relación al estado liberal, tenemos la Constitución de Bolivia, que, por ejemplo, ha creado la Corte Constitucional Plurinacional y el proyecto de Constitución de la CONAIE que, más tímidamente aún, reconoce apenas un órgano asesor en la Corte Constitucional.²⁶³ El constitucionalismo transformador es postcolonial. Esto significa en un estado plurinacional que “si hubo una injusticia histórica hay que permitir un período transicional donde haya tiempo de discriminación positiva a favor de las poblaciones oprimidas”.²⁶⁴

Santos propone nuevas categorías del análisis sin aterrizar en la forma concreta, tales como la democracia intercultural o demo diversidad,²⁶⁵ que exige formas distintas de cons-

263 CONAIE, *Nuestra Constitución por un Estado Plurinacional. Construyendo la revolución de los pueblos*, Quito, CONAIE, 2007, Art. 112, p. 135. La verdad es que sorprende la semejanza del proyecto de la CONAIE a una Constitución convencional, propia de un estado nacional.

264 B. de Sousa Santos, “El Estado plurinacional...”, *op. cit.*, p. 60.

265 *Ibid.*, p. 55.

truir el consenso y requiere de acciones afirmativas dentro del estado.

A mí me late que tiene que ser algo diferente, muy diferente. El estado burgués se organizó para proteger a un tipo de grupo humano y a los derechos que estos promovieron (propiedad y libertades). ¿Cómo es el estado plurinacional que debe organizarse para proteger a todos los seres humanos en toda su diversidad, la naturaleza y todos sus derechos que no son pocos (varias decenas y no solo dos)?²⁶⁶

Finalmente, la territorialidad en el estado nación es homogénea, el territorio es único e indivisible, que se fracciona por razones de carácter administrativo en provincias, cantones, parroquias,²⁶⁷ y se relaciona estrechamente la tierra con la propiedad privada (individual, requiere título para su exigibilidad y tiene valor comercial). En cambio, la territorialidad en un estado plurinacional reconoce procesos sociales y tradicionales de descentralización (no burocrática ni neutralmente “técnica”, que se materializa en la idea de autonomía y de autodeterminación de los pueblos. Las autonomías implican capacidad de ejercer la interrelación armó-

266 Las críticas y los retos para un estado diferente se pueden encontrar en R. Ávila Santamaría, “Retos de una nueva institucionalidad...”, *op. cit.*

267 R. Llasag Fernández, “Plurinacionalidad: una propuesta...”, *op. cit.*, p. 330.

nica pueblos con la naturaleza (en otro lenguaje, acceso y control de los recursos naturales)²⁶⁸ para la reproducción de la vida y no, como señala Llasag, “para efectos extractivistas y comerciales. La propiedad privada de la tierra, como concepto individual y disponible, se torna en un concepto comunitario y solidario. En esto se diferencia la reivindicación de las autonomías por parte de los gobiernos locales de derecho, que proyectan la territorialidad con fines de desarrollo local, productivo y desarrollista, meramente económico”.²⁶⁹

Por su parte, Santos distingue otras formas de territorialidad. La una, ya aceptada por el estado nacional, que es la política y la administrativa, y otra autonomía vinculada con la identidad cultural y la forma de estas dependerá del derecho propio de cada cultura: “hay momentos en que las autonomías tienen que partir con identidades distintas, porque así es la plurinacionalidad”.²⁷⁰ La convivencia de estas autonomías solo se hace viable en regímenes verdaderamente democráticos.

La construcción del estado plurinacional exige, al decir de Santos, cinco condiciones:

268 Sin la relación y control de los recursos, las autonomías serían vacías al decir de Santos “El Estado plurinacional...”, p. 59.

269 Véase R. Llasag Fernández, “Plurinacionalidad: una propuesta...”, *op. cit.*, p. 345-346.

270 B. de Sousa Santos, “Las paradojas de nuestro tiempo...”, *op. cit.*, p. 58.

reconocimiento recíproco, continuidad y justicia histórica, sociedades descentralizadas, consentimiento, convivencia democrática²⁷¹ y, no menos importante, pensar fuerte y mucha creatividad.

Las objeciones ya se han escuchado y vienen de sectores que se han servido y enriquecido del *statu quo* que se beneficia del estado nación: la fragmentación, que nunca ha sido postulada por el movimiento indígena; se toleraría espacios de excepción que permitirían la violación de derechos humanos y hasta la falta de democracia, cuando la Constitución, que establece los mínimos, rige para todas las personas y nacionalidades, y la Corte Constitucional es órgano de cierre para todo poder, incluso el reconocido a los pueblos indígenas; se privilegiará a los derechos colectivos sobre los individuales, que será una forma de opresión tal como fue en su momento el estado absoluto o los estados autoritarios, cuando se sabe que en caso de conflictos de derechos no hay soluciones *prima facie* y dependen de las circunstancias de los casos y de una adecuada ponderación.

Termino citando una inteligente construcción de Santos, que sintetiza la propuesta plurinacional:

Lo que es diverso no está desunido, lo que está unificado no es uniforme, lo que es igual no tiene que ser idéntico, lo que es diferente no tiene que ser injusto.

271 *Ibid.*, p. 43.

Tenemos derecho a ser iguales cuando la diferencia nos interioriza, tenemos derecho a ser diferentes cuando la igualdad nos descaracteriza.²⁷²

	estado nacional	estado plurinacional
Política	Ciudadanía	Personas, colectividades y nacionalidades
Nacionalidad	Una	Múltiples
Autoridad	Nacional	Descentralizada y nacional
Territorio	Único	Autonomías territoriales
Jurídica	Un sistema jurídico	Pluralidad jurídica
Cultura	Hegemónica	Pluralidad de culturas
Tiempos	Modernidad	Pre modernidad y post mod.
Poder	Soberano	Autodeterminación

272 *Ibid.*, p. 60.

10. Del estado monocultural al estado intercultural

La historia de nuestro país –de igual modo la de nuestra región e incluso del mundo, ahora acentuado con la globalización– se caracteriza por el predominio y hasta la imposición de una sola cultura hegemónica, con pretensiones de universalidad. La cultura hegemónica invisibiliza y hasta destruye las otras culturas existentes en un mismo espacio y tiempo. Los mecanismos que han usado quienes detentan la cultura hegemónica han sido varios, tanto de carácter público como privado, que en su momento han sido magistralmente expuestos por Foucault a través de su teoría del disciplinamiento:²⁷³ la familia, la iglesia, la escuela, el hospital, la cárcel, entre otras, son espacios en los que las personas se estandarizan o uniforman en todas sus manifestaciones.

La sociedad y el estado promueven sutilmente una forma de vida y una manifestación

273 Véase, por ejemplo, en el ámbito de la sexualidad su *Historia de la sexualidad*, en tres tomos, en el ámbito médico: *El nacimiento de la clínica: una arqueología de la mirada médica*, en el ámbito penal-estatal: *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, en el ámbito lingüístico: *Arqueología del saber*, en el ámbito psiquiátrico: *Historia de la locura en la época clásica*.

cultural. El modelo ideal de ser humano es una persona heterosexual, rodeada de una familia nuclear, que vive para satisfacer sus necesidades materiales a través del consumo, con religión judeo-cristiana, mestiza, patriarcal, individualista, urbana, profesional, propietaria y apolítica. Alrededor de este imaginario (reconozco que bastante simplificado) giran las institucionalidad pública y privada.

Veamos, ejemplificativamente, formas de transmisión de estos valores. Lo patriarcal comienza muy temprano en la vida, incluso antes del nacimiento, y que se manifiesta en los colores que identifican los sexos, el rosado para las mujeres, que estarán condenadas a la delicadeza y a la maternidad, y el azul para los hombres, que se dedicarán a juegos y a procesos de crecimiento más violentos. En lo económico, no habrá un solo programa de televisión que no tenga propaganda explícita o sutil que sugiera que la felicidad se consigue adquiriendo y comprando bienes que no son útiles ni saludables, como artículos de belleza o bebidas llenas de azúcar y colorante.²⁷⁴ En lo religioso, la mayoría

274 “Lo que resulta cada día más evidente es que una crítica así resulta incapaz de distinguir la necesaria, la indispensable denuncia de la complicidad de la televisión con las manipulaciones del poder y los más sórdidos intereses mercantiles – que secuestran las posibilidades democratizadoras de las información y de la creatividad cultural imponiendo la banalidad y mediocridad rampante en la inmensa mayoría de la programación”, J. Martín-Barbero, *op. cit.*, p. 50.

cristiana se hará sentir en cada festejo escolar y en cada reunión familiar. En el desarrollo de personalidad, la moda no dejará lugar a elección ni siquiera en la forma de vestirse ni de transportarse... y así podríamos ver, en todos los ámbitos de la vida, una tendencia a uniformarse. Así, por ejemplo, las opciones de ocio y turismo, el libro que se lee, el programa que se ve, la ropa que se viste, las opiniones que se tienen, los amigos que se escogen, los lugares que se visitan y la comida que se escoge, las ideas que se piensan y hasta el lugar y la forma de morir.

Por supuesto que tenemos la ilusión de ser “libres” y de poder escoger alternativas distintas a la cultura dominante, y efectivamente muchos lo hacen. La cultura admite un grado tolerable de disenso que lo que hace es confirmar la regla de la cultura dominante, que Echeverría llama “momentos extraordinarios en el límite”.²⁷⁵

El peor rasgo del estado monocultural es que la forma de manifestar la subordinación o invisibilización de las otras culturas es a través de la discriminación: cuando la cultura diversa tiene que ver con lo indígena o lo afrodescendiente, el racismo se manifiesta; si es con el extranjero, la xenofobia; si es con la opción sexual, la homofobia; y así con cada una de las catego-

275 Cuando estos momentos extraordinarios son colectivos se está ante una revolución o ante la barbarie. Véase B. Echeverría, *op. cit.*, p. 155.

rías por las que no se puede diferenciar para impedir o restringir el ejercicio de derechos.²⁷⁶

Lo cierto es que, afortunadamente, existen culturas distintas a la hegemónica que, en un estado y una sociedad que no las reconocen, resisten. Las más evidentes son las que viven las personas y colectividades indígenas y afrodescendientes. Estas –y otros grupos sociales que manifiestan culturas distintas a las hegemónicas, como aquellos de otra nacionalidad– están actualmente subordinadas.

Cuando la Constitución de 2008 establece que el Ecuador se organizará mediante un estado intercultural, está expresando con claridad dos ideas. La una, constatación de una realidad, que reconoce que en el Ecuador existen culturas distintas a la hegemónica; la otra, una aspiración, que todas las culturas tengan la posibilidad de desarrollar al máximo sus potencialidades y poder compartir y aprender de otras culturas.

El llamado del estado intercultural no es cambiar de una cultura hegemónica a otra ni tampoco de ser simplemente multiculturales. No se trata de que las culturas hoy subordinadas sean hegemónicas. Más de una vez he escuchado que eso es lo que se pretende cuando la Constitución ha reconocido como un valor importante el *sumak kawsay*. Nunca se ha pensado, desde la perspectiva opuesta, cuando des-

276 Constitución, Art. 11 (2).

de la primera Constitución se estableció que para tener representación política se debía ser ciudadano, que efectivamente fue una imposición occidental europea excluyente. El *sumak kawsay* es un valor y una forma de entender la vida que, bien comprendido, sin duda puede ser compartido por cualquier persona o colectividad. Así como la dignidad es un valor occidental digno de ser difundido y valorado, muchos valores que son promovidos por los movimientos indígenas tienen el mismo potencial.

La interculturalidad no es multiculturalidad. Como bien lo distingue Walsh,²⁷⁷ la multiculturalidad es un término descriptivo, que hace referencia a la existencia de varias culturas en una unidad territorial y que muchas veces conviven involuntariamente, como los inmigrantes. La noción de multiculturalidad es indiferente al tratamiento político de los grupos diversos. Caben en un estado multicultural la promoción de una cultura hegemónica o la segregación de una cultura subordinada. Además, el término obvia la noción relacional: “oculta la permanencia de las desigualdades e inequidades sociales que no permiten a todos los grupos relacionarse equitativamente y participar activamente en la sociedad, dejando así intactas las estructuras e instituciones que privilegian a unos en relación a otros”.²⁷⁸

277 C. Walsh, *Interculturalidad, Estado, sociedad...*, op. cit., p. 42.

278 *Ibid.*, p. 43.

La interculturalidad significa “el contacto e intercambio *entre culturas* en términos equitativos; en condiciones de igualdad”.²⁷⁹ Toda cultura es una dimensión de la vida humana que se reproduce a sí misma.²⁸⁰ No existen mejores culturas o una “alta cultura” y otra “baja”, que por lo demás esta distinción no es otra cosa que el reflejo de sociedades jerarquizadas y con una fuerte presencia de una cultura hegemónica.²⁸¹ Toda cultura es susceptible de cambiar, mejorar y perfeccionarse, en el sentido de que puede ofrecer mejores posibilidades para un “buen vivir”. Esta “evolución” puede darse por auto-crítica pero, sobremanera, por aprendizaje de otras culturas.

¿La cultura hegemónica puede aprender algo de culturas subordinadas? ¿Las culturas subordinadas pueden aprender algo de la cultura hegemónica? Sin duda que sí y en muchos ámbitos. Por ejemplo, el individualismo y la competitividad fomentada por la cultura hegemónica global, que ha generado tantos índices de suicidio y de dependencia a fármacos en los países del norte, pueden aprender tanto de la vida comunitaria y solidaria de muchas comunidades indígenas. Nociones como las de democracia representativa pueden enriquecerse con las formas de obtener consensos en las demo-

279 *Ibid.*, p. 41.

280 B. Echeverría, *op. cit.*, p. 165.

281 *Ibid.*, p. 170.

cracias comunitarias de muchas partes de la región andina. Así mismo, culturas indígenas pueden aprender sobre las múltiples luchas y reflexiones que han hecho los movimientos feministas de occidente y revitalizar la participación y el respeto a la mujer.

Boaventura de Sousa Santos propone una metodología de diálogo, que la denomina “hermenéutica diatrópica”, por la que propone una forma de conocimiento y enriquecimiento entre dos culturas. Desde ese encuentro, Santos concluye, por ejemplo, que existen nociones de respeto a la persona semejantes a lo que conocemos como dignidad. El encuentro entre culturas debe ser “mirándonos la cara, no es lo que yo llamo “estas juntos pero de espaldas, un auténtico diálogo de culturas. Una interlocución entre pares”.²⁸²

La interculturalidad no es una propuesta simple y pacífica. Implica profundas transformaciones en todo orden, tanto individual privado como político estatal. La gestión de la interculturalidad requiere transformar todos esos espacios, discursos e instituciones que actualmente promueven una cultura hegemónica, una realidad, un modelo de vida. Imaginémosnos, por un instante, cómo se configuraría una familia, una escuela, unos medios de comunicación, unos estados realmente interculturales.

282 L. Macas, *op. cit.*, p. 93.

Las familias serían más interétnicas, se promoverían distintas formas de espiritualidad, las niñas también se vestirían de azul, de vez en cuando cultivaríamos la tierra; en las escuelas existirían indígenas y afrodescendientes, aprenderían kichwa, comerían cocadas en los recreos; en los hospitales encontraríamos shamanes, nos darían más agüitas de hierbas en lugar de pastillas, nos escucharían más en lugar de ver exámenes médicos; los medios de comunicación nos mostrarían poesía, mitos, paisajes distintos, voces y vidas inimaginables, nos promoverían el buen vivir además del consumismo; quizá no existiría cárcel y todas las sanciones serían reparatorias... La vida, sin duda, sería menos rutinaria, más interesante y retadora.

Teniendo esa posibilidad de aprender de las otras culturas, además miraríamos esa realidad de exclusión, marginación, discriminación que no queremos ver. En un estado intercultural la opresión y la pobreza no podrían ocultarse ni tolerarse.

El estado intercultural no es, pues, una palabra inocente o novelera más. La propuesta no podrá limitarse a una reforma legal, a la incorporación de una materia en la escuela, a la creación de un ministerio, a un reportaje en la televisión pública. El estado intercultural tiene un rol central en la construcción de una sociedad diferente y emancipadora. La interculturalidad no puede ser impuesta desde arriba sino que debe ser un “proceso dinámico y proyecto

de creación y construcción desde la gente, que reconoce y enfrenta los legados coloniales aún vivos e incita al diálogo entre lógicas, racionalidades, saberes, seres, formas de vivir y mundos, que tienen derecho a ser distintos”.²⁸³

	estado monocultural	estado intercultural
Relación culturas	Hegemónica/ invisibles	Interrelación culturas
Resultado	Discriminación/ exclusión	Igualdad en la diferencia
Idioma	Uno oficial	Diversidad
Símbolos	Patrios	Ritos
Historia	Oficial/élites	Diversas/pueblos
Rol estado	Homogeneizar	Promover diversidad
Método	Imposición	Diálogo de saberes
Fin	Controlar/dominar	Emancipar

283 C. Walsh, *Interculturalidad, Estado, sociedad...*, op. cit., p. 59.

11. Del estado conservador al estado laico

En algún punto de la historia en el mundo occidental europeo, y en nuestra versión regional y nacional, la discusión y la disputa política era la relación entre la institucionalidad religiosa y política. Confundidas estuvieron y conseguir su separación fue una conquista importante. De hecho, las instituciones religiosas tenían poder económico, eran grandes propietarias y, en consecuencia, ejercían determinantes influencias en el orden político. Separar la esfera de las creencias religiosas de la política no fue una tarea fácil pero resultaba necesaria.

Uno de los argumentos fue la confusión y la invasión de ámbitos. La religión pertenecía al ámbito interno y la política al ámbito público. Otro argumento, desde la lógica de los derechos, la libertad de cultos impide que se imponga una creencia por sobre los otros cultos existentes; ser fiel de una congregación religiosa no debe ser nunca sinónimo de ciudadanía.²⁸⁴ Me

284 El extremo lo representa la Constitución promovida por García Moreno que exigía la adscripción a la religión católica como requisito para obtener la ciudadanía. De ahí que tiene sentido profundo la lucha del liberalismo por implantar en el país un régimen estatal laico.

arriesgo a un argumento más, que tiene que ver con la fuente de legitimidad democrática. Las organizaciones religiosas tienen serio déficit democrático, tanto en los procesos de selección de autoridades, la toma de decisiones, la publicidad como la responsabilidad ante sus seguidores. Existen esferas de poder que son inaccesibles a los fieles seguidores de sus doctrinas y tienen fuertes tintes patriarcales que no son cuestionados sino más bien promovidos. Estas prácticas sustentan un estado conservador, son evidentemente opuestas al estado contemporáneo y justifican la separación de ámbitos.

Sin embargo, el debate contemporáneo no debe centrarse entre una determinada religión, por predominante y privilegios que tengan, y su relación con el estado. Esta discusión pasa a segundo plano y las intervenciones políticas de agrupaciones religiosas deben verse como parte del ejercicio de las libertades de culto, pensamiento y expresión que tiene cualquier persona o agrupación. Es decir, siempre es legítimo que las iglesias y las agrupaciones religiosas sean un participante más, que interviene en igualdad de condiciones con otras personas o agrupaciones cuando se estén tomando decisiones que les afecten.

El debate centenario sobre la relación entre moral y derecho cobra inusitada fuerza en el estado contemporáneo y plurinacional y en la teoría del derecho neoconstitucional. El positivismo jurídico que camina de la mano con el

estado liberal pregonó la separación absoluta entre la iglesia y el estado, en el ámbito político, y la separación absoluta entre la moral y el derecho, en el ámbito jurídico. Hans Kelsen, como se ha dicho, sostuvo que el derecho y la moral son dos órdenes normativos claramente diferenciados.²⁸⁵ El derecho positivo tiene como objeto de estudio una norma válida, que puede ser descrita por la ciencia jurídica y ser cumplida mediante métodos coactivos. En cambio, las normas morales tienen como objeto normas derivadas del derecho natural, que no puede ser científicamente demostrado ni descrito, que tiene la función de valorar comportamientos o actos y que no puede usar al estado para garantizar su observancia. Para Kelsen la moral era consustancialmente conservadora y podía tener fines oscuros.²⁸⁶ De hecho, la moral y el derecho natural han justificado más de un gobierno autoritario; en cambio, el derecho positivo, por el sometimiento de los procedimientos y de las autoridades a normas preestablecidas, garantizaban la legitimidad de las normas. Kelsen no solo distinguió la moral del derecho sino incluso la ideología del derecho, que era un análisis impertinente a la ciencia jurídica.

Sin embargo, esta separación radical en teoría no fue consecuente en su aplicación. Ronald Dworkin demuestra que la moral nunca

285 H. Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, op. cit., p. 43.

286 *Ibid.*, p. 49.

fue ajena al derecho positivo, sino más bien, particularmente en los casos difíciles, determinante en la búsqueda de la solución. Dworkin sostiene que las normas jurídicas siempre permiten en su aplicación ámbitos de discreción, que son llenados por las convicciones morales de quienes aplican las normas.²⁸⁷ El filósofo norteamericano pone dos ejemplos en los que demuestra que la fuente para resolver los casos no fue el derecho positivo vigente sino normas moral.²⁸⁸ Sin las normas morales, el derecho positivo se estancaría y los legisladores perderían su fuente de inspiración.

La necesidad de valorar externamente las normas positivas vigentes surge en Europa después de la catástrofe producida por la Segunda Guerra Mundial. El positivismo y el estado de derecho, que cumplieron todos los requisitos formales tanto en Alemania como en Italia y España, permitieron gobiernos autoritarios-fascistas que violaron masivamente los derechos

287 Ronald Dworkin, “El modelo de las normas I”, en *Tomando los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 2002, 5a. ed.

288 En el caso *Riggs v. Palmer*, que trata sobre una persona que mata a su padre para apropiarse de sus bienes a través de la herencia. Al momento de resolver no había excepción a la norma, pero para no consagrar una injusticia se invocó un principio del derecho romano por el que “nadie puede beneficiarse de su propio dolo”. El otro caso fue el *Henning-sen v. Bloomfield Motors* que expandió el concepto de responsabilidad por daños a terceros, en un caso de un neumático defectuoso que, en una autopista, provocó daños que implicaron una indemnización que ampliaba la cobertura al bien producido.

de las personas. La Ley Fundamental de la República Federal de Alemania introduce categorías que no pueden ser entendidas autoreferencialmente por el derecho positivo, como la dignidad, sino que tiene que recurrir a la filosofía y a la moral.

Pero los valores, como la dignidad, la justicia, la equidad, la democracia, la solidaridad, no son las únicas normas que se introducen en las Constituciones contemporáneas, sino también los derechos humanos. Todos los derechos fundamentales son mínimos morales que gozan de aceptación universal.

Para más de un autor, las Constituciones contemporáneas concilian el ancestral debate entre moral y derecho, al incorporar como parte del derecho positivo normas que son morales: normas positivas con dimensión ideal.²⁸⁹ En la Constitución se plasma un deber ser que no podrá ser analizado de forma adecuada por las herramientas que ofrece el positivismo. Los juicios de valor que para Kelsen correspondían a las normas morales, se los puede hacer desde normas que ahora son constitucionales, por lo que el positivismo se torna anticuado e inadecuado para comprender el sistema jurídico contemporáneo.²⁹⁰

289 A. García Figueroa, *op. cit.*, p. 178

290 Santiago Sastre Ariza, "La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo", en M. Carbonell (editor), *op. cit.*, p. 252.

En el extremo positivista, la ley se presu-
mía justa (de hecho al cientista jurídico le esta-
ba vedado siquiera preguntarse sobre la justicia
o no de una norma, debía aplicarla si estaba vi-
gente y punto: *lex dura lex*). En el constitucio-
nalismo, como afirma Prieto Sanchís, la ley in-
justa por violar derechos debe, aunque vigente,
ser inaplicada si es una autoridad y desobedeci-
da si es una persona particular. El Constitucio-
nalismo fortalece la dimensión moral del dere-
cho e impone una condición sustancial para su
observancia.²⁹¹

Para otros autores, entre ellos Ferrajo-
li,²⁹² se debe mantener una estricta separación
entre moral y derecho, puesto que cada vez que
se abre un espacio de discrecionalidad e inter-
pretación, se invita a la arbitrariedad y a la falta
de control normativo.

En este contexto y en este debate, el pro-
blema de la moral y el derecho es un problema
del derecho constitucional y ya no exclusiva-
mente de la filosofía del derecho, y es ahí donde
el laicismo debe ser reinterpretado, debatido y
comprendido.

291 Luis Prieto Sanchís, *Constitucionalismo y positivismo*, Méxi-
co D.F., Fontamara, 1999, p. 71.

292 Véase Luigi Ferrajoli, *Democracia y galantismo*, Trotta,
Madrid, 2010. En este libro Ferrajoli responde a sus críticos
y a quienes demandan que se declare iusnaturalista. El maes-
tro italiano frontalmente se declara positivista e insiste en
los riesgos de las teorías no formalistas que abren los espa-
cios a la discrecionalidad.

¿De qué moral estamos hablando cuando se ha constitucionalizado valores y principios y estos deben ser comprendidos y aplicados?

Sin duda, no estamos hablando de cualquier moral. Hay una moral privada y otra pública. En la privada tenemos una personal y otra social. La moral privada personal debe ser descartada, aquella que tiene que ver con los valores que cada persona tiene sobre lo que debe ser la excelencia o corrección de su vida, como por ejemplo la práctica devota de una religión o su orientación y prácticas sexuales; la moral privada social tiene relación con las apreciaciones que uno tiene para relacionarse, como por ejemplo los criterios que se tienen para tener amigos y amigas, el desconfiar del desconocido, el ser gentil o indiferente frente a los vecinos. La moral privada suele ser autónoma, tradicional y suele aceptarse sin mayores razonamientos. Todos tienen derecho a tener sus propias valoraciones morales privadas, pero de ninguna manera se puede pretender imponerlas a la sociedad cuando se ocupa un cargo de poder o se ejerce alguna función pública. Una persona jueza, asambleísta, presidenta, alcaldesa, debe evitar aplicar sus valores morales privados en su gestión pública (salvo cuando coincidan con la moral pública). La moral privada llevada al ámbito público conlleva necesariamente a la intolerancia, a la discriminación y al autoritarismo. Por ello, cuando la moral privada se confunde o traslada a la pública nos alejamos de un gobierno laico.

¿Pero qué es la moral pública? ¿Cómo se relaciona la moral pública con la moral privada y con otros sistemas normativos? La moral pública debe tener ciertas características. Sin ánimo de agotar el debate vamos a seguir a Jürgen Habermas que propone un acercamiento que es pertinente para sociedades diversas y complejas,²⁹³ que permiten la convivencia de tendencias ideológicas e intereses grupales distintos, como la que se pretende con la construcción de un estado plurinacional e intercultural.

Moral y derecho son distintos pero relacionados. Se diferencian en que los principios, procedimientos y resultados de la moral no están jurídicamente regulados y, por tanto, la moral es incompleta e imperfecta. En cambio, el derecho debe contener procedimientos de fundamentación de los principios y de los resultados en la esfera pública, tanto en los debates parlamentarios (democracia deliberativa), en las decisiones administrativas (motivación) como en los procedimientos judiciales (argumentación jurídica). Se relacionan en tanto hay normas morales al interior del derecho: “la moral emigra al interior del derecho positivo,

293 Las ideas de Habermas, que seguimos en esta parte, fueron expuestas en las famosas Tanner Lectures en 1986, bajo la denominación de “Derecho y moral”, y en las que exploraba la legitimidad del derecho positivo en relación con la moral procedimental. Véase J. Habermas, *op. cit.*, p. 535-588.

pero sin agotarse en el derecho positivo”.²⁹⁴ En este sentido no toda norma moral (como la moral privada) es jurídica ni toda norma jurídica es moral (como el principio de oralidad en la justicia), y la moral no es, entonces, necesariamente superior ni anterior al derecho, como tradicionalmente han sostenido los iusnaturalistas.²⁹⁵ Estas normas constitucionalizadas requieren de interpretación moral que debe ser ajena a la moral privada.

La moral que está constitucionalizada –y hemos dicho que se evidencia en los derechos fundamentales– es la que debe ser aplicada de forma procedimental. Los presupuestos, semejantes a los de una democracia deliberativa, tienen que ver con los participantes, que son todos aquellos que tengan interés y aquellos a quienes afectarían las decisiones, el nivel de participación, el nivel de formación de los participantes, el grado de información y la claridad y nitidez con la que se argumenta y debata en los espacios de producción de la opinión pública.²⁹⁶ Habermas supone que cumplidas estas condiciones comunicativas, el resultado es lo que podría considerarse como moral pública. Esta moral es la que consideramos aceptable dentro de un estado laico. Lo cierto es que las condi-

294 *Ibid.*, p. 559.

295 Sobre el tema, véase Eusebio Fernández, “El iusnaturalismo”, en Ernesto Garzón Valdez y Francisco Laporta (editores), *El Derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, 2000, p. 53.

296 J. Habermas, *op. cit.*, p. 561.

ciones democráticas requeridas por Habermas no se presentan en nuestra realidad. Por ello conviene explorar otras perspectivas sobre la moral pública para la interpretación y aplicación de los principios constitucionales.

Otros autores han distinguido entre moral social y moral crítica.²⁹⁷ Moral social corresponde a las normas aceptadas por el *statu quo*, y que requieren un consenso mayoritario y al que las personas, sin mucha reflexión, nos adherimos. Esta moral es semejante a la que hemos denominado moral privada. En un estado constitucional esta moral no es la adecuada, dada que las decisiones y los actos están condicionados, limitados y vinculados por los derechos constitucionales. La moral crítica, aquella que correspondería a la moral pública, en cambio, tiene relación con lo que es más conveniente y aceptable para cualquier persona y grupo humano desde una perspectiva de cambio, mejoramiento o transformación. La moral crítica debe ser argumentada, comentada, producto de la reflexión (y no de la adhesión, y, en consecuencia, no es autoevidente). Los resultados de la interpretación y aplicación de la moral crítica son aceptables a pesar de no ser aceptadas desde la perspectiva de la moral social o privada. Esto sucede, por ejemplo, con el ejercicio y manifestación de muchos derechos de libertad. En una sociedad contemporánea, que ha reflexionado

297 L. Prieto Sanchís, *op. cit.*, p. 75-83.

sobre el aborto y su relación con las libertades, la autonomía y hasta con la salud pública, un juez o jueza que personalmente está en contra del aborto no puede resolver un caso prohibiéndolo o imponiendo su convicción.²⁹⁸

En el sentido de la moral procedimental y crítica, el estado contemporáneo debe entender la laicidad. No es una simple relación entre religión y estado sino también entre creencias personales y valores que deben ser compartidos por todos, como los derechos fundamentales.

	estado conservador	estado laico
Moral	Individual	Colectiva
Características	Adhesión irracional Aceptada	Crítica Aceptable
Método	Imposición	Procedimental
Ámbito creación	Privada	Pública
Fin	Mantener status quo	Transformar/emancipar

298 En Estados Unidos, por ejemplo, la decisión *Roe v. Wade* (1973) de la Corte Suprema, no ha podido ser derogada por cortes con una marcada y fuerte tendencia conservadora-republicana-puritana. La razón tiene que ver con la moral crítica. La sentencia es aceptable aún para quienes creen que no se debe abortar y se considera que esa creencia personal no se puede imponer a la mayoría.

**IV. EL
NEOCONSTITUCIONALISMO
TRANSFORMADOR:
EL PARADIGMA
ESPERANZADOR, LAS
TENSIONES Y LOS RETOS**

1. El paradigma esperanzador

Que hay una crisis civilizatoria, nadie puede negar. En diferente medida todos lo sabemos y lo hemos experimentado. Si abrimos los ojos con un poco de atención, miraremos tanta miseria, explotación, discriminación, exclusión. El poder, entendido como la imposición de la voluntad de otro sin nuestro consentimiento, se ejerce de muchas maneras: la violencia que nos hace sentir inseguros, el modelo económico capitalista que nos hace consumidores insaciables e insatisfechos, la democracia estadística que nos cierra los espacios de participación y la posibilidad de pronunciarnos sustancialmente sobre lo que nos afecta, la estructura patriarcal y jerarquizada que nos excluye por nuestras identidades (clase, orientación, nacionalidad, etnicidad...), la monoculturalidad que desvalora e invisibiliza formas distintas de vivir la vida, el individualismo que nos condena a la soledad, a las relaciones por interés y al egoísmo.

La promesa de la modernidad de lograr la libertad, la igualdad y la fraternidad se ha cumplido para muy pocas personas y grupos humanos. En estos momentos de globalización

negativa aún ellas están siendo perjudicadas. Los medios usados por la modernidad: el estado nación, el capital y el mercado como medio y fin de las relaciones humanas, el individualismo, la democracia formal, el extractivismo y depredación a la naturaleza, el sistema patriarcal y la confianza ciega en la ciencia y la razón, no han funcionado, no lograron cumplir su objetivo, son inadecuadas.

Urge el cambio de paradigma. Los esfuerzos desde el derecho, que siempre llega tarde, a veces mal y muchas veces instrumentalizado por el poder, han sido unas veces importantes y otras tantas contraproducentes. El derecho que da forma al poder del estado no ha logrado al momento ponerse a la altura de la crisis civilizatoria. Por un lado, el neoconstitucionalismo europeo occidental al igual que el derecho anglosajón, apostaron por confiar en el poder de los jueces y juezas, y tratar, en la lógica global, de reproducir su modelo de estado nación constitucional a la esfera global. Por otro lado, a nivel latinoamericano se ha apostado a la ampliación de los derechos y a repetir el mismo modelo de estado europeo que tiene sus raíces profundas en el liberalismo del siglo XVIII, con la gran diferencia de que nuestros jueces y juezas nunca han sido poder y tampoco han podido ser independientes de los otros poderes.

Pero la realidad nacional y global exige además otros modelos, otra institucionalidad, otras fuentes de conocimientos, otra cultura,

otro paradigma. El mundo andino, que no se agota ni comprende solo dos países, ha pro- puesto una puerta para el cambio: el constitu- cionalismo transformador. En la constitución de Bolivia y del Ecuador se esbozan algunos ele- mentos que pueden dar luces para construir otro paradigma. El constitucionalismo transfor- mador, entonces, no es modelo elaborado, no se lo describe institucionalmente en la constitu- ción, no tiene todas las respuestas. El constitu- cionalismo transformador recoge los principios que ayudan a construir el nuevo paradigma, da pistas para caminar, y alienta la búsqueda de soluciones duraderas a problemas históricos.

En el artículo uno de la Constitución de Montecristi se recogen palabras clave para entender el salto cualitativo que tenemos que dar de un modelo de estado y derecho “coloni- zador” a otro “decolonizador”. De un estado que ejerce el poder para dominar, homogenei- zar, clasificar y oprimir a otro que democratiza el poder para emancipar, respetar, promover las diferencias que caracterizan y expandir las posi- bilidades de existencia para el buen vivir.

En la esfera política saltamos de un esta- do nacional a otro plurinacional en la unidad; de una autoridad personalista, que responde a sus propias creencias o a grupos de interés, a una autoridad que esté al servicio de otros y que responda, mediante una democracia comu- nitarista, a los intereses de los más vulnerables; de un derecho estatal al pluralismo jurídico. En

lo económico, de un modelo capitalista a uno de economía solidaria, que en lugar de centrarse en el capital y el mercado, se centre en el ser humano y el mercado se torne en un medio. En lo social, de un modelo que se basa en los dualismos y jerarquías a otro que integra, incluye y respeta las diferencias; de un modelo que privilegia los roles productivos a otro que armoniza con los roles de cuidado y fortalece los vínculos afectivos. En lo cultural de un modelo que descansa en la racionalidad, la tecnología y el mérito científico a otro que lo complementa con distintas formas de percibir el mundo “no racionales”.

El estado debe transitar del estado legal al constitucional, del estado de derecho al de derechos, del estado excluyente al estado de justicia, del estado liberal al social, de la democracia representativa a otra que la complementa con la democracia comunitarista y deliberativa, del estado nacional instrumento de políticas internacionales foráneas y de intereses de empresas multinacionales a estados que representen en el foro internacional la diversidad y a la naturaleza para construir un orden global más justo, de un estado que simplifica la complejidad humana a la ciudadanía, nacionalidad, al consumismo a otro que promueve la interculturalidad, de un estado que valora el *statu quo* a través de la moral social a un estado realmente laico que promueva la transformación de las estructuras de dominación y clasificación.

Este neoconstitucionalismo no es pues el europeo ni tampoco el latinoamericano que se dibuja en las mayorías de Constituciones de la región. Convive y se nutre de ellos, pero no se queda ahí: propone, cuestiona, busca emancipar. No tiene, como hemos dicho, todas las respuestas ni tampoco la imagen de una institucionalidad diferente. De ahí que, con mucha razón, se proponga como característica el ser experimental. Como dice Santos, “no es posible resolver todas las cuestiones ni prever todos los accidentes propios de un constitucionalismo desde abajo y transformador”.²⁹⁹

Todos los saberes críticos, que cuestionan y se cuestionan, los del “norte” y los del Sur, que buscan que los seres humanos, las colectividades, las nacionalidades, los pueblos se emancipen de las ataduras del poder, en todas las esferas de la vida, se juntan para transformar todas las realidades, las que vemos, las que no queremos ver y las que no podemos ver, y deben juntarse para seguir construyendo este neoconstitucionalismo transformador, inconforme, incompleto, pero que da esperanza.

299 B. de Sousa Santos, *Refundación del Estado...*, *op. cit.*, p. 169 y s.; B. de Sousa Santos, “Conciliar diversas formas organizativas”, *op. cit.*, p. 194.

2. Las tensiones

La transición de un estado nacional y un derecho formal a un estado plurinacional y a un derecho transformador no es fácil ni tampoco es rápido. Pero los primeros pasos son decisivos. En estos radican las tensiones y creo que los pasos dados por el gobierno no han sido los mejores ni han estado bien encaminados en algunos aspectos.

Quisiera, para no desconocer lo positivo, destacar los aciertos. Este gobierno, como ningún otro, ha avanzado en muchos campos, tales como la salida de la base militar norteamericana del territorio ecuatoriano, el impulso a acuerdos regionales Sur-Sur, el control estatal de las rentas de las transnacionales, mayor participación estatal en las rentas mineras y petroleras,³⁰⁰ y ha puesto un énfasis enorme en lo que Fraser llamaría la satisfacción de las demandas de distribución. La social en educación y salud han sido insuperables, aún cuando se pueda cuestionar la calidad del gasto. Como la misma Fraser destaca, la distribución sin reconocimiento ni representación puede ser inade-

300 A. Acosta, "Cualquier restricción a la crítica...", *op. cit.*, p. 181, y B. de Sousa Santos, "Conciliar diversas formas organizativas", *op. cit.*, p. 194.

cuada y hasta contraproducente. Y ahí comienzan las tensiones.

Siete tensiones se pueden visualizar: (1) el régimen de transición, esto es la aplicación inmediata de la Constitución; (2) la representación, que se manifiesta en la desconfianza en la participación social y, en consecuencia, en el déficit democrático; (3) los defectos del hiperpresidencialismo que se sienten con fuerza en la aplicación de la Constitución; (4) el vaciamiento de la Constitución a través de las leyes secundarias; (5) la institucionalización para fortalecer el poder y no para transformarlo; (6) la persistencia en el modelo extractivista; y (7) la cultura jurídica de carácter privatista/civilista, que impide comprender el texto constitucional incluso en esferas gubernamentales y en la gran mayoría de escuelas de derecho.

1. El régimen de transición no ha sido fácil. Algunas normas, como aquella que ordenó el sorteo entre los magistrados de la Corte Suprema de Justicia para determinar la reducción de 31 magistrados a 21, fueron inaplicables; algunas instituciones se arrogaron funciones, como el Tribunal Constitucional que se autoproclamó en Corte Constitucional; algunos procesos se complicaron, como aquel de la selección del quinto poder en el que los criterios meritocráticos no fueron tan claros; los plazos para la elaboración de leyes que se consideraron importantes fueron muy cortos y en muchos casos se incumplieron. Algunos sectores de oposición han afirmado que el régimen

de transición tenía por objeto fortalecer el poder del presidente.³⁰¹

Lo cierto es que ninguna transición de un modelo a otro es fácil y que, como todo proceso de cambio estructural, toma tiempo. Sin embargo, el régimen de transición no fue debatido de forma adecuada ni tampoco fue diseñado de forma técnica: tiempos irreales, instituciones en transición sin compromiso por el cambio, responsabilidades en la ejecución poco claras y hasta conveniencia para fines políticos de una transición prolongada. A los dos años de aprobada la Constitución, ninguna autoridad designada mediante concurso ha sido nombrada; es decir, la renovación institucional y el ejercicio pleno de las atribuciones constitucionales no han podido ser aplicadas.

El régimen de transición, tanto por su diseño como por la forma como se ha ejecutado, ha conspirado contra la plena vigencia de la Constitución.

2. Una revolución, entendida como un cambio radical de un paradigma a otro, no puede realizarse sin una democracia profunda y construida desde abajo.³⁰² Las revoluciones por

301 Véase L. F. Torres, *op. cit.*, Julio Echeverría y César Montufar (editores), *Plenos poderes y transformación constitucional*, Quito, Abya-Yala, 2008.

302 Véase Marta Harnecker, “Construir un Estado desde abajo”, en M. Lang y A. Santillana (compiladoras), *op. cit.*, p. 185.

las armas, particularmente las que se intentaron en Latinoamérica en la segunda mitad del siglo pasado, se produjeron con mucha violencia, dolor y abusos a los derechos humanos. Por ello, aprendiendo de nuestra historia inmediata, luchar por cambios profundos es un imperativo y se los tiene que hacer por medios pacíficos. Desde los años noventa, Ecuador ha dado señas de participar políticamente de forma masiva y solidaria (movimientos indígenas con movimientos ciudadanos urbanos). Esas manifestaciones de participación no se han dado en todos los casos a través de canales institucionales porque éstos no ofrecían el espacio para hacerlo ni tampoco las cortes de justicia podían canalizar jurídicamente los conflictos. Las manifestaciones públicas en las calles eran la única vía.

La Constitución de Montecristi reconoce la importancia de la democracia y establece los derechos de participación; de igual modo, crea los espacios, en todos los ámbitos de poder, para que se manifieste la participación. Sin embargo, las prácticas del gobierno y de las instituciones del estado han sido contrarias al espíritu de la Constitución y han sido contraproducentes en cuanto a promover una democracia radical: las decisiones se toman en secreto, sin debate público y por parte de un grupo privilegiado que accede al presidente (buró político); las propuestas normativas en las que las personas, colectividades y nacionalidades tienen derecho a participar porque les concierne, han

sido elaboradas a sus espaldas y sin recoger sus perspectivas (Ley de Aguas, Código Orgánico de la Función Judicial, Ley de Minería, Ley de Soberanía Alimentaria, entre otras); las formas de participación promovidas por el gobierno no son espacios que propician el debate y la deliberación, como manifestaciones de apoyo y hasta la consulta popular de espalda a los grupos y movimientos sociales organizados; las relaciones entre el gobierno y la asamblea han sido tensas siempre cuando las propuestas eran controvertidas por el parlamento, a pesar de contar con una mayoría parlamentaria.

Quizá la manifestación de la restricción de la participación más lamentable del gobierno es la forma cómo se ha relacionado con el movimiento indígena, que es el movimiento histórico más importante, que es el que ha promovido los cambios más significativos en el constitucionalismo ecuatoriano, que incluso fue uno de los movimientos importantes para que el actual gobierno esté en el poder y es el actor sin el cual no se puede construir un estado plurinacional. En primer lugar, el gobierno ha intervenido en las comunidades indígenas sin contar con la intermediación de la organización indígena nacional; esto a la postre fomenta división y debilita su organización. En segundo lugar, ha desprestigiado a los líderes indígenas que han sido designados conforme a sus procedimientos propios, calificándoles de la misma manera como si fueran un organismo corporativo y con

agendas particulares. En tercer lugar, y el más censurable de todos, es que ha utilizado el derecho penal para reprimir las protestas públicas, aplicando un tipo penal que solo regímenes de extrema derecha lo harían: el terrorismo. Decenas de juicios penales están en fase de investigación no solo contra indígenas sino también contra otros actores como activistas del movimiento ecologista.

Alejandro Moreano hace notar que los ataques del presidente se han dirigido también en contra de maestros, trabajadores, estudiantes y demás fuerzas fundamentales que deberían soportar un proyecto de transformaciones sociales. “Los pueblos indios, los maestros, los trabajadores, nunca han sido parte del gobierno... siempre fueron excluidos del gobierno, siempre fueron adversarios, y ahora, enemigos”.³⁰³

Boaventura de Sousa Santos manifiesta que una de las mayores preocupaciones que debemos tener es evitar caer en “la tentación autoritaria y represiva de los gobiernos de izquierda: allí es donde está la herencia más autoritaria de la cultura política latinoamericana: es el recurso a la represión como la manera más fácil de resolver los problemas”.³⁰⁴ Prada nos

303 Alejandro Moreano, “Necesitamos redefinir un proyecto de sociedad”, en M. Lang y A. Santillana (compiladoras), *op. cit.*, p. 110.

304 B. de Sousa Santos, “Conciliar diversas formas organizativas”, *op. cit.*, p. 194.

recuerda que toda revolución que recurre “al mecanismo paranoico de la represión” termina siendo víctima del uso de la violencia estatal.³⁰⁵

Por otro lado, utilizar un medio de democracia directa, como la consulta popular o el referéndum, no es necesariamente un sinónimo de incremento de participación ciudadana.³⁰⁶ La participación en una democracia auténtica, desde abajo, deliberativa, requiere, como hemos visto, de ciertas condiciones: información, debate sustancial, que los afectados opinen. El tiempo, los espacios de debate, la calidad de

305 Raúl Prada, “Es indispensable pensar otra forma de gobierno”, cit. por B. de Sousa Santos, “Conciliar diversas formas organizativas”, *op. cit.*, p. 192.

306 En enero de 2010 el Presidente Correa ha presentado a la Corte Constitucional una petición para dar trámite a diez preguntas para consulta y referéndum. Entre las segundas se establecen reformas constitucionales sobre garantías penales, que, de acuerdo a Ferrajoli, están en la esfera de lo no decidible por mayorías. La introducción de la pregunta es la que induce a la respuesta. Se dice que la finalidad es combatir la inseguridad ciudadana. El medio escogido es que los presos sin sentencia puedan estar indefinidamente encerrados. El fin con el medio es inconsistente porque cae en la falacia formal. En la vida real el cambio de norma no va a mejorar ni empeorar la inseguridad ciudadana. Además lo que se requiere es sentencias oportunas y no privaciones de libertad sin condena, que siempre violarán la presunción de inocencia y el derecho a ser juzgado en un plazo razonable. Una pregunta falaz y que restringe derechos, por más apoyo popular que tenga, no favorece a la participación ni construye la democracia, todavía más cuando quienes serán afectados, los más marginales de la sociedad que son los que entran en el sistema penal, no tendrán la oportunidad de opinar.

información, el tipo de preguntas que inducen la respuesta, que son falaces y que se derivan en anexos de alta complejidad teórica, conspiran contra el cumplimiento de estas condiciones. Además que las preguntas invaden esferas y competencias propias de otras funciones, como la de transparencia y control social, la parlamentaria y la judicial.

En suma, el déficit democrático es enorme y, como se ha afirmado en líneas anteriores, la redistribución de la riqueza y de los bienes sociales sin representación, acaba siendo paternalismo o intervención a corto plazo. No hay que olvidar, como nos recuerda Alberto Acosta, que una Constitución es “un proyecto de vida en común, que debe ser elaborado y puesto en vigencia con el concurso activo de la ciudadanía”.³⁰⁷

3. De la mano de la anterior tensión, tenemos la figura central y protagónica del presidente. No es comprensible pensar que todo un proceso histórico acabe concentrándose en la capacidad de ejercer el poder de una persona. Esto tiene serios problemas en la construcción de un estado constitucional de derechos y justicia.

En primer lugar el centro de gravedad de un proceso de cambio se traslada de los pueblos

307 Alberto Acosta, “La Constitución de Montecristi, medio y fin para cambios estructurales”, en INREDH (compilador), *Nuevas instituciones del Derecho Constitucional ecuatoriano*, Quito, INREDH, 2009, p. 7.

a una persona: el estado y los cambios se construyen desde arriba. En segundo lugar, el proyecto de cambio se torna frágil y efímero; depende de la existencia o influencia del caudillo, si desaparece el caudillo o pierde influencia, el proyecto le sigue la misma suerte. En tercer lugar, todo poder que se concentra tiende a ser arbitrario, esta es una constante en la historia y no depende de las buenas intenciones de quien lo ejerce; los otros poderes del estado no tienen peso alguno en las decisiones, no ejercen un rol de balance ni contrapeso y, al contrario, lo que se decide desde el ejecutivo es decisivo en los otros poderes. En cuarto lugar, el presidente parece no tolerar los disensos internos peor los externos; la crítica no es tolerada y parece ser una condición para el alejamiento de las esferas del poder. Es evidente que la parte más crítica del movimiento y quizá la más radical en cuanto a los cambios, está fuera del gobierno. Sin crítica no hay corrección y sin corrección se cometen muchos errores que pudieron ser evitados si es que hubiese más participación.

El presidente, y en general cualquier órgano que concentra poder, mientras más poder delegue, más poder adquiere; mientras más consulte y escuche las opiniones de disenso, más adecuadas decisiones tomará. El modelo de estado requiere democratizar el poder, descentralizar los procesos de toma de decisiones. La urgencia del cambio, la necesidad de un liderazgo fuerte, la tradición presidencialista del país y

de la región, no pueden ser un pretexto para recurrir a una fórmula que históricamente en este país no ha funcionado.

Este personalismo se refleja en todas las instancias de poder y organización. No es casual que sea personalista y perdure en el tiempo el liderazgo en, por ejemplo, las federaciones de fútbol, organizaciones sindicales, organizaciones de derechos humanos, organismos gremiales. No cambiar las prácticas de ejercicio personalista del poder desde el estado significa perpetuar una organización social que excluye y que no permite la diversidad de voces y liderazgos, tan importantes en la construcción de un estado plurinacional.

4. La Constitución de 2008 de forma clara y determinante vinculó a todo el estado a la promoción y respeto de los derechos.³⁰⁸ Esta obligación se especifica para todos y cada una de las funciones del estado y para los servidores públicos que la conforman.³⁰⁹ En particular, de acuerdo con la norma suprema, todo órgano con potestad normativa debe adecuar formal y materialmente las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos.³¹⁰

308 Constitución, Art. 3.1 y 11.9.

309 Constitución, Art. 426.

310 Constitución, Art. 84.

El desarrollo normativo de la Constitución es permanente y complejo. Lo hacen todas las funciones de estado y su seguimiento puntual es una tarea complicada. Sin embargo, si uno mira la labor del parlamento desde que se expidió la Constitución, puede encontrar algunos defectos que tienen que ver con el alejamiento o la franca violación a la Constitución, fenómeno que Alberto Acosta denominó “vaciamiento de la Constitución”.³¹¹ Esto ha sucedido en algunas leyes, por ejemplo, la ley de minería que atenta contra los derechos de la naturaleza,³¹² las reiteradas y contraproducentes reformas que tienen que ver con el derecho penal y procesal penal tienen un marcado tinte autoritario y violan abiertamente los derechos establecidos en la Constitución,³¹³ propias de un estado que comienza a utilizar la represión como forma de control y de satisfacción de la venganza social a pretexto de inseguridad ciudadana; la Ley Orgánica de Garantías Jurisdic-

311 A. Acosta, “La Constitución de Montecristi...”, *op. cit.*, p. 9.

312 Véase Mario Melo, “Inconstitucionalidad de la Ley de Minería”, recuadro, en A. Acosta, *La maldición de la abundancia*, *op. cit.*, p. 106.

313 La reincidencia viola el principio de inocencia y el “ne bis in idem”, además que castiga a un procesado por el fracaso del estado en rehabilitar; la ocultación de bienes robados tiene una modalidad de tipo penal abierto y puede sancionar el comercio informal al reprimir a quien no prueba la propiedad de los bienes; se aumentan las penas desconociendo toda la evidencia empírica que demuestra que a mayor penas, más violencia. En el ámbito procesal, se otorga más poderes al fiscal y se ordena valorar las detenciones.

cionales establece regulaciones a las acciones de protección que entran en la esfera de la restricción de la tutela por establecer más requisitos de los establecidos en la Constitución; la Ley Orgánica de Participación Ciudadana reconoce y desarrolla, aunque de forma harto deficiente y ambigua, el derecho a la participación, haciendo remisiones constantes a otras regulaciones y no determinando responsables, además que se perdió una maravillosa oportunidad de hacer efectivo, en este ámbito, el estado plurinacional al incorporar formas distintas de participación.

Si se compara la producción normativa con la posterior a la Constitución del 1998, la labor de la Asamblea Nacional ha sido importante. Pero hay proyectos de leyes cuya discusión no contó con la participación activa de los involucrados y la iniciativa legislativa sigue concentrada en órganos del estado. Por otro lado, las garantías secundarias, que refuerzan el mandato de normar de acuerdo con los derechos, son aquellas encomendadas a los jueces y juezas, que tienen el deber de corregir los defectos legislativos en los casos que conocen o, como sucede con la Corte Constitucional, en términos generales y abstractos. El hecho de que la Asamblea Nacional incumpla con sus obligaciones constitucionales es grave. Pero más grave aún es cuando los jueces y juezas no asumen sus responsabilidades de forma adecuada y conciente.

5. La institucionalización del país es absolutamente necesaria. Se suponía que la Cons -

titución de 2008 iba a reestructurar completamente al estado. Cuestión que sucedió “a medias”; y también se suponía que la Constitución iba a cambiar a todas las autoridades para un “borra y va de nuevo”, que no sucedió al menos en los primeros años del período de transición.

En el diseño de un estado plurinacional, la declaración del artículo uno no tuvo su correlato en la organización del poder. Quizá faltó mayor reflexión teórica y más debate. Un estado plurinacional debe comprender no solo la democracia representativa, sino la participativa y la comunitaria. En la primera debe haber formas de representación colectiva y no solo individual. El mismo comentario se aplica para los otros poderes de estado. Creo que la teoría crítica aún no ha salido de los moldes institucionales desarrollados por el pensamiento liberal del siglo XVIII.

Se crearon constitucionalmente dos poderes. Uno el electoral, que podría, sin problema alguno, ser parte de otra función del estado sin que sea particularmente innovadora la propuesta. El otro de participación ciudadana, que tiene el gran defecto de basarse en el mérito más que en la legitimidad social.

La consulta y referéndum planteados en enero de 2011 por el presidente afectaron a la institucionalidad del estado. En primer lugar, se plantean preguntas que pueden ser discutidas democráticamente en las esferas parlamentarias nacionales y locales, donde se garantizaría más

información y más debate. El parlamento, en estas preguntas, deja de ser el espacio privilegiado de democracia representativa. En segundo lugar, quita potestades al quinto poder en la selección de autoridades judiciales, cuándo no se le ha dado la oportunidad siquiera de ejercerlas y demostrar la imparcialidad y probidad en la selección. En tercer lugar, crea una comisión de reforma a la función judicial conformada por autoridades que tienen relación con el poder ejecutivo. Es decir, en lugar de fortalecer institucionalidades, desconfía, quita potestades, suplanta autoridades de tres funciones del estado. Mal augurio para la construcción de institucionalidad conforme a la Constitución.

6. La plurinacionalidad, el *sumak kawsay* y los derechos de la *pachamama* son tres pilares sobre los que se sustenta el nuevo cambio paradigmático. En la práctica y en la relación al manejo económico, su implementación se manifiesta en el modelo de “desarrollo” que el estado aplica. Sin duda, en este aspecto, el gobierno también tiene un déficit enorme en la aplicación de la Constitución. Este gobierno sigue apostando al modelo extractivista que históricamente se ha demostrado que degrada irreversiblemente a la naturaleza, fortalece los vínculos del modelo con el capitalismo, hace que se inserte el país en el mercado internacional de forma subordinada, utiliza las jerarquías y clasificaciones propias de un modelo explotador. Todos los principios y postulados del régimen del buen vivir y el régimen de desarrollo no po-

drán ser una realidad si el gobierno sigue apostando al modelo extractivista.³¹⁴

7. En relación a la cultura jurídica, se ha presentado un fenómeno parecido al que sucedió en Colombia cuando se enfrentaron concepciones de derecho distintas,³¹⁵ la una encabezada por la Corte Constitucional y la otra por la Corte Suprema de Justicia, y a la que se denominó metafóricamente “choque de trenes”. En Ecuador la línea contemporánea de derecho, que promueve un estado constitucional garantista, se ha denominado “neoconstitucionalismo”³¹⁶ y se ha enfrentado con el derecho civilista positivista. Así, por ejemplo, se ha afirmado que la doctrina sobre derecho constitucional hace retorcijones, y que “el ‘neo constitucionalismo’, significa poder sin reglas, colectivismo, ciudadanía sometida”,³¹⁷ que la teoría es una

314 Para mejores argumentos y para no invadir esferas que no tengo competencias profesionales, sugiero leer A. Acosta, *La maldición de la abundancia*, *op. cit.*

315 Ver Diego Eduardo López Medina, *El derecho de los jueces*, Bogotá, Legis, 2006, p. 326-330.

316 A propósito del primer libro que publicó el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, que fue inmediatamente posterior a la expedición de la Constitución, que se intitula “Neoconstitucionalismo y sociedad” y de alguna sentencia de la Corte Constitucional en la que ha afirmado que la teoría que encarna la Constitución de Montecristi es la “neoconstitucional”.

317 Fabián Corral, “Estado sin derecho”, en *El Comercio*, 2 de febrero de 2009, <http://www.elcomercio.com/noticiaEC.asp?id_noticia=254293&id_seccion=1>, visita: 27 de febrero de 2009.

habilidosa fórmula para ocultar dictaduras³¹⁸ y que “la versión política del constitucionalismo, que tras la literatura y la retórica, revela, además, enorme pobreza conceptual y notable ausencia de raíces, de reflexiones propias”.³¹⁹ La descalificación a la Constitución y a la teoría que la sustenta ha sido a través de artículos de prensa, con carácter inminentemente político-opositor y no ha habido producción literaria importante ni sustentada filosóficamente.

La Constitución requiere nuevas categorías jurídicas y de una renovada teoría del derecho, ya que está cargada materialmente de contenido, con muchos principios y con una Corte que produce derecho además del legislativo. La Constitución y el derecho no puede más ser exclusivamente leída a la luz del título preliminar del Código Civil. Lo que sucede en el plano doctrinario, se replica en el plano de aplicación del derecho. Superar estos problemas implican incidir en programas y metodologías nuevas de enseñanza en el derecho, tanto en universidades como en las instancias de aplicación de la ley, promover juristas creativos y críticos, desarrollar criterios de interpretación distintos a los tradicionales de resolución de antinomias (sub-

318 Fabián Corral, “La Constitución arbitraria”, *El Comercio*, 9 de febrero de 2009 <http://www.elcomercio.com/noticiaEC.asp?id_noticia=255789&id_seccion=1>, visita: 27 de febrero de 2009.

319 Fabián Corral, “¿Es útil la Constitución?”, *El Comercio*, 23 de febrero de 2009, p. 12.

sunción) y anomias (analogía) y, en fin, una relación de compromiso del Derecho y quienes lo crean y aplican con los sectores más vulnerables de la sociedad.

Finalmente, podríamos afirmar que las críticas y comentarios a la Constitución se han reducido a aspectos puntuales de la Constitución y no se ha visto la misma en su integralidad. El presidencialismo y la idea de la concentración de poder han sido comentados sin analizar el garantismo que podría ser el límite y el control del poder ejecutivo. En unos casos parecería que la Constitución se reduce a la función ejecutiva³²⁰ y que las garantías no son mecanismos de protección de derechos y en otros se ha sostenido que son contradictorias con el presidencialismo y que, en esa contradicción, prevalece el poder ejecutivo por sobre el control constitucional.³²¹ Por otro lado, desde la perspectiva metodológica, quienes han escrito sobre

320 Luis Fernando Torres, “El presidencialismo constituyente y el Estado constitucional de Montecristi”, ponencia presentada en el foro organizado por la Universidad Andina Simón Bolívar, noviembre de 2008.

321 Sin duda el trabajo mejor sustentado en términos teóricos de los que he podido conocer en contra de la Constitución, especialmente del régimen de transición y del hiper-presidencialismo, como lo llama, y que reconoce los avances en términos de constitucionalismo contemporáneo y garantismo, lo encontramos en César Montufar, “La Constitución ecuatoriana 2008 y su base de legitimación plebiscitaria”, Universidad Andina Simón Bolívar, Área de Estudios Sociales y Globales, Quito, febrero de 2009, art. sin publicar en viado por c. electr.

la Constitución confunden, como comentamos al inicio de este libro, el plano de la realidad política con el modelo teórico-formal de la Constitución de 2008. Al confundir estos planos, fácilmente se cae en la falacia real, al suponer que la Constitución no tiene sentido porque no se aplica, cuando por ejemplo afirma que al existir un gobierno autoritario la Constitución avala una dictadura. Bobbio distingue con absoluta claridad estos planos, que se abordan desde perspectivas científicas distintas (la justicia desde la filosofía, la validez desde la ciencia jurídica y la eficacia desde la sociología del derecho).³²²

El neoconstitucionalismo transformador pretende ofrecer doctrinas contemporáneas para superar una crisis a la que se ha llegado por la promoción de una ciencia jurídica, una enseñanza y un sistema normativo propio de sociedades urbanas precarias, de individuos propietarios y dentro de estados nación. Nada más lejano que afirmar que se pretende acumular poder, cuando hay derechos que lo limitan; eliminar la seguridad jurídica, cuando se pretende universalizar el ejercicio de los derechos; suprimir las libertades, cuando se reconoce que sin libertades no pueden ejercerse los otros derechos y todos están interrelacionados; aumentar la arbitrariedad, cuando lo que se pretende

322 Norberto Bobbio, *Teoría general del Derecho*, Bogotá, Temis, 2008, 2a. ed., p. 22-24.

es tener controles jurídicos sobre todos los espacios de discrecionalidad de los poderes públicos y privados.

Una nueva cultura jurídica, que sea comprometida con la emancipación, requiere un cambio radical en la comprensión del derecho y sus manifestaciones. No se exagera si se afirma que quizá uno de los principales obstáculos para el cambio paradigmático y para la aplicación auténtica de la Constitución ha sido la presencia de juristas comprometidos con el *statu quo* dentro y fuera del gobierno, aferrados al derecho civil-privado y al compromiso con la ley por la ley, y no al compromiso con la gente que más sufre y para quienes la constitución y la ley deberían ser instrumentos de poder (y no de represión).³²³

323 Véase, para más profundidad en el análisis de la cultura jurídica dominante, a la que se podría denominar inquisitiva, y la emancipadora: Ramiro Ávila Santamaría, “Cultura jurídica, facultades de derecho y función judicial”, en Santiago Andrade y Luis Ávila (editores), *La transformación de la justicia*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.

3. Los retos

El neoconstitucionalismo transformador es un camino por construir y por recorrer, que toma tiempo, compromiso, diálogo intercultural y auténtica participación. Las posibilidades de innovación y adaptación que ofrece la Constitución son enormes. Mencionemos algunos retos que hay que afrontar y que desarrollamos a continuación: (1) la inevitable ilegitimidad de una constitución fuertemente materializada; (2) los vínculos que hay que construir con los movimientos sociales, en particular con el movimiento indígena; (3) la interrelación que debe generarse entre el estado y la sociedad; (4) la democratización intercultural del poder; (5) la construcción orgánica de la plurinacionalidad ¿reforma a la Constitución?; (6) seguir pensando y fuerte.

1. Una Constitución con tal enumeración de derechos, como la ecuatoriana, puede generar algunos efectos negativos y otros tantos positivos. Entre los efectos negativos podemos enumerar las posibles ineficacia, ilegitimidad del estado e inconsistencias normativas. Como efecto positivo, la materialización y la reinstitucionalización del estado.

Luigi Ferrajoli³²⁴ sostiene que mientras más derechos se reconoce, más posibilidades de que un estado se torne ilegítimo, y que, contrariamente, mientras menos derechos reconocidos, más legitimidad. Lo paradójico de la constatación es que en el segundo caso nos acercamos a un régimen autoritario en el que la voluntad soberana de la autoridad no suele ser contradictoria. El riesgo, en este sentido, de cualquier gobierno que aplique la Constitución es que será materialmente imposible tener un programa de plena realización de los derechos y que, por tanto, el nivel de frustración ciudadana sea enorme al punto de hacer ingobernable o impopular al gobierno de turno. El riesgo se disminuye si se asume la obligación de respetar los derechos y de permitir la corrección de parte de los órganos llamados a control los excesos y abusos de poder.

En Ecuador hay un dicho popular que dice que “los derechos son letra muerta” o que “los derechos son papel mojado”, para denotar que la brecha entre lo prescrito en la Constitución y la realidad son enormes e insuperables. El análisis sobre la realización de lo prescrito en la norma en la realidad es lo que Norberto Bobbio denominó eficacia.³²⁵ En este punto entra en cuestión el funcionamiento efectivo de las garantías constitucionales. La función judicial y la Corte Constitucional están dotadas de todas las herramientas y posibilida-

324 L. Ferrajoli, *Razón y derecho...*, op. cit., p. 854.

325 N. Bobbio, *Teoría general del Derecho*, op. cit., p. 20.

des para poder controlar todo acto del poder público que atente contra derechos o contra la supremacía constitucional. El reto, en este sentido, consiste en que la función judicial sea absolutamente independiente y que tenga el conocimiento, la sensibilidad suficiente y el compromiso para asumir el encargo de controlar la constitucionalidad y transformar desde sus ámbitos de competencia la realidad.

Si uno mira las estadísticas y las percepciones que tienen los usuarios de la función judicial, por un lado; y si se aprecia críticamente la relación entre la función judicial y la función ejecutiva, por otro, la reacción sería la de ser escépticos. Nadie confía en la justicia. El gobierno, a través del ministerio encargado de la justicia, dio señales importantes al promover un código renovador de la función judicial que nunca fue implementado y que pudo haber evitado la consulta sobre la reorganización de la justicia. Las políticas gubernamentales del gobierno han sido erráticas y hasta se ha entrometido inadecuadamente en la función judicial.³²⁶ El panorama se complica más con la intención del ejecutivo, mediante la consulta popular, de intervenir directamente en la refor-

326 Véase sobre el rol del ministerio en la justicia indígena Carlos Poveda, “La Cocha: 2002-2010, retrocesos en un estado constitucional de derechos y justicia social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, pluricultural y laico”, en *Novedades jurídicas*, año VII, No. 19, Quito, Edic. Legales MYL, 2010, p. 6.

ma judicial y en la conformación del máximo órgano administrativo. La sola pregunta denota la intención de romper con el principio republicano de la división de poderes.

La mencionada ley de la función judicial, ajustada a los principios de la Constitución, ofrece herramientas adecuadas para la transformación de la justicia: profesionalización de los servidores judiciales, a través de evaluaciones constantes y de la escuela judicial, y mecanismos de selección en base a méritos. Aplicar la Constitución y la ley es el camino, no la reforma constitucional que establecerá una norma que garantizará la intromisión de un poder sobre otro. El estado constitucional de derechos y justicia no podrá funcionar jamás si el poder que debe controlar judicialmente es manejado por el controlado. Las garantías jurisdiccionales, en este contexto, perderán su potencialidad de limitador del poder administrativo del gobierno. Y esta dificultad es mayor y de fondo.

Finalmente, al ser la Constitución tan innovadora, el sistema jurídico ecuatoriano se ha tornado manifiestamente antinómico (muchas normas anteriores a la Constitución contradicen su letra y espíritu). Si bien se dice que, en materia de derechos, la Constitución es de aplicación directa e inmediata, no cabe duda que, por la cultura jurídica imperante en el país que hace que el respeto a la ley por sobre cualquier otra norma sea casi incondicional, es importan-

te la reforma jurídica integral del sistema normativo ecuatoriano. El gobierno del Presidente Rafael Correa, no solo por la agenda legislativa impuesta en las normas transitorias sino también por la necesidad de cambiar la estructura institucional del país, ha entrado en un proceso de reforma legislativa bastante intenso, que ha sido contradictorio, muchas veces inconstitucional y con la presencia de serios déficits democráticos, como hemos ejemplificado y afirmado con anterioridad. La corrección de estas prácticas constituye un reto importante para evitar el ya mencionado “vaciamiento de la constitución”.

Además, al considerar que todas las más altas autoridades públicas y los órganos democráticos de las funciones del estado tienen reglas nuevas de funcionamiento y hasta de designación, y que las que están en funciones son transitorias, lo que se pretende es reinstitucionalizar al estado. Existirán nuevas autoridades y se supone que lo que se procurará es la transformación del estado. Esta promesa que el gobierno ha tardado en realizar se verá entorpecida si, por la urgencia de los cambios o por la necesidad política de evitar el control de otros poderes, se entromete en las competencias constitucionales que no le corresponden al ejecutivo.

El reto, en suma, consiste en minimizar o evitar los efectos negativos y potencializar y efectivizar los aspectos positivos que trae la Constitución. Esto se logra solo con la radicali-

zación de la democracia. Con auténtica participación se pueden corregir errores y evitar la acumulación de poder.

2. Los movimientos sociales, que han sido tradicionalmente oprimidos, colonizados, excluidos, marginados, discriminados, son quienes en el mundo, han logrado todas las conquistas plasmadas en derechos. En Ecuador existe un acumulado histórico de sus luchas y demandas que logra su expresión en la Constitución de 2008. Estos mismos movimientos sociales son los que han ayudado para que el gobierno del presidente Correa pueda subir al poder y, como pocos gobiernos, no tenga vínculos con grupos de poder económico, mediático o transnacional. Por ello resulta altamente contraproducente y contradictorio que estos movimientos no tengan participación activa en la construcción de decisiones, en las propuestas de leyes ni en la conformación del gobierno. Las políticas de inclusión social, basadas en patrones individuales, como los bonos, generan fidelidad al gobierno pero al mismo tiempo rompe la organicidad de la lucha social cuando el gobierno distingue entre dirigencias indígenas y bases sociales.

El reto mayor que tiene el gobierno, uno de los más importantes actores en un régimen presidencialista para implementar la Constitución, es “establecer los vínculos y las alianzas con aquellos movimientos populares que han permitido hacer caminar la historia. Es un error

histórico no buscar acuerdos programáticos amplios con dichas fuerzas sociales, que permitieron construir el momento presente”.³²⁷

Si no se fomenta la participación, no solo que el gobierno comete un error de gobernanza políticamente sino que, por omisión, viola la Constitución al no garantizar el ejercicio de los derechos de participación. Urge, y nunca es tarde, enmendar estos errores. No basta con tener una secretaría de pueblos ni con formular políticas de “inclusión” focalizadas a los más vulnerables. Se requiere verdadera representación.

3. En la concepción tradicional de los derechos humanos, y hasta de la teoría crítica marxista, el estado era el único ente capaz de violar derechos y era un instrumento de opresión, al que había que denunciarlo y combatir. Esta comprensión en nuestros días es inadecuada. El estado es un espacio de luchas que debe ser instrumentalizado para la transformación y emancipación. Santos nos habla insistentemente del uso contra hegemónico de las normas e instituciones establecidas que han sido utilizadas para oprimir y controlar, como el estado y los derechos: “el Estado es una suma de relaciones políticas y, por eso, es contradictorio. Es decir constituye un campo de lucha, y por eso

327 A. Acosta, “Cualquier restricción a la crítica...”, *op. cit.*, p. 180.

vamos a caminar por mucho tiempo dentro y fuera del Estado”.³²⁸

El estado es invariablemente lo que es la sociedad. Si la sociedad es jerarquizada y discriminadora, lo más seguro es que las estructuras sociales se reproducen a nivel estatal. Si en la sociedad se producen disputas de poder y tendencias de cambio, muy posiblemente en el estado sucederá lo mismo. Thomas Pogge³²⁹ nos hace un llamado a no desvincular ni descuidar la relación sociedad-estado. Tarde o temprano el funcionario público o a la autoridad democráticamente electa ha sido y es parte de la sociedad. Por eso, la lucha y la resistencia es, como bien destaca Santos, dentro y fuera del estado. Dentro del estado en el gobierno actual se sabe y se siente que hay mucha inconformidad y crítica que no puede ser manifestada por miedo o por falta de espacios. Esas personas deben seguir procurando la coherencia entre el accionar estatal y los mandatos constitucionales. La corrección de los errores y desviaciones del gobierno debe hacerse desde dentro y fuera.

Es indispensable pensar otra forma de gobierno, y esa otra forma de gobierno significa, definitivamente, romper esa visión hegeliana de un Estado separado de la

328 B. de Sousa Santos, “Conciliar diversas formas organizativas...”, *op. cit.*, p. 193.

329 Thomas Pogge, “Los derechos humanos” y “Cosmopolitismo institucional fundamentado en derechos humanos”, en *La pobreza en el mundo y los derechos humanos*, Barcelona, Paidós, 2005, p. 65-73 y 216-226.

sociedad. El Estado tiene que ser parte de la sociedad, y por tanto, el Estado tiene que dejar de ser Estado, tiene que llegar a ser instrumento de la sociedad, y eso implica inventar una nueva forma de gobernabilidad. Esa es la gobernabilidad de las multitudes, está en el ejercicio, en las prácticas de las multitudes: en la forma en que ocupan su espacio, cómo ocupan sus localidades, cómo resuelven sus problemas; en la forma de gestión de la asambleísta, en la forma de participación comunitaria, de participación colectiva; en la forma en que nosotros podemos desarrollar las capacidades, las potencialidades de sociedades, de pueblos, naciones y culturas que han estado inhibidas por ese papel universalista del Estado moderno y del Estado nación.³³⁰

4. La interculturalidad es fundamental para conocer e interactuar con lo diverso, enriquecer la democracia y construir la plurinacionalidad. En la interculturalidad convergen las conquistas emancipatorias de la Europa occidental de cientos de años que se traducen en los derechos de libertad y los derechos sociales y las luchas de los pueblos que hemos sido colonizados por estados y grupos hegemónicos que la Constitución llama *Sumak Kawsay*, *Pachamama* y Plurinacionalidad. Esta suma de aspiraciones y proyectos utópicos, que juntan luchas y teorías, ciencia y espiritualidad, cultura hegemónica y contra hegemónica, pre modernidad con modernidad y posmodernidad, local con global... en suma lo mejor y lo más necesario para emancipar.

330 R. Prada, "Es indispensable pensar otra forma de gobierno", *op. cit.*, p. 191.

Un proyecto que implica y requiere la creación de condiciones radicalmente diferentes de existencia, de conocimiento, de poder y de vida, condiciones que podrían contribuir a la fabricación de sociedades realmente interculturales, en donde prevalezcan los valores de complementariedad, relacionalidad, reciprocidad y solidaridad. Donde la justicia, la libertad, la equidad, la igualdad y la democracia no sean palabras huecas sino acciones pedagógicas guiadas por la conciencia, por el compromiso, por la hermandad y la humanización.³³¹

5. La Constitución de Montecristi perfecciona, como ninguna otra Constitución del área andina y de nuestra historia, la parte que se denomina “dogmática”, que contiene teoría de los derechos de vanguardia, principios del estado, algunos de los cuales hemos comentado y un sistema integral de garantías constitucionales que vinculan y limitan a todo poder, público y privado, que pueda violar o viole derechos fundamentales. Sin embargo, la parte orgánica sigue siendo insuficiente y sigue los patrones de un estado liberal. Las instituciones liberales, que fueron revolucionarias hace más de doscientos años, siguen intactas. ¿Será porque no es necesario cambiarlas? ¿Será que la teoría política no se ha desarrollado suficientemente para crear una institucionalidad adecuada a todos los derechos proclamados? ¿Será que al *statu quo* no le conviene una nueva institucionalidad? Lo

331 C. Walsh, *Interculturalidad, Estado, sociedad...*, op. cit., p. 235.

cierto es que las innovaciones constitucionales no son particularmente transformadoras. El cuarto poder, el electoral, bien pudo subsistir como un órgano autónomo en lo administrativo y en lo jurisdiccional como parte de la función judicial. El quinto poder, de transparencia y control social, basado en un sistema de méritos, carece de legitimidad democrática. ¿Cuáles eran los cambios sustanciales?

En primer lugar, el parlamento debía de haber reflejado la plurinacionalidad. La representación en un estado plurinacional no puede seguir basándose en el concepto liberal de ciudadanía, que parte de la individualidad, ni de la exclusiva democracia representativa. La plurinacionalidad requiere representación entre naciones y diversidades y tenía que reconocer y promover la democracia comunitaria. En segundo lugar, si el parlamento fuese el lugar donde se refleja por excelencia la participación, el presidencialismo dejaría de ser protagónico y el debate parlamentario debería verdaderamente deliberativo.³³² En consecuencia, el régimen debería ser parlamentario y no presidencialista. El presidencialismo, como se ha visto en la historia del país, inhibe la participación y promueve el caudillismo.

332 Actualmente la deliberación se produce en las comisiones parlamentarias y no en el pleno. Lo cual es una disminución del proceso democrático a pretexto de eficiencia parlamentaria.

El poder judicial, el aparato administrativo del estado y el sistema educativo sigue siendo funcional para algunos derechos: la propiedad, la libertad económica y la autonomía de la voluntad. Siendo estos derechos importantes, no justifica que todo el estado se organice en su realización y protección. Conviene un estado con una institucionalidad que sea adecuada para realizar y proteger todos los derechos reconocidos en la Constitución. Eso implica cambios en las funciones y en la estructura judicial y administrativa. Si a esto le añadimos la plurinacionalidad, tendríamos, de igual manera, otras instituciones, con otras caras, otras conformaciones, otras direccionalidades.

De igual modo, el órgano de cierre, que es la Corte Constitucional, que debe dirimir conflictos constitucionales entre sistemas jurídicos, seguramente debería tener otra configuración que no sea predominantemente de juristas con formación occidental europea. Este diseño no es explícito en la Carta Constitucional.

Estos cambios implican una nueva parte orgánica, distinta a la concebida en Montecristi. Por tanto, si hay que cambiar la Constitución, lo que debe modificarse es la institucionalidad. Acá tenemos una deuda pendiente. Los movimientos sociales y la academia nos hemos dedicado a la parte dogmática y hemos descuidado la orgánica.

6. El gran maestro Paulo Freire tenía muy claro que hay que empatar la teoría con la práctica. Él afirmaba que el activismo sin teoría es como dar palos de ciego y que la teoría sin activismo es inútil. La conjunción del saber con la acción da como resultado el acto creador que libera al oprimido.³³³ En nuestro país, por muchas razones que no conviene analizar ahora, particularmente en el área del derecho, hemos carecido de teorización crítica. De alguna manera hemos sido activistas de intereses que no compartimos y que eran de pequeños grupos poder.

Nos hemos limitado a reproducir sistemáticamente lo que dicen las leyes con carácter patrimonial y privado. Los juristas, unos pocos concientemente y la mayoría por adhesión acrítica, somos responsables por haber mantenido un estado y una sociedad inequitativa, excluyente, discriminadora y colonizadora. En nuestro país se ha dado la paradoja de personas juristas que han pregonado ideas políticas de izquierda y que han practicado instituciones de derecha harto conservadoras.

Por eso la tarea de pensar y fuerte es un imperativo. No quiero afirmar ni pretender decir que lo he logrado. Quizá muy modesta-

333 Paulo Freire, "La teoría de la acción dialógica y sus características", en *Pedagogía del oprimido*, México D.F., Siglo XXI, 2000, 53a. ed., p. 176-240.

mente he podido recoger el pensamiento crítico de muchas personas que nos nutren con sus ideas y ojalá haya podido sacar, al menos un poco, al derecho de esa burbuja autorreferencial. El derecho tiene que cambiar y estar al servicio de las personas y colectividades más necesitadas. El derecho, junto con el estado, los movimientos sociales, la historia de luchas, debe contribuir con la emancipación de las personas y los pueblos. Este mi pequeño aporte, inicial, no acabado, lleno de dudas y búsquedas que comparte ideas, que dialoga con otras ciencias, que propone modelos.

La intención final de este libro es doble en un medio donde tratan de deslegitimarla con pura retórica vacía desde los sectores más conservadores de la oposición y con las prácticas más contradictorias del gobierno que la impulsó. Por un lado, comprender un poco más nuestra Constitución, la más democrática de todas, la más garantista, la más compleja, la más diversa. Por otro, contribuir a que entendiendo la propuesta constitucional se procure transformar y alterar nuestra realidad “colonial”.

Bibliografía

- Abramovich, Víctor, y Christian Courtis
2002 *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta.
- Acosta, Alberto
2010 “Cualquier restricción a la crítica es el fin del debate público”, en Mirian Lang y Alejandra Santillana (compiladoras), *Democracia, participación y socialismo. Bolivia-Ecuador-Venezuela*, Quito, Fundación Rosa Luxemburgo / Hominen.
2009 “La Constitución de Montecristi, medio y fin para cambios estructurales”, en INREDH (compiladores), *Nuevas instituciones del Derecho Constitucional ecuatoriano*, Quito, INREDH.
2009 *La maldición de la abundancia*, Quito, Abya-Yala.
2008 “El sentido de la refundación constitucional en tiempos de crisis”, en *Tendencia: revista de análisis de político*, No. 7, Quito, ILDIS.
- Acosta, Alberto, y Martínez Esperanza (compiladores)
2009 *Derechos de la naturaleza*, Quito, Abya-Yala.
2009 *Plurinacionalidad. Democracia en la diversidad*, Abya-Yala.
- Alexy, Robert
2010 “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, en Miguel Carbonell y Leo -

- nardo García Jaramillo (coordinadores), *El canon neoconstitucional*, Bogotá, Universidad Externado.
- 1997 *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- Andrade, Pablo
- 2007 “Prólogo”, en Luis Verdesoto Custode, *Procesos constituyentes y reforma institucional*, Quito, Flacso / Abya-Yala.
- Aparicio Wilhelmi, Marco
- 2008 “Los derechos en la nueva Constitución del Ecuador: herramientas para una sociedad inclusiva”, en Ramiro Ávila Santamaría, Agustín Grijalva y Rubén Martínez (editores), *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana de 2008*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos / Tribunal Constitucional.
- Ariza, Libardo José
- 2009 *Derecho, saber e identidad indígena*, Bogotá, Siglo del Hombre / Universidad de los Andes / Pontificia Universidad Javeriana.
- Ávila Santamaría, Ramiro
- 2009 “Cultura jurídica, facultades de derecho y función judicial”, en Santiago Andrade y Luis Ávila (editores), *La transformación de la justicia*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- 2009 “Del estado legal de derecho al estado constitucional de derechos y justicia”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, No. 15, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung.
- 2009 “El constitucionalismo ecuatoriano. Breve caracterización de la Constitución de 2008”, en Miguel Carbonell, Jorge Carpizo

- y Daniel Zovato (coordinadores), *Tendencias del constitucionalismo en Iberoamérica*, México D.F., UNAM-IIIJ.
- 2008 *Constitución de 2008 en el contexto andino. Análisis de doctrina y derecho comparado*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- 2008 “Ecuador estado constitucional de derechos y justicia”, en Ramiro Ávila Santamaría (editor), *Constitución de 2008 en el contexto andino. Análisis de doctrina y derecho comparado*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- 2008 “Retos de una nueva institucionalidad estatal para la protección de derechos humanos”, en Ramiro Ávila Santamaría (editor), *Neconstitucionalismo y sociedad*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Ayala Mora, Enrique
- 2004 *Ecuador patria de todos*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, 2a. ed.
- Balda Santiestevan, Rafael
- 2008 “Hacia un nuevo sistema de gobierno: diseño constitucional del presidencialismo en la nueva Constitución del Estado ecuatoriano”, en Ramiro Ávila Santamaría, Agustín Grijalva y Rubén Martínez (editores), *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana de 2008 en perspectiva*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos / Tribunal Constitucional.
- Bauman, Zygmunt
- 2007 *Liquid Times. Living in an Age of Uncertainty*, New Hampshire, Polity Books.

- Beuchot, Mauricio
 2001 *Filosofía y derechos humanos*, México D.F., Siglo XXI.
- Binder, Alberto
 2004 “Entre la democracia y la exclusión: la lucha por la legalidad en una sociedad desigual”, en *Justicia penal y Estado de Derecho*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2a. ed.
- Bobbio, Norberto
 2008 *Teoría general del Derecho*, Bogotá, Temis, 2a. ed.
 1997 “La era de los derechos”, en *El tercero ausente*, Madrid, Cátedra.
 1981 “El futuro de los derechos humanos”, en *El problema de la guerra y las vías de la paz*, Madrid, Gedisa.
- Bolívar, Ligia
 1996 “Derechos económicos, sociales y culturales: derribar mitos, enfrentar retos, tender puentes. Una visión desde la (in)experiencia de América Latina”, en IIDH (compilador), *Estudios básicos de derechos humanos*, vol. V, San José, IIDH.
- Bonilla Maldonado, Daniel
 2006 *La Constitución multicultural*, Bogotá, Universidad de los Andes / Siglo del Hombre.
- Capella, Juan Ramón
 2007 *Entrada en la barbarie*, Madrid, Trotta.
 2001 *Fruta prohibida, una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y el Estado*, Madrid, Trotta, 3a. ed.
- Carbonell, Miguel, Jorge Carpizo y Daniel Zovato (coordinadores)
 2009 *Tendencias del constitucionalismo en Iberoamérica*, México D.F., UNAM-IIIJ.

- Carpizo, Jorge
2009 “Constitucionalismo latinoamericano”, en Miguel Carbonell, Jorge Carpizo y Daniel Zovato (coordinadores), *Tendencias del constitucionalismo en Iberoamérica*, México D.F., UNAM-III.
- Comisión de la Verdad y Reconciliación Perú
2008 *Atún Willakuy. Versión abreviada del Informe final*, Lima, Comisión de la Verdad y Reconciliación Perú.
- Comisión de la Verdad
2010 *Sin verdad no hay justicia. Informe de la Comisión de la Verdad. Ecuador 2010. Resumen ejecutivo*, Quito, Comisión de la Verdad.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos
2009 *Lineamientos para la preparación de los indicadores de progreso en el área de derechos económicos, sociales y culturales*, Washington, CIDH.
- CONAIE
2007 *Nuestra Constitución por un Estado plurinacional. Construyendo la revolución de los pueblos*, Quito, CONAIE.
- Cortina, Adela
2010 *Justicia cordial*, Madrid, Trotta.
- Courtis, Christian, y Ramiro Ávila Santamaría
2009 *La protección judicial de los derechos sociales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Dávalos, Daniela
2008 “¿Existe la ciudadanía universal?”, en Ramiro Ávila Santamaría (editor), *Constitución de 2008 en el contexto andino, Análisis de doctrina y derecho comparado*, Quito, Ministerio de Justicia.

- Dworkin, Ronald
- 2010 “Igualdad, democracia y Constitución: nosotros, el pueblo, en los tribunales”, en Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo (editores), *El canon neoconstitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
 - 2002 “El modelo de las normas I”, en *Tomando los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 5a. ed.
- Dussel, Enrique
- 2007 *Política de la liberación, historia mundial y crítica*, Madrid, Trotta.
- Echeverría, Bolívar
- 2010 *Definición de la cultura*, México D.F., Fondo de Cultura Económica / Itaca, 2a. ed.
- Echeverría, Julio
- 2008 “Plenos poderes y democracia en el proceso constituyente ecuatoriano”, en Julio Echeverría y César Montufar (editores), *Plenos poderes y transformación constitucional*, Quito, Abya-Yala.
- Faría, José Eduardo
- 2000 “Economía y derecho: en el cruce de dos épocas”, en ILSA (compilador), *La globalización y el derecho*, Bogotá, ILSA.
- Fernández, Eusebio
- 2000 “El iusnaturalismo”, en Ernesto Garzón Valdez y Francisco Laporta (editores), *El Derecho y la justicia*, Madrid, Trotta.
- Ferrajoli, Luigi
- 2010 *Democracia y garantismo*, Madrid, Trotta.
 - 2009 “Criminalidad y Globalización”, en Miguel Carbonell y Rodolfo Vásquez (compiladores), *Globalización y Derecho*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

- 2005 *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 7a. ed.
- 2003 “Estado social y Estado de derecho”, en Víctor Abramovich, María José Añón y Christian Curtis (compiladores), *Derechos sociales: instrucciones de uso*, México D.F., Fontamara.
- 1999 *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta.
- Fraser, Nancy
- 2010 *Scales of Justice. Reimagining Political Space in a Globalizing World*, Nueva York, Columbia University Press.
- Freire, Paulo
- 2000 *Pedagogía del oprimido*, México D.F., Siglo XXI, 53a. ed.
- García Figueroa, Alfonso
- 2003 “La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo”, en Miguel Carbonell (editor), *Neconstituiconalismo(s)*, Madrid, Trotta.
- Gargarella, Roberto
- 2010 “Apuntes sobre el constitucionalismo latinoamericano del siglo XIX. Una mirada histórica”, en *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, año IV, No. 25: *El nuevo constitucionalismo latinoamericano*, México D.F.
- 2008 *De la injusticia penal a la justicia social*, Bogotá, Siglo del Hombre / Universidad de los Andes.
- 1999 *Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*, Barcelona, Paidós.

- Grijalva, Agustín
- 2008 “La Corte Constitucional y el fortalecimiento de las garantías”, en *Tendencia: revista de análisis político*: Nueva Constitución, Quito, ILDIS.
- 2007 “¿Constitución sin constitucionalismo?: urgencia de un Tribunal Constitucional independiente”, en *Foro*, No. 7: *Los temas de la constituyente*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional.
- Gudynas, Eduardo
- 2009 *El mandato ecológico. Derechos de la naturaleza y políticas ambientales en la nueva Constitución*, Quito, Abya-Yala.
- Guibourg, Ricardo
- 2000 “Fuentes de Derecho”, en Ernesto Garzón Valdéz y Francisco Laporta (editores), *El Derecho y la justicia*, Madrid, Trotta.
- Häberle, Peter
- 2003 *El Estado constitucional*, México D.F., Universidad Autónoma de México.
- Habermas, Jürgen
- 2005 *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid, Trotta.
- Harnecker, Marta
- 2010 “Construir un Estado desde abajo”, en Mirian Lang y Alejandra Santillana (compiladoras), *Democracia, participación y socialismo. Bolivia-Ecuador-Venezuela*, Quito, Fundación Rosa Luxemburgo / Hominen.
- Hernández, Virgilio
- 2008 “Democratizar la democracia: el reto de la nueva Constitución”, en *Tendencia, revista de análisis político*, No. 7, Quito, ILDIS.

- Huber, Rudolf, y otros
 2008 *Hacia sistemas jurídicos plurales. Reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena*, México D.F., Konrad Adenauer Stiftung.
- ILDIS
 2007 *Las izquierdas y la constituyente*, Quito, ILDIS.
- ILSA (compilador)
 2000 *El Otro Derecho*, No. 24: *La mano invisible del mercado. Derecho y economía*, Bogotá, ILSA.
- Kelsen, Hans
 2006 *¿Qué es la justicia?*, México D.F., Fontamara.
 2003 *Teoría pura del Derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 4a. ed.
- Lang, Mirian, y Alejandra Santillana (compiladoras)
 2010 *Democracia, participación y socialismo. Bolivia-Ecuador-Venezuela*, Quito, Fundación Rosa Luxemburgo / Hominen.
- Larrea, Carlos (coordinador)
 2009 “Naturaleza, sustentabilidad y desarrollo en el Ecuador”, en Alberto Acosta y Esperanza Martínez (compiladores), *Derechos de la naturaleza*, Quito, Abya-Yala.
 2007 *Pueblos indígenas, desarrollo humano y discriminación en el Ecuador*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar / Abya-Yala.
- Larrea, Ana María
 2010 “La disputa de sentido por el buen vivir como proceso contra hegemónico”, en SENPLADES (compilador), *Los nuevos retos de América Latina. Socialismo y sumak kawsay*, Quito, SENPLADES.

Lobo Torres, Ricardo

- 2005 “Legalidad tributaria y armonía entre los poderes del Estado”, en Pasquale Pistone y Heleno Taveira Torres (coordinadores), *Estudios de Derecho Tributario Constitucional e Internacional. Homenaje latinoamericano a Víctor Uckmar*, Buenos Aires, Abaco-Rodolfo Depalma.

López Medina, Diego Eduardo

- 2006 *El derecho de los jueces*, Bogotá, Legis.

Llasag Fernández, Raúl

- 2008 “Plurinacionalidad: una propuesta constitucional emancipatoria”, en Ramiro Ávila Santamaría (editor), *Neoconstitucionalismo y sociedad*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Macas, Luis

- 2009 “Construyendo desde la historia. Resistencia del movimiento indígena del Ecuador”, en Alberto Acosta y Esperanza Martínez (compiladores), *Plurinacionalidad. Democracia en la diversidad*, Quito, Abya-Yala.

Martín-Barbero, Jesús,

- 2001 *La educación desde la comunicación*, Buenos Aires, Norma.

Martínez Dalmau, Rubén

- 2008 “Supremacía de la Constitución, control de la constitucionalidad y reforma constitucional”, en Ramiro Ávila Santamaría, Agustín Grijalva y Rubén Martínez (editores), *Desafíos constitucionales, la constitución ecuatoriana de 2008*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos / Tribunal Constitucional.

Melish, Tara

- 2003 *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano*, Quito, CEDES.

Melo, Mario

- 2009 “Inconstitucionalidad de la Ley de Minería”, recuadro, en Alberto Acosta, *La maldición de la abundancia*, Quito, Abya-Yala.

Montufar, César

- 2009 “La Constitución ecuatoriana 2008 y su base de legitimación plebiscitaria”, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Área de Estudios Sociales y Globales, febrero, art. sin publicar enviado por c. electr.

Morales, Juan Pablo

- 2008 “Democracia sustancial: sus elementos y conflictos en la práctica”, en Ramiro Ávila Santamaría (editor), *Neoconstitucionalismo y sociedad*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

- 2008 “Los nuevos horizontes de la participación”, en Ramiro Ávila Santamaría (editor), *Constitución de 2008 en el contexto andino. Análisis de doctrina y derecho comparado*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Moreano, Alejandro

- 2010 “Necesitamos redefinir un proyecto de sociedad”, en Mirian Lang y Alejandra Santillana (compiladoras), *Democracia, participación y socialismo. Bolivia-Ecuador-Venezuela*, Quito, Fundación Rosa Luxemburgo / Hominen,

Moreso, Juan José

- 2010 “Comanducci sobre neoconstitucionalismo”, en Miguel Carbonell y Leonardo Gar-

- cía Jaramillo (editores), *El canon neoconstitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- Nino, Carlos Santiago
- 2005 *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, Astrea, 2a. ed.
 - 2003 *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa.
- Noguera, Albert
- 2008 “Democracia y ejercicio de la soberanía: mecanismos de participación política. Función Electoral y Función de Transparencia y Control Social en el proyecto constitucional ecuatoriano”, en Ramiro Ávila Santamaría, Agustín Grijalva y Rubén Martínez (editores), *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana de 2008*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos / Tribunal Constitucional.
- Nozick, Robert
- 1974 *Anarchy, State, and Utopia*, Nueva York, Basic Books.
- Ocles, Alexandra
- 2009 “La plurinacionalidad en la nueva Constitución. Una mirada con ojos de negro-a”, en Alberto Acosta y Esperanza Martínez (compiladores), *Plurinacionalidad. Democracia en la diversidad*, Quito, Abya-Yala.
- Olsen, Frances
- 2009 “El sexo del derecho”, en Ramiro Ávila Santamaría, Judith Salgado y Lola Valladares (compiladoras), *El género en el derecho. Ensayos críticos*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

- Paz y Miño Cepeda, Juan J., y Diego Pazmiño
2008 “El proceso constituyente desde una perspectiva histórica”, en *Tendencia: revista de análisis político: Nueva Constitución*, Quito, ILDIS.
- Pogge, Thomas
2007 “Propuesta para un dividendo sobre recursos globales”, en *Sur. Revista internacional de derechos humanos*, año 4, No. 6, Sao Paulo, Red Universitaria de Derechos Humanos.
2005 *La pobreza en el mundo y los derechos humanos*, Barcelona, Paidós.
- Poveda, Carlos
2010 “La Cocha: 2002-2010, retrocesos en un Estado constitucional de derechos y justicia social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, pluricultural y laico”, en *Novedades jurídicas*, año VII, No. 19, Quito, Edic. Legales MYL.
- Prieto Sanchís, Luis
1999 *Constitucionalismo y positivismo*, México D.F., Fontamara.
- Quijano, Aníbal
2011 “Colonialidad del poder y clasificación social”, en *Journal of World Systems Research*, vol. VI, No. 2, <<http://cisoupr.net/documents/jwsrv6n2quijano.pdf>>.
2009 “Des/colonialidad del poder. Horizonte alternativo”, en Alberto Acosta y Esperanza Martínez (compiladores), *Plurinacionalidad. Democracia en la diversidad*, Quito, Abya-Yala.
- Quintero, Rafael (editor)
1989 “El Estado Colonial”, en Enrique Ayala Mora (editor), *Nueva Historia del Ecuador*,

- vol. 5, Quito, Corporación Editora Nacional.
- Ramírez Gallegos, Franklin
2008 “Proceso constituyente y tránsito hegemónico”, en *Tendencia: revista de análisis político: Nueva Constitución*, Quito, ILDIS.
- Ramírez, René
2010 “Socialismo del *sumak kawsay* o biosocialismo republicano”, en SENPLADES (compilador), *Los nuevos retos de América Latina. Socialismo y sumak kawsay*, Quito, SENPLADES.
- Ramón Valarezo, Galo
2009 “¿Plurinacionalidad o interculturalidad en la Constitución?”, Alberto Acosta y Esperanza Martínez (compiladores), *Plurinacionalidad. Democracia en la diversidad*, Quito, Abya-Yala.
- Rousseau, Jean Jaques
1996 *El contrato social*, Bogotá, Panamericana.
- Salgado Pesantes, Hernán
2009 “Dogmática constitucional en el Ecuador”, en Miguel Carbonell, Jorge Carpizo y Daniel Zovato (coordinadores), *Tendencias del constitucionalismo en Iberoamérica*, México D.F., UNAM-IIIJ.
- Santos, Boaventura de Sousa
2010 “Conciliar diversas formas organizativas”, en Mirian Lang y Alejandra Santillana (compiladoras), *Democracia, participación y socialismo. Bolivia-Ecuador-Venezuela*, Quito, Fundación Rosa Luxemburgo / Hominen.
2010 “La difícil construcción de la plurinacionalidad”, en SENPLADES (compilador), *Los nuevos retos de América Latina. Socia-*

- lismo y sumak kawsay*, Quito, SENPLADES.
- 2010 *Refundación del Estado en América Latina. Perspectiva desde una epistemología del Sur*, Quito, UPS-Abya-Yala.
- 2009 “El Estado plurinacional, puerta para una sociedad democrática”, en Alberto Acosta y Esperanza Martínez (compiladores), *Plurinacionalidad. Democracia en la diversidad*, Quito, Abya-Yala.
- 2009 “Las paradojas de nuestro tiempo y la plurinacionalidad”, en Alberto Acosta y Esperanza Martínez (compiladores), *Plurinacionalidad. Democracia en la diversidad*, Quito, Abya-Yala.
- 2004 *Democracia y participación. El ejemplo del presupuesto participativo*, Quito, Abya-Yala / FES-ILDIS.
- 2003 *La caída del Ángel Novus: ensayos para una nueva teoría social y una nueva práctica política*, Bogotá, ILSA / Universidad Nacional de Colombia / Antropos.
- 2002 *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Bogotá, ILSA / Universidad Nacional de Colombia.
- Sastre Ariza, Santiago
- 2009 “La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo”, en Miguel Carbonell (editor), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta.
- SENPLADES (compilador)
- 2010 *Los nuevos retos de América Latina. Socialismo y sumak kawsay*, Quito, SENPLADES.

- Serrano, José Luis
1999 *Validez y vigencia, la aportación garantista a la teoría de la norma jurídica*, Madrid, Trotta.
- Singer, Peter
2004 *One World. The ethics of globalization*, New Heaven, Yale University Press.
- Tola, Betty
2008 “Participación ciudadana, democracia y buen vivir”, en *Tendencia: revista de análisis político*, No. 7, Quito, ILDIS.
- Torres, Luis Fernando
2009 *Presidencialismo constituyente. La ruta del autoritarismo en el Ecuador*, Quito, Ed. Jurídica Cevallos.
- Trujillo, Julio César
2009 “El Ecuador como Estado plurinacional”, en Alberto Acosta y Esperanza Martínez (compiladores), *Plurinacionalidad. Democracia en la diversidad*, Quito, Abya-Yala.
2006 *Teoría del Estado en el Ecuador. Estudio de Derecho Constitucional*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional.
- Upegui Mejía, Juan Carlos
2009 *Doce tesis en torno al concepto de Estado social de derecho. Discurso jurisprudencial. Elementos. Usos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- Vilhena Vieira, Oscar
2007 “Desigualdad y Estado de Derecho”, en *Sur. Revista internacional de derechos humanos*, año 4, No. 6, Sao Paulo, Red Universitaria de Derechos Humanos.

- Villabella, Carlos Manuel
2010 “Constitución y democracia en el nuevo constitucionalismo”, en *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, año IV, No. 25: *El nuevo constitucionalismo latinoamericano*, Puebla, Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla.
- Vintimilla Saldaña, Jaime, Milena Almeida y Remigia Saldaña
2007 *Justicia comunitaria en los Andes: Perú y Ecuador. Derecho indígena, conflicto y justicia comunitaria en comunidades kichwas del Ecuador*, Lima, Instituto de Defensa Legal.
- Walsh, Catherine
2009 “Estado plurinacional e intercultural. Complementariedad y complicidad hacia un ‘buen vivir’”, en Alberto Acosta y Esperanza Martínez (compiladores), *Pluriculturalidad. Democracia en la diversidad*, Quito, Abya-Yala.
2009 *Interculturalidad, Estado, sociedad. Luchas (de)coloniales de nuestra época*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar / Abya-Yala.
- Walzer, Michael
1983 *Spheres of Justice. A defence of Pluralism and Equality*, Nueva York, Basic Books.
- Willians, Joan
2009 “Igualdad sin discriminación”, en Ramiro Ávila Santamaría, Judith Salgado y Lola Valladares (compiladoras), *El género en el derecho. Ensayos críticos*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

- Zaffaroni, Eugenio Raúl
- 2009 “El discurso feminista y el poder punitivo”, en Ramiro Ávila Santamaría, Judith Salgado y Lola Valladares (compiladoras), *El género en el derecho. Ensayos críticos*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
 - 2009 “La naturaleza como persona: Pachamama y Gaia”, no publicado.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alejandro Plagia y Alejandro Slokar
- 2005 *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediar.
- Zagrebelsky, Gustavo
- 2005 *El Derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 4a. ed.
- Zinn, Howard
- 2002 *Terrorism and war*, Nueva York, Open Media Book.

Post scriptum

La primera (mala) reforma a la Constitución de Montecristi

El referéndum convocado por iniciativa del presidente de la República para mayo de 2011, con el aval de la Corte Constitucional en Transición, ha tenido lugar. El Presidente ha propuesto y se ha aprobado la primera reforma constitucional a la Constitución de Montecristi con cinco preguntas en tres temas específicos: la prisión preventiva, la restricción a los medios de comunicación y a los banqueros para tener actividades económicas vinculadas y una nueva integración del órgano administrador de la Función Judicial. Los tres temas, según se argumentó, pretenden solucionar el problema de la inseguridad ciudadana, el exceso de poder de los medios de comunicación y la banca, y la crisis de la administración de justicia.

Asistimos los ecuatorianos y ecuatorianas a un evento electoral cargado, por parte del gobierno y de la mayoría de la oposición, de propaganda y de desprecio al análisis jurídico-constitucional.

Analizaremos brevemente cada una de las preguntas aprobadas en el referéndum y advertiremos los efectos no deseados, que pueden ser frenados o disminuidos por jueces y juezas garantistas y por la Asamblea en su capacidad de regular legislativamente los principios constitucionales de acuerdo a su espíritu. Este *post scriptum* recoge la memoria de algunos argumentos esgrimidos en los pocos espacios de debate y advierte sobre algunos peligros latentes fruto de la reforma constitucional; está dividido en tres partes: (1) el análisis jurídico-constitucional de las preguntas del referéndum, (2) los efectos no deseables de la reforma y (3) conclusiones.

1. Análisis jurídico-constitucional

Para entender la dimensión de las preguntas uno y dos relacionadas con la privación de libertad y los efectos que tendrá la reforma, hay que pensar “¿cómo nos gustaría ser juzgados si nos acusan de haber cometido un delito?” No deberíamos pensar cómo nos gustaría que traten a quienes cometieron un delito contra nosotros.

La primera postura es la que debe tener el Estado para garantizar que no se procese ni sancione a un inocente. La cárcel nunca puede ser utilizada como un sistema de venganza. Si pensamos en que nosotros o nuestros seres queridos podrían ser juzgados penalmente, enton-

ces podemos comprender por qué tratar como inocente a la gente que no tiene sentencia, por qué la prisión preventiva no debe durar excesivamente, por qué debe existir la posibilidad de pensar en formas de juicio sin presos y hasta en formas de condena sin cárcel. En suma, por qué las garantías de la Constitución nos benefician a todos y ahora perdimos algunas.

La **pregunta uno**, que hizo referencia al derecho a que las personas no estén encarceladas eternamente en espera de una sentencia, estableció una excepción a la norma que se conoce como caducidad. La caducidad obliga a los jueces y juezas a tramitar el juicio respetando los plazos legales y dictar sentencia en un tiempo determinado. Si pasa el tiempo, el juez o jueza no puede tener presa a la gente procesada, aunque no pierde el poder de seguir tramitando la causa y hasta de dictar sentencia.

La excepción aprobada dice que si la caducidad se produce por culpa del procesado, entonces sigue privado de libertad. Esta excepción hace que se distinga a dos tipos de procesados. Los unos que litigan sin utilizar todos los recursos que les brindan la ley y otros que tienen una defensa muy activa y procuran a través de todos los medios legales obtener su libertad. Los primeros tienen derecho a la caducidad y los segundos no podrán ejercer este derecho.

No existe excusa para que los jueces, fiscales y operadores tengan que cumplir su fun-

ción de sentenciar oportunamente. Es fácil abrir una ventana y echar la culpa a los procesados. La libertad es un derecho tan importante que nunca nadie puede eliminarlo. Tal es así que si a usted le condenan a la cárcel, intenta fugarse y lo logra, este acto de búsqueda de libertad no está sancionado (se sanciona al guía penitenciario).

La pregunta una, entonces, restringe los derechos de defensa de los procesados para obtener la libertad y restringe la libertad de las personas que tendrían derecho a la caducidad.

La **pregunta dos**, que se refirió a la eliminación de las medidas alternativas a la prisión preventiva y a la eliminación de las sanciones no privativas de libertad, estableció que la prisión preventiva debe obligatoriamente dictarse en los casos determinados por la ley.

La pregunta asumió que toda persona detenida es delincuente. Este punto de partida es un grave error en una democracia en la que se presume la inocencia de las personas. Más aún cuando se sabe que la policía ha cometido graves violaciones a los derechos ahora y en otros períodos gubernamentales (ver informe de la Comisión de la Verdad) y que para evitar excesos, la Constitución garantiza el control judicial de las detenciones policiales.

El sentido común nos dice que solo hay que castigar a quien cometió un hecho que se

merece castigo. Es injusto sancionar sin saber si la persona es culpable o no. Lo mismo pasa en el ámbito penal. Para sancionar se requiere un juicio y una sentencia. No cabe sancionar para ver si es que la persona es culpable o sancionar por si acaso. Esto pasa con la prisión preventiva. Se apres a una persona y luego se espera un tiempo para darle sentencia o no. En la mayoría de los casos, las personas presas salen sin sentencia por la ineficacia del sistema judicial. No es justo que debido a que los fiscales o los jueces fallan en investigar oportunamente y en sentenciar, tenga que apostarse a arruinarles a los procesados. Si —como se ha dicho desde el gobierno— los jueces son corruptos y la justicia está tomada por los poderes fácticos, ¿por qué tomarse con los procesados y disponer que tengan que estar presos? La lógica del gobierno está mal. Es como si identificáramos que en el sistema educativo, el problema son los profesores y expidiéramos una norma que hace que los alumnos se queden sin recreo y pierdan el año. El problema son los jueces y fiscales y el encierro por más tiempo y obligatoriamente afecta a los procesados.

Esta pregunta irrespeta profundamente la libertad de las personas y la presunción de inocencia. A los procesados penalmente que no tienen condena se les trata como culpables y se les priva de la libertad. Esto es evidentemente una restricción de derechos. Y esto no se debió consultar porque este tema de los derechos no

puede ser restringido por la opinión mayoritaria. Luego, nos preguntaron algo cuyo resultado se tornó en una violación a la Constitución.

La **pregunta tres**, que trató sobre el sistema financiero y los medios de comunicación y prohíbe tener negocios vinculados, estableció diferencias entre personas dedicadas a lo público y privado, a lo local y nacional, a los accionistas minoritarios y principales. Los primeros van poder ejercer su derecho a la libertad de empresa y los segundos no. Más allá de las intenciones, la norma está muy mal redactada y se presta a que sea aplicada de forma discriminatoria. Y si hay discriminación, hay restricción o anulación de derechos. Luego, la pregunta nos llevó una vez más a violar la Constitución.

La **pregunta cuatro** estableció una comisión conformada por tres miembros, uno delegado del ejecutivo, otro de la Asamblea nacional y otro de la función de transparencia y control social, para que tenga todos los poderes constitucionales y legales para ejercer las competencias del Consejo de la Judicatura por dieciocho meses.

¿Qué significa tener todas las competencias del Consejo de la Judicatura? Este Consejo administra los recursos humanos y financieros de la Función Judicial. O sea, selecciona los jueces, supervisa su funcionamiento, sanciona disciplinariamente y hasta puede destituir a los jueces y a otros operadores judiciales. Entonces

el Presidente no miente cuando dijo que va a meter las manos en la justicia. Efectivamente puede ser un sistema judicial afín al gobierno.

La pregunta, desde el lado constitucional, es si esto modifica la estructura del Estado y si viola derechos. Si es que sí modifica y restringe derechos, entonces la vía de la consulta no fue la adecuada a la Constitución. Se ha dicho, de parte del gobierno, que el Consejo de la Judicatura sigue existiendo y que, por tanto, no hay modificación de la estructura. Con este argumento, entonces, se podría proponer que la Asamblea Nacional, sin cambiar de nombre, esté conformada por el Buró Político de Alianza País y esto no es modificar la estructura del Estado. La esencia de la Función Judicial es la independencia y la imparcialidad en la resolución de causas. Cuando la estructura se conforma de tal manera que se amenaza la independencia y la imparcialidad, entonces estamos hablando de una función judicial distinta.

Nuestra historia republicana, en términos de administración de justicia, se ha caracterizado por tener influencia de otros poderes. Los últimos años se han intentado diseños constitucionales para evitar la intromisión del ejecutivo y del legislativo. Por ello se estableció el mecanismo de la cooptación en el año 98 (sólo los jueces nombran jueces) y el sistema de concursos y meritocrático en el año 2008. La intención fue evitar siempre la intromisión de

otros poderes en la selección y destitución de jueces. La propuesta del Presidente es otra vez cometer un error histórico: volver a meterse con la justicia. En este sentido, la estructura se altera.

Pero más grave es el análisis desde los derechos. El garantismo y el presidencialismo no se llevan muy bien. El garantismo, entendido como un sistema jurídico y político en el que los derechos establecen obligaciones y prohibiciones a todos los poderes del Estado y también les dice hacia dónde deben gobernar (realización de los derechos), marca las actividades del ejecutivo. El presidencialismo sólo es legítimo si es que se convierte en un medio para lograr la promoción y protección de derechos. Pero a veces el ejercicio de derechos molesta al presidencialismo y entonces ejerce su poder de veto, su poder de dictar política pública o no hacerlo, o su poder punitivo para detener. Entonces ahí es cuando el garantismo ofrece una herramienta a la gente para que se respete sus derechos: el poder judicial.

El poder judicial en última instancia es el que hace que los derechos sean respetados y por eso se les dio a todos los jueces la posibilidad, mediante la acción de protección, de proteger derechos. ¿Qué pasa si este poder es controlado por el ejecutivo y la Asamblea? Entonces la garantía se vacía de contenido y se torna ineficaz. Los jueces no se van a atrever a inaplicar

leyes inconstitucionales ni tampoco a sancionar los actos abusivos del poder ejecutivo. Si el ejecutivo y la Asamblea van estar en el Consejo de la Judicatura muy posiblemente van a usar su poder: van a ingresar jueces comprometidos con el gobierno y van a sancionar disciplinariamente a quienes no protejan los intereses del gobierno.

En pocas palabras, las personas y los pueblos del Ecuador no van a poder ejercer su derecho a tener jueces independientes e imparciales y tampoco van a tener el derecho a la tutela efectiva. Es decir, la pregunta alteró la estructura del Estado y además viola los derechos de las personas.

La **pregunta cinco**, que estableció una estructura permanente para el Consejo de la Judicatura, cambió el sistema de selección por méritos a otro que se basa en la designación por parte de un delegado por la función ejecutiva y otros por los órganos de la función judicial. Además tiene un anexo con más de cuarenta reformas a la ley.

En esta pregunta hay varias inconstitucionalidades. La una es que pone en la cabeza del órgano administrativo a quienes dirigen los órganos de la Función Judicial. En la lógica anterior, el Consejo de la Judicatura podía controlar y hasta sancionar a todos los miembros de la función judicial por inoperancia o corrup-

ción. Ahora tendremos a gente que no podrán ser observados por su gestión cotidiana. Es decir, jueces y parte.

La presencia de la función ejecutiva en el órgano permanente no es la más recomendable. No hay que olvidar que vivimos en un sistema híper presidencial y que el delegado del ejecutivo no es cualquier persona. Tampoco hay que olvidar que el presupuesto del Estado es manejado y planificado por el ejecutivo. En este panorama, las posibilidades de injerencia inadecuada y de control de la función por parte del ejecutivo, no son imposibles. Todas las reflexiones sobre el derecho a tener jueces independientes e imparciales valen para esta pregunta.

No menos importante es la violación a la Constitución en el anexo y en la reforma a las leyes. Se ha dicho de parte del gobierno que de este modo se torna eficaz la consulta (criterio que ya no usa en las preguntas de la consulta) y se la hace directamente aplicable. Pero lo cierto es que, según la Constitución, la atribución presidencial es sólo para enmiendas a la Constitución y no reformas a las leyes. ¿Por qué? Porque la Asamblea no tiene la competencia para reformar la Constitución, pero sí para reformar leyes; en contrapartida, el ejecutivo puede pedir reformas a la Constitución (con procedimientos rígidos) pero nunca reformas a la ley mediante una consulta porque esa competencia la tiene exclusivamente el parlamento. En otras pala-

bras, se está permitiendo al Ejecutivo ejercer, con autorización de la Corte, una competencia que no tiene.

En esta pregunta estamos hablando de modelos de gestión. Tengo que reconocer que el modelo planteado en Montecristi no resultó ser el más adecuado, básicamente porque el Consejo de la Judicatura tiene semejantes atribuciones al Director del Consejo (el que formula y ejecuta las políticas de justicia hacen prácticamente lo mismo), de ahí los entrampamientos. Pero la propuesta del ejecutivo vuelve a reproducir, con ciertos matices, el mismo esquema. El mejor modelo sólo puede resultar de un estudio serio sobre el funcionamiento de la justicia, después de un debate informado, y esto no sucede con el referéndum. Nos hacen escoger entre dos modelos, uno que nunca se aplicó y otro que apuesta a la injerencia del ejecutivo. Sin embargo, me quedo con el de la Constitución de Montecristi.

2. Análisis sobre el impacto de las reformas constitucionales

La pregunta es, ¿se producirán los efectos prometidos por el Presidente al contestar favorablemente las preguntas, como lo hicieron casi la mitad de ecuatorianos y ecuatorianas? Es decir, ¿son eficaces o no las medias propuestas para resolver el problema planteado? Quisiera honestamente equivocarme y no presagiar desastres.

La pregunta uno va a provocar que ningún juez u operador de justicia sea responsable del retardo de los juicios, sino que la responsabilidad siempre recaiga sobre el procesado, que es la persona más débil y sin poder de decisión en los juicios. Por un lado, no van a existir sanciones a los jueces. Por otro lado, esto lleva, como consecuencia, que la caducidad no va a operar y que las personas procesadas permanecerán sin sentencia, encerradas.

La pregunta dos, que es una apuesta a la cárcel en proceso y en condena, llevará a agravar más aún el problema carcelario del país: hacinamiento, violencia intensa dentro de las cárceles, tratos inhumanos y degradantes. En suma, mayor dolor y padecimiento en personas encerradas, la mayoría de ellas sin sentencia.

La pregunta tres lleva a mayor control sobre los medios de comunicación. No estaría mal la regulación, pero viniendo de quien tiene como enemigos políticos a los medios, esto se pinta como un panorama de control comunicacional.

La pregunta cuatro infundirá miedo en los jueces, fiscales y otros operadores, lo cual inhibe de ejercer la independencia e imparcialidad, y tendremos del lado del poder actos que serán impunes y del lado de la ciudadanía muchas resoluciones y sentencias que violen derechos.

La pregunta cinco garantiza que la crisis de la Función Judicial sea permanente y posiblemente que colapse el sistema judicial, a menos que se tomen medidas que son absolutamente diferentes a lo consultado y que sean integrales.

3. Las conclusiones y la esperanza que nunca se pierde

1. Los problemas de la inseguridad, impunidad e institucionalidad judicial son graves y complejos. El Presidente nos propuso un modelo que es absolutamente reduccionista e inútil, que pone el acento en personas procesadas, en la cárcel y en un manejo del poder judicial desde el ejecutivo.

2. La reforma constitucional es regresiva. Se ha consumado varias restricciones a los derechos reconocidos en Montecristi: a la libertad de movimiento, a la presunción de inocencia, a ser juzgado en un plazo razonable, a contar con jueces independientes e imparciales, a la tutela efectiva de los derechos. Desde una lectura estrictamente jurídica, en esta consulta no hubo ganadores y no se hizo la mejor de las reformas. La idea de democracia directa nunca debería ser un medio para restringir derechos. Que hay que hacer reformas, se ha dicho que es posible y hasta necesario, pero la primera realizada no fue la ideal.

3. En relación a las reformas penales, todavía hay esperanza y se puede esperar que se tome en serio el derecho a la libertad y se rechace la cárcel como regla general y como pena útil. Aún queda la esperanza de que la Asamblea considere la mayor cantidad posible de casos en los que proceda la libertad en lugar de la cárcel durante el proceso. También esperamos que las reformas en materia penal no inhiban las posibilidades de defensa que tienen los procesados y que ojala algún juez o jueza, fiscal o cualquier operador, asuma la responsabilidad y no pongan el dedo sobre el más vulnerable del proceso penal: el procesado.

4. En relación a la administración de justicia, el buscar el mejor modelo de gestión y atención a quienes claman por justicia, que es un imperativo para el país, requiere de debate y de encontrar, en la discusión y en la diversidad de pensamientos e ideas, la mejor propuesta. El problema pasa por la discusión de una política criminal como parte de las políticas sociales y de una política de justicia. La consulta, como se ha demostrado en las semanas que precedieron al referéndum de mayo de 2011, no fue el mejor espacio para encontrar las mejores soluciones a los problemas planteados porque simplemente no hay la posibilidad de encontrar alternativas a lo planteado de forma cerrada en la consulta; además, que tampoco se presentaron espacios de discusión de ideas o propuestas sino mera propaganda, retórica, calificativos y, en general, pobreza analítica.

La Constitución de Montecristi determinó que la discusión sobre la estructura del estado requiere de espacios deliberativos. De ahí que este tipo de reformas constitucionales necesitaban de la intervención de la Asamblea. Por ello, la prohibición constitucional de realizar estos cambios mediante referéndum. Las respuestas a los problemas complejos no salen de una elección ni de una propuesta de consulta, sino del debate serio e informado. Esto no sucedió, pero nunca es tarde para que suceda.

5. Para evitar los efectos regresivos, tanto normativos como de aplicación de los derechos fundamentales, se requiere tomar con la mayor seriedad posible la parte dogmática de la Constitución y realizar, según corresponda, reformas o interpretaciones lo más ajustadas al espíritu de Montecristi, que no es otro que favorecer al más débil, evitar el dolor y los sufrimientos innecesarios y transformar esta sociedad injusta e inequitativa.

Otras publicaciones de la serie sobre el debate constituyente

Editores: Alberto Acosta y Esperanza Martínez

- *El Buen Vivir. Una vía para el desarrollo*
Alberto Acosta y Esperanza Martínez
(compiladores)
- *Plurinacionalidad. Democracia en la diversidad.*
Alberto Acosta y Esperanza Martínez
(compiladores)
- *Derechos de la naturaleza. El futuro es ahora*
Alberto Acosta y Esperanza Martínez
(compiladores)
- *El mandato ecológico. Derechos de la Naturaleza y
políticas ambientales en la nueva Constitución*
Eduardo Gudynas
- *Agua: un derecho fundamental*
Alberto Acosta y Esperanza Martínez
(compiladores)
- *Soberanías*
Alberto Acosta y Esperanza Martínez
(compiladores)
- *Refundación del Estado en América Latina.
Perspectivas desde una epistemología del Sur*
Boaventura de Sousa Santos
- *Maldesarrollo y mal vivir.
Pobreza y violencia a escala mundial*
José María Tortosa

