

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

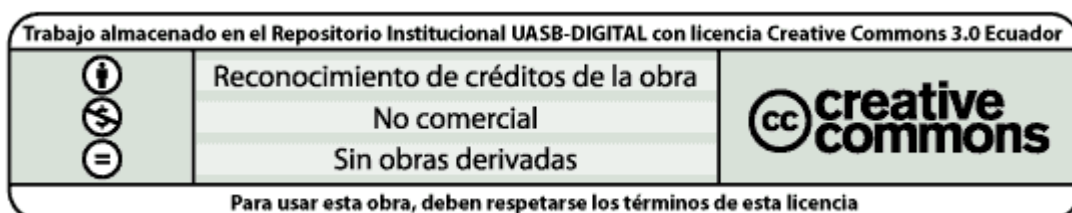
Maestría en Derecho

Mención en Derecho Constitucional

El garantismo en el constitucionalismo ecuatoriano

Andrea Karolina Cajas Córdova

2015



CLÁUSULA DE CESIÓN DE DERECHO DE PUBLICACIÓN DE TESIS

Yo, ANDREA KAROLINA CAJAS CÓRDOVA, autora de la tesis intitulada “El garantismo en el constitucionalismo ecuatoriano”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de magíster en Derecho Constitucional en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.

2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.

3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

.....

Andrea Cajas Córdova

Loja, 19 de febrero de 2015.

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR SEDE ECUADOR

ÁREA DE DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO

MENCIÓN EN DERECHO CONSTITUCIONAL

**EL GARANTISMO EN EL CONSTITUCIONALISMO
ECUATORIANO**

AUTORA: ANDREA CAJAS CÓRDOVA

TUTOR: DR. ERNESTO ALBÁN GÓMEZ.

Loja

2015

RESUMEN

Esta investigación ofrece, a partir de los presupuestos del positivismo metodológico, una interpretación de la teoría general del garantismo desarrollada por Luigi Ferrajoli y de su aplicabilidad en la atribución de significados dentro del derecho constitucional ecuatoriano. Se enfatiza en los alcances y límites del garantismo como teoría interpretativa del constitucionalismo ecuatoriano.

Los alcances del paradigma garantista en el derecho constitucional ecuatoriano, son incuestionables. El profesor Ferrajoli, como ningún otro autor, nos ayuda a comprender el sistema de garantías de la Constitución de 2008 que impone una función *nomoestática* y *nomodinámica* al derecho positivo, relacionada con la validez sustancial y formal respectivamente.

En cuanto a los límites del garantismo ferrajoliano, se da cuenta de los problemas que conlleva la teoría de los derechos fundamentales de Luigi Ferrajoli y su teoría cognoscitiva de la interpretación constitucional. Afirmamos por una parte, que la Constitución de 2008 consagra derechos constitucionales que no cumplen con la estructura de los derechos propuesta por Luigi Ferrajoli, pero que son tan fundamentales como los derechos individuales, a la hora de definir los límites y vínculos del Estado constitucional conforme al paradigma garantista. Por otra parte, sostenemos que la Constitución de 2008 padece de graves problemas valorativos (quizá más graves que el de otros sistemas constitucionales) que exigen problematizar la reducción de la interpretación constitucional a una labor cognoscitiva (descripción y no creación de significados), tal como es operada por el profesor Luigi Ferrajoli.

Dedicatoria

A mis padres y a mi esposo, por llenar mi vida de amor y felicidad.

Agradecimientos

Merecen mi mayor gratitud, los y las profesoras del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador. En particular, quisiera destacar mi gratitud con mi director de tesis, el doctor Ernesto Albán.

Índice

| | |
|--|----|
| Introducción | 8 |
| I. EL GARANTISMO: PARADIGMA JURÍDICO PARA EL ANÁLISIS DEL DERECHO CONSTITUCIONAL | 14 |
| 1. La teoría general del garantismo | 17 |
| 2. El poder limitado por el derecho | 20 |
| 2.1. Teoría de los derechos fundamentales | 23 |
| 2.2. Teoría de la democracia constitucional | 35 |
| 4. Punto de vista externo y punto de vista interno | 40 |
| II. ALCANCES Y LÍMITES DEL GARANTISMO EN EL ANÁLISIS DEL DERECHO CONSTITUCIONAL ECUATORIANO | 45 |
| 1. Los alcances del garantismo..... | 45 |
| 2. Límites del garantismo | 51 |
| 2.1. Los derechos fundamentales y el constitucionalismo ecuatoriano..... | 52 |
| 2.2. Niveles del discurso y teoría de los derechos..... | 58 |
| 3. Los sistemas maestros del garantismo y del neoconstitucionalismo..... | 62 |
| 3.1. ¿Es la Constitución de 2008 un Libro Maestro? | 67 |
| III. CONCLUSIONES: EL GARANTISMO DE LUIGI FERRAJOLI EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL ECUATORIANO. | 78 |
| BIBLIOGRAFÍA | 86 |

Introducción

A partir del giro lingüístico que sacudió a todas las disciplinas científicas en el siglo XX, la pregunta sobre el uso del lenguaje pasó a tomar primacía en las discusiones contemporáneas que problematizan el derecho.

Las teorías jurídicas coinciden en señalar que el principal objeto de estudio de las disciplinas jurídicas son las normas y los sistemas normativos. Se trata de dos conceptos que dan cuenta de las formas de *interpretación* jurídica que atribuye significado a oraciones o expresiones lingüísticas identificadas en los textos de derecho positivo.¹

Dicha interpretación es importante en la medida que nos permite responder qué papel juega el derecho en el tratamiento de los conflictos sociales, ya sea mediante expresiones de derecho general (Constitución, leyes, etc.) o en expresiones de derecho aplicables a casos particulares (sentencias, actos administrativos, etc.).

En otras palabras, las teorías del derecho que pretendan cierta objetividad deben reconstruir la forma como se usa el lenguaje jurídico que construye las normas y sistemas normativos.

Desde esta perspectiva, en esta investigación intentamos dar cuenta de los límites y alcances de la teoría general del garantismo desarrollada por Luigi

¹ Cfr. Carlos Alchourrón, *Fundamentos para una teoría general de los deberes*, Madrid, Marcial Pons, 2010.

Ferrajoli en la atribución de significados a un texto de derecho positivo: la Constitución de 2008.

Ello supone que nuestra investigación se limita a estudiar la teoría de Ferrajoli, quien es quizá el único autor de la corriente garantista que se ha esforzado para delinear una versión completa de dicho paradigma. Si bien otros autores, se ocupan del garantismo, lo hacen a partir de Ferrajoli, aunque a veces, ello suponga la remisión a “partes” (por lo general más progresistas) de la obra de Ferrajoli (como sucede con obras ecuatorianas que no hemos estudiado aquí). En otras palabras, si hay un referente sobre el garantismo, ese referente es la teoría de Ferrajoli.

Otra razón para limitarnos al estudio de la obra ferrajolina es la marcada influencia que ésta ha ejercido en el constitucionalismo ecuatoriano. Ferrajoli es quizá el autor más citado en las obras dogmáticas sobre la Constitución de 2008. Es más, a partir de la promulgación de la nueva Constitución, Ferrajoli ha visitado en varias ocasiones nuestro país. Ello no demuestra sino la creciente popularidad del autor italiano en la cultura jurídica ecuatoriana. Ello es algo a tomar en cuenta, si consideramos que el objetivo de esta tesis es hablarles a los y las abogadas ecuatorianas sobre los límites de la teoría de Ferrajoli a la hora de comprender la Constitución de 2008.

Quizá lo anterior nos llevó a dejar de lado otras obras de relevancia que también se reputan como garantistas. De allí que nuestra elección también puede servir como fundamento para criticar esta tesis, en la medida que reduce el análisis a la visión de un autor en particular, y ello, no es lo más saludable en el mundo académico.

En todo caso, pese a estos límites, esperamos que el trabajo que presentamos sirva para comprender la obra de Ferrajoli a partir de una lectura directa de sus obras, y de una crítica, que en parte, dialoga con otras críticas a la obra de Ferrajoli (aunque sin hacer referencia explícita a tales críticas), y en parte, surge de la experiencia de la autora a la hora de intentar comprender la Constitución de 2008 en el desarrollo de esta tesis y en la práctica profesional, sin confundir el deber ser de la teoría que se pretende puramente descriptiva (esto es, la teoría de Ferrajoli) con un lenguaje normativo (la Constitución de 2008) que además de resultar vago y ambiguo, puede parecer contradictorio.

En este contexto, en el primer capítulo, ofrecemos una interpretación de la teoría general del garantismo, siguiendo con cierta fidelidad los planteamientos teóricos de Luigi Ferrajoli, que como hemos mencionado, es el autor más conspicuo de esta corriente doctrinal.

Al tiempo que damos cuenta de los méritos atribuibles a los lineamientos generales del garantismo, enfatizamos en problemas que nos parecen relevantes y que tienen básicamente relación con la teoría de los derechos fundamentales de Luigi Ferrajoli y su teoría de la interpretación de la Constitución que minimiza el margen de discrecionalidad interpretativa.

Los méritos del garantismo son enormes. La función que éste ha cumplido en la teoría del derecho y la dogmática ecuatoriana a la hora de diseñar y problematizar las normas constitucionales, reviste especial transcendencia. La idea garantista del Estado Constitucional de derechos y justicia debe mucho a la recepción del garantismo como filosofía política y

teoría del derecho. Como filosofía política, el garantismo busca someter la política al derecho, mediante las garantías primarias y secundarias. Como teoría del derecho, el garantismo nos permite comprender el papel de la Constitución en la reproducción del sistema jurídico. Ambos objetivos del garantismo han encontrado recepción en el constitucionalismo ecuatoriano, como veremos en este modesto trabajo.

Por otra parte, en el segundo capítulo, usamos nuestra interpretación de los alcances y límites del garantismo, para atribuir significados a la Constitución de 2008. Intentamos demostrar que el Estado es configurado como una garantía conforme al paradigma garantista, aunque dentro de los límites que conlleva la interpretación constitucional concebida como una función creadora de significados que puede resultar ciertamente creativa y hasta arbitraria, máxime si consideramos que los límites semánticos de la Constitución pueden resultar difusos. Además, sostenemos que los derechos constitucionales no pueden ser aprehendidos por completo, desde la teoría de los derechos fundamentales de Ferrajoli, en la medida que tal idea no es puramente lógica o estructural, sino también axiológica.

En cuanto a la teoría interpretativa de la Constitución que nos ofrece Ferrajoli, sostenemos que el garantismo, crea un esquema deductivo para el análisis constitucional, que sólo es plausible para analizar la estructura nomodinámica y nomoestática del Estado Constitucional, pero que no puede ofrecernos un “Sistema Maestro” (lógico, coherente y completo) plausible para decir cómo se debe interpretar la Constitución de 2008.

Debe señalarse que Ferrajoli recupera la teoría kelseniana, para dar cuenta de la estructura *nomoestática* de los Estados constitucionales, esto es, aquella que se

realizaría a través de la fijación de contenidos *sustanciales* (valores ético-políticos que informan las normas positivas) en las Constituciones, que exigirían la coherencia (respeto a los contenidos sustanciales) del desarrollo normativo infra-constitucional. Por otra parte, la primacía *nomodinámica*, se cumpliría, en el sentido clásico de reproducción del sistema jurídico, mediante procedimientos que respetan la *forma* establecida para la realización de actos productivos de normas (reglas procedimentales).

Por otra parte, cuando hablamos del Sistema Maestro siguiendo a Alchourrón, nos referimos a ciertos presupuestos de la dogmática jurídica romano-germánica que están presentes en la obra de Ferrajoli, y que cumplen una función reconstructiva del sistema jurídico en aras de proyectar un halo de racionalidad sobre un conjunto sistémico de normas que padece graves problemas de coherencia, completitud y ambigüedad. El problema del Sistema Maestro es que no nos ayuda a describir el sistema jurídico, en la medida que cumple una función prescriptiva respecto de éste. En este trabajo, nos interesa solamente señalar los problemas de este tipo de dogmática para el tratamiento del derecho. Buscamos rescatar los presupuestos del positivismo metodológico, sin que ello implique que carezcamos de una posición moral o que condenemos la necesaria labor de la dogmática en la orientación de la práctica jurídica. Buscamos simplemente llamar a la reflexión sobre la necesidad de economía y coherencia de todo sistema de normas (independientemente de la moral que lo informa) en aras de evitar problemas lógicos que acrecientan la conflictividad sobre la interpretación jurídica, y por tanto, dan pie al uso político del derecho.

Finalmente, en el capítulo tres que recoge nuestras conclusiones, sintetizamos la evidencia de los capítulos anteriores, valorando el garantismo en un sentido ético político, pero criticando su separación de una tradición que demos rescatar: el positivismo metodológico o conceptual.

I. EL GARANTISMO: PARADIGMA JURÍDICO PARA EL ANÁLISIS DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

La aprobación de la Constitución de 2008 en Ecuador, supone un fenómeno complejo, que entre otras cosas, está relacionado con los modos de concebir el derecho. Así lo demuestra la abundante literatura que empezó a publicarse antes y después de que la Constitución fuera aprobada.

Esta literatura remite a paradigmas (visiones del mundo) como el “neoconstitucionalismo”, y el “garantismo”. Se trata de conceptos novedosos para la cultura jurídica formalista del Ecuador.² Por ello, aún no existe suficiente claridad sobre lo que significan una y otra aproximación teórica, ni que alcance pueden tener para comprender el texto constitucional aprobado en Montecristi.

Sin embargo, si atendemos a la literatura jurídica sobre el tema, encontraremos desarrollos teóricos que pueden aclarar nuestras dudas. Una obra relevante al respecto, es la publicada por Ramiro Ávila Santamaría³; en ésta, el profesor Ávila, defiende una interpretación que cataloga a la nueva Constitución como innovadora (en relación con la Constitución de 1998) y constitutiva de un “modelo distinto de constitucionalismo”⁴.

La caracterización de Ávila, parte del artículo uno de la Constitución:

² Nos referimos a la reducción del derecho a las leyes, al culto que se tiene del derecho civil y sus rituales procesales, y la visión simplista de la aplicación del derecho, como un proceso silogístico que reproduciría el juez como boca de la ley.

³ Véase Ramiro Ávila, *El neoconstitucionalismo transformador. El estado y el derecho en la Constitución de 2008*, Quito, Abya Yala/ UASB, 2011.

⁴ *Ibíd.*, p.104.

“Cada una de las palabras que califican 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 pragmáticos 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”.⁵

Dentro de los cambios conceptuales (en términos de teoría del derecho y del estado) que Ávila identifica en la carta constitucional, menciona: a) el sometimiento del estado y de cualquier poder a los derechos como límites y vínculos⁶; b) la saludable pluralidad jurídica en la creación del derecho⁷; c) el estado de justicia y sus implicaciones en el análisis axiológico interno del derecho;⁸ d) el estado social⁹; e) las posibilidades de una democracia deliberativa y comunitaria¹⁰; f) el fortalecimiento del estado, en aras de emancipar a los oprimidos¹¹; g) la plurinacionalidad y la interculturalidad¹²; y, h) una concepción laica del estado asociada a una moral procedimental y crítica¹³.

Detrás de este enfoque conceptual, en especial, en relación con lo expuesto por Ávila sobre los literales a, c y h, hay una visión neoconstitucional del derecho. En efecto, el sometimiento del poder al derecho; la idea de que el derecho actual tiene a la Constitución como norma de normas que contiene valores y principios positivados; y, el análisis moral, la argumentación y aplicación de principios que tienen un contenido

⁵ Ídem.

⁶ *Ibíd.*, p. 122.

⁷ *Ibíd.*, pp. 132-134.

⁸ *Ibíd.*, pp. 158-162.

⁹ *Ibíd.*, p. 167

¹⁰ *Ibíd.*, pp.179-183

¹¹ *Ibíd.*, p. 189.

¹² pp. 208-211.

¹³ *Ibíd.*, pp. 228-231

moral y jurídico a la vez, es parte del canon neoconstitucional actual, denominado neoconstitucionalismo de los derechos, debido a la centralidad de éstos en la producción del derecho en todos los niveles y la garantía final de los derechos que le corresponde a la justicia constitucional.¹⁴

El neoconstitucionalismo en este sentido es parte de una tendencia de la jurídica ecuatoriana orientada a la transformación de las concepciones del derecho. Esta tendencia intelectual, ha receptado y usado el canon neoconstitucional, en la construcción de la Constitución de 2008, como lo menciona el profesor Ávila. Su punto distintivo sería la centralidad de los derechos constitucionales (art. 11), el efecto jurídico de éstos en la constitucionalización¹⁵ del ordenamiento jurídico (art. 425) y la justicia constitucional (art. 425).

Pero la Constitución, también ha sido calificada como garantista, especialmente debido al amplio desarrollo de sus garantías jurisdiccionales y la concepción amplia de garantías para los derechos recogida en toda la Constitución, y en especial en el Título Tercero.¹⁶

En principio, neoconstitucionalismo y garantismo aparecen como dos conceptos conciliables. En este sentido Luis Prieto sostiene que “el garantismo necesita del constitucionalismo para hacer realidad su programa ilustrado; y el constitucionalismo se alimenta del proyecto garantista para condicionar la legitimidad del poder al cumplimiento de ciertas exigencias morales que se

¹⁴ Cfr. Luis Prieto, “El Constitucionalismo de los derechos”, en Miguel Carbonell, ed., *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta, 2007, p. 213.

¹⁵ Véase Riccardo Guastini, “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en Miguel Carbonell, coord., *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 49 y ss.

¹⁶ Véase Agustín Grijalva, “La Corte Constitucional y el fortalecimiento de las garantías”, en *La Tendencia*, Quito, ILDIS, 2008, pp. 127-129.

condensan en los derechos fundamentales”¹⁷. Mientras que Luigi Ferrajoli responde que “... Luis Prieto, a su vez, ha destacado con acierto el nexo entre garantismo y neoconstitucionalismo, identificando en el estado constitucional de derecho el único orden institucional en el que es posible el proyecto garantista, por medio de los vínculos sustanciales que la positivación del “deber ser” constitucional impone al propio derecho positivo.”¹⁸

En fin, probablemente por las afinidades bastante amplias, entre neoconstitucionalismo y garantismo, la Constitución de 2008 ha sido analizada desde estos dos paradigmas del derecho relacionados entre sí, pero diferentes en algunos puntos. Puesto que el neoconstitucionalismo ha sido abordado por varios juristas del país con mayor detenimiento, nos interesa desarrollar aquí un estudio del garantismo que relacione el plano teórico de este paradigma y la dogmática constitucional ecuatoriana.

De esta forma intentaremos mostrar los alcances y límites del garantismo, en nuestro enfoque del derecho constitucional ecuatoriano. En este primer capítulo, nos ocuparemos del nivel teórico del garantismo, y anunciaremos aquellos puntos problemáticos a ser abordados en el segundo capítulo. Por lo pronto, buscamos generar un análisis que muestre las dimensiones más relevantes del garantismo.

1. La teoría general del garantismo

Quien más se ha preocupado de conceptualizar y desarrollar el paradigma garantista es el jurista italiano Luigi Ferrajoli. Ya, en 1995, con la publicación de

¹⁷ Luigi Ferrajoli, *Garantismo. Una discusión sobre derechos y democracia*, Madrid, Trotta, 2006, p. 16.

¹⁸ Ídem.

Derecho y Razón, daría a conocer las acepciones básicas del garantismo que recorrerían su obra hasta su reciente y más lograda publicación teórica, *Iuris*.

Además, Ferrajoli es probablemente el autor con mayor influencia en la cultura jurídica ecuatoriana. Por ello, en este trabajo nos ocuparemos de su versión del garantismo, para realizar una lectura “garantista” de la Constitución de 2008, intentando mostrar las potencialidades y límites de la teoría garantista en el análisis del constitucionalismo ecuatoriano.

Lo anterior conlleva una dificultad que intentaremos destacar a lo largo de este trabajo. Nos referimos al alcance analítico y normativo del garantismo. Nuestra postura en este trabajo es que el garantismo es una teoría útil para analizar la Constitución de 2008, pero también una teoría que conlleva importantes límites descriptivos y normativos en el estudio crítico del derecho constitucional ecuatoriano. Por ahora, como se ha indicado, nos interesa analizar el paradigma garantista en la versión de Luigi Ferrajoli, para luego ir desarrollando los argumentos que consoliden nuestra propia postura analítica de la dogmática constitucional ecuatoriana. Consecuentemente, en lo que sigue de este primer capítulo, intentaremos conceptualizar el garantismo de forma primordialmente descriptiva.

En tal virtud, debemos partir de las tres acepciones de garantismo propuestas por Luigi Ferrajoli: como modelo normativo, como teoría y crítica

del derecho; y, como filosofía del derecho y crítica de la política.¹⁹ Se trata de tres acepciones que dependen a la vez de la forma como Luigi Ferrajoli enfoca su teoría: “el principal presupuesto metodológico de una teoría general del garantismo está en la separación entre derecho y moral y, más en general, entre ser y deber ser...”.²⁰ Es decir, el garantismo es una opción epistémica y metódica de corte positivista para abordar las dimensiones en que ordinariamente se representa el derecho:

“ el carácter vinculado del poder público en el estado de derecho; la divergencia entre validez y vigencia producida por los desniveles de normas y un cierto grado irreductible de ilegitimidad jurídica de las actividades normativas de nivel inferior; la distinción entre punto de vista externo (o ético-político) y punto de vista interno (o jurídico) y la correspondiente divergencia entre justicia y validez; la autonomía y la precedencia del primero y un cierto grado irreductible de ilegitimidad política de las instituciones vigentes con respecto a él.”²¹

Sin trastocar el enfoque de Ferrajoli, podemos presentar una versión resumida de su teoría de una forma más acorde en este trabajo de espacio limitado. Así, proponemos tres dimensiones de la teoría garantista que son fundamentales. Este paradigma filosófico y jurídico, defiende en el plano ético-político, (i) un poder (estatal y privado) limitado por el derecho, mientras que en la ciencia jurídica, propone un papel de (ii) denuncia de la divergencia entre validez y vigencia, y

¹⁹ Véase Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 2001, pp. 851-854.

²⁰ *Ibíd.*, 854.

²¹ *Ídem.*

consecuentemente de las lagunas y antinomias. Finalmente, estos desarrollos dependerían de (iii) la separación epistémica entre punto de vista interno y vista externo. A continuación mostraremos los alcances de estas dimensiones.

2. El poder limitado por el derecho

De acuerdo a los postulados antes transcritos, podemos delinear brevemente el sentido del garantismo como filosofía del derecho. En primer lugar, cuando Ferrajoli habla del “carácter vinculado del poder público en el estado de derecho”, señala un rasgo fundamental de los estados constitucionales contemporáneos. Todo estado que se precie de tener una constitución está afirmando la premisa principal de la tradición ilustrada desde Aristóteles hasta el constitucionalismo contemporáneo: un “gobierno de leyes”, y no, un gobierno de hombres.

Los estados constitucionales son productos históricos, que han sido logrados con esfuerzo y denuedo por quienes creen en el derecho, pero que constantemente están amenazados. Su nacimiento, según Ferrajoli, se da con el derecho moderno como derecho positivo, un paradigma formal que tiene en el principio de legalidad su norma de reconocimiento.

Es decir, el derecho que existe es el tipificado por la ley (no por la verdad, la justicia, o la razón de un grupo ilustrado), y por tanto, las normas jurídicas, son tales, porque han sido puestas por una autoridad humana,

bastando la autoridad reconocida como tal, para afirmar su existencia y validez originaria.²²

Ahora bien, ese derecho que es creado por una autoridad humana, ya sea una Asamblea Constituyente, un Parlamento o la Asamblea General de las Naciones Unidas, recoge en el mundo actual, derechos humanos, que en las Constituciones o la doctrina pueden tener diversos calificativos (fundamentales, subjetivos, constitucionales, etc.).

Para el garantismo, en su dimensión de filosofía política, estos derechos previstos por el derecho occidental, son valiosos en sí mismos (cuando son derechos universales de carácter “fundamental”), toda vez que recogen al mismo tiempo los postulados de la tradición ilustrada y los derechos del Estado Social (seguridad social, trabajo, salud, etc.) que deben ser garantizados (por mandato jurídico) en los Estados contemporáneos²³ y, siempre que el orden global camine hacia el constitucionalismo mundial (y establezca garantías como la ampliación de la ciudadanía), por los organismos internacionales creados por la ONU y demás asociaciones estatales de carácter democrático.

Lo señalado revela dos ideas fundamentales que sostienen la concepción de Ferrajoli sobre el poder limitado por el derecho. La primera es que el autor italiano argumenta que el derecho moderno de los Estados constitucionales limita el poder (o lo vincula) cuando se trata de ordenamientos de Constitución rígida que exigen una sujeción formal y sustancial al derecho positivo.

²² Luigi Ferrajoli, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, Madrid, Trotta, 2011, p. 15.

²³ Esta tesis coincidiría con la propuesta por Norberto Bobbio: el problema de los derechos humanos no es hoy tanto el de justificarlos como el de protegerlos. Cfr. Norberto Bobbio, *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991, pp. 53-62.

“En efecto, el sistema de las normas sobre producción de normas... no se compone sólo de normas formales sobre la competencia o sobre los procedimientos de formación de las leyes. Incluye también normas sustanciales, como el principio de igualdad y los derechos fundamentales, que de modo diverso limitan y vinculan al poder legislativo excluyendo o imponiéndole determinados contenidos. Así, una norma –por ejemplos, una ley que viola el principio constitucional de igualdad– por más que tenga existencia formal o vigencia, puede muy bien ser inválida y como tal susceptible de anulación por contraste con una norma sustancial sobre su producción”.²⁴

La segunda, es que las normas supraordenadas, son conceptualizadas de tal manera en su “teoría del derecho” (normas que imponen límites y vínculos formales y sustanciales), que son vistas como el recurso jurídico de excelencia para corregir (mediante los valores sustanciales del constitucionalismo social que limitan la política y el mercado) y racionalizar (mediante la ciencia jurídica o teoría del derecho) la práctica jurídica.

Esto último, conlleva un problema importante. Pese a que Ferrajoli sostiene que su filosofía del derecho y su ciencia del derecho pertenecen a distintos niveles de discurso, su discurso muestra notables intercambios entre ambos niveles, sobre todo cuando se analiza su concepción de los derechos fundamentales y su teoría de la democracia. Veamos a continuación a qué nos referimos.

²⁴ Cfr. Véase Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2001, pp.20-21.

2.1. Teoría de los derechos fundamentales

Desde un punto de vista que se propone “interno” (o jurídico), Ferrajoli ha ensayado una definición de derechos fundamentales que pretende “válida para cualquier ordenamiento, con independencia de los derechos fundamentales previstos o no previstos en él, incluso los ordenamientos totalitarios y los premodernos”²⁵:

“... son derechos fundamentales todos aquéllos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica, y por “status” la condición de un sujeto, prevista así mismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas”.²⁶

Esta definición que Ferrajoli pretende universal dentro de la ciencia del derecho conlleva una carga ético-política, es decir un punto de vista externo que este autor no parece reconocer. Pese a la plausibilidad de sus conceptos lógicos (universalidad, status, norma positiva, derecho subjetivo) como parámetros de inclusión o exclusión de los individuos como sujetos con derechos fundamentales, esta definición implica dos presupuestos fácticos y valorativos que nos interesa criticar

²⁵ Véase Luigi Ferrajoli, “Derechos fundamentales”, en Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, edit., *Los fundamentos...*, op. cit., p. 21.

²⁶ *Ibid.*, p. 19.

aquí: a) los derechos fundamentales son, en todo tiempo y lugar, derechos de sujetos individuales; y b) los derechos estarían “contenidos” en las normas “téticas”, y por tanto no serían otra cosa que “las mismas normas o reglas generales que los atribuyen”.²⁷

Cabe aclarar que se trata de derechos individuales para Ferrajoli, en la medida que su concepto de universalidad de los derechos, se refiere a la cuantificación universal de los sujetos que son titulares de derechos. Estos sujetos, son necesariamente individuos a los que se les reconoce por igual determinados derechos fundamentales, dependiendo de los parámetros necesarios para el reconocimiento de derechos. Éstos parámetros son *status* determinados por la identidad de persona, ciudadano y/o capaz de obrar, que incluyen o excluyen a los individuos como sujetos de derechos. En el plano empírico que alcanzaría su definición, Ferrajoli señala con razón que “...en la actualidad, después de que también la capacidad de obrar se ha extendido ya a todos, con las solas excepciones de los menores y los enfermos mentales, la desigualdad pasa esencialmente a través del molde estatalista de la ciudadanía...”²⁸

Estamos frente a una concepción de los derechos que pese a resultar bastante precisa (en términos analíticos) para analizar la dogmática constitucional europea y sobre todo las políticas de exclusión que Europa sostiene frente a los no ciudadanos, niega los derechos culturales y los derechos de seres no humanos (v. gr. la naturaleza). Como veremos en el

²⁷ Véase Luigi Ferrajoli, “Derechos fundamentales”, en Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, edit., *Los fundamentos...*, op. cit., p. 33.

²⁸ Véase Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías...*, op. cit., p. 41.

segundo capítulo, esta postura nos obligaría a desconocer como vínculos sustanciales, a los derechos de los pueblos ancestrales y los derechos de la naturaleza en el constitucionalismo ecuatoriano. Desde la teoría de los derechos fundamentales de Ferrajoli, nunca sería posible reconocer como fundamentales los derechos de los pueblos y la naturaleza, porque simplemente en su conceptualización, no existe el status de pueblo, colectivo o nacionalidad o el status de naturaleza.

Consecuentemente, la definición de derechos fundamentales de Ferrajoli no alcanzaría a registrar los derechos reconocidos en la Constitución de 2008 como veremos más adelante.

En cuanto a la idea que identifica los derechos con las normas que los atribuyen, Ferrajoli propone el siguiente ejemplo: "... la libertad de manifestación del pensamiento está dispuesta en Italia por el artículo 21 de la Constitución y no es otra cosa que la norma que el mismo expresa".²⁹ Al parecer, nuestro autor identifica los derechos con los textos jurídicos. Como veremos, difícilmente se puede señalar que los derechos sean un reflejo de los artículos constitucionales debido a su alto grado de indeterminación, especialmente en Constituciones que reciben el influjo de varias tendencias ideológicas, como en el caso ecuatoriano. En esto, el neoconstitucionalismo lleva razón cuando señala la necesidad de definir el significado de un derecho mediante argumentaciones que vinculen la moral y el derecho positivo materializado. Aunque, como veremos, no se puede afirmar que de esta manera se pueda alcanzar el significado verdadero de los derechos.

²⁹ Ídem.

En todo caso, si volvemos nuevamente a analizar la estructura del significado de los derechos conforme a los textos jurídicos podremos entender mejor por qué Ferrajoli interpreta los derechos constitucionales sin mayor debate sobre el significado. Es que según este autor, en “...las constituciones rígidas...”³⁰de posguerra, o en las convenciones internacionales acogidas a nivel estatal, es posible distinguir los “derechos” en base a su “forma o estructura” lógica.³¹

En efecto, los derechos fundamentales implicarían un reconocimiento universal de derechos reconocidos como libertades o prestaciones (obligaciones de “no hacer” y de “hacer” por parte del Estado), a la clase de sujetos que son sus titulares (esto es, sujetos con calidad de personas, ciudadanos o capaces de obrar). Ferrajoli distingue cuatro clases de derechos en relación con esta definición: a) los derechos humanos que se reconocen a todas las personas, con independencia de su credo, nacionalidad, etnia, etc.; b) los derechos públicos que se reconocen a todos los ciudadanos de un territorio nacional determinado, e implican ciertas prerrogativas (frente a los sujetos que tienen calidad de personas) en el plano de las libertades o prestaciones que vinculan al Estado; c) los derechos civiles de todas las personas con capacidad de obrar en el mercado; y, d) los derechos políticos de todos los ciudadanos con capacidad de obrar en la democracia política de un Estado. Según esta clasificación y la exigencia de igualdad en el reconocimiento de derechos, debemos recordar que de los derechos señalados, solo los derechos universalmente reconocidos a quienes poseen el status necesario para disfrutar

³⁰ *Ibíd.*, p. 29.

³¹ *Ibíd.*, p. 30.

de su reconocimiento y ejercicio (seres humanos, personas capaces de obrar, ciudadanos de un Estado). En la Tabla 1 recogemos esta distinción:

Tabla 1

| Clases de derechos | Status para su reconocimiento | Derechos asociados (Ferrajoli) |
|---------------------------|--------------------------------------|--|
| Derechos humanos | Seres humanos o personas | Derecho a la vida y a la integridad, libertad personal, libertad de conciencia y de pensamiento, derecho a la salud, derecho a la educación, garantías penales y procesales |
| Derechos públicos | Ciudadanos de un Estado | Residencia y circulación el territorio nacional, reunión y asociación, derecho al trabajo, derecho a la subsistencia y la asistencia social. |
| Derechos civiles | Personas con capacidad de obrar | Potestad negocial, libertad contractual, libertad de elegir y cambiar de trabajo, libertad de empresa, derecho a accionar en juicio, todos los derechos potestativos de autonomía privada. |
| Derechos políticos | Ciudadanos con capacidad de obrar | Derecho de voto, acceso a cargos públicos, todos los derechos potestativos de autonomía y representación política. |

Elaboración: Andrea Cajas Córdova.

Fuente: Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías...*, op. cit., p. 40.

Si aplicamos la misma lógica de análisis de Ferrajoli a la Constitución de 2008, encontramos que los derechos se atribuyen a todos los titulares de derechos sin otras limitaciones que las que resultan necesarias para la idoneidad de las situaciones jurídicas en las que un titular de derechos puede beneficiarse de un derecho subjetivo y/ o ser titular de los actos que son el resultado de esta relación de expectativas positivas o negativas entre los titulares de derechos y los órganos obligados.

Así, el status para participar de forma idónea del reconocimiento y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución de 2008, se amplía a los no ciudadanos, (esto es, a los extranjeros) a los pueblos, nacionalidad y colectividades, y a la naturaleza. Quizá la única limitación que existe al reconocimiento igualitario de derechos a los titulares, es la prevista, respecto de algunos derechos políticos para los extranjeros (art. 9). En los demás casos, la Constitución no hace distinciones artificiales o discriminatorias entre los titulares de derechos, salvo aquéllos que obedecen a los derechos, que por su esencia filosófico-política, no son atribuibles a individuos o seres humanos. Nos referimos a los derechos que se les reconoce a los pueblos y nacionalidades (v. gr. el derecho a su identidad colectiva, a su tierra ancestral por sobre el interés privado y estatal, a su forma de desarrollo, a sus prácticas culturales, etc.) y los derechos de la naturaleza, entendida como un ser vivo que “se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos”. En los demás casos, la Constitución de 2008 no distingue entre ciudadanos, seres humanos o personas capaces de obrar. Todo ser humano, sea ciudadano o no, tenga capacidad de obrar o no, es titular de derechos (art. 10), y no existen otros límites al ejercicio de sus derechos, que los establecidos

por la Ley por cuestiones ampliamente aceptadas (v.gr. la capacidad de obrar que puede tener un niño o niña para contraer matrimonio, o ser candidato a un cargo de elección popular). En la tabla 2, recogemos esta idea de los derechos reconocidos en la Constitución de 2008, conforme a la estructura propuesta por Ferrajoli.

Tabla 2.

| Clases de derechos | Status para su reconocimiento | Derechos de la Constitución de 2008 |
|--|---|--|
| Derechos humanos, públicos, civiles y políticos. | Seres humanos o personas (exceptuando en algunos casos a los extranjeros) | Derechos del buen vivir, derechos de libertad, derechos de las personas y grupos de atención prioritaria, derechos de protección, derechos de participación. |
| Derechos de las comunidades pueblos y nacionalidades | Comunidades, pueblos y nacionalidades entendidos como colectividades con derechos | Derechos de los pueblos, comunidades y nacionalidades. |
| Derechos de la naturaleza | La naturaleza entendida como “ser vivo” | Derechos de la naturaleza |

Como vemos, la Constitución de 2008, no puede comprenderse desde la definición de derechos fundamentales de Ferrajoli, pese a que nuestro autor sostenga que resulta “válida para cualquier ordenamiento, con independencia de los derechos

fundamentales previstos o no previstos en él, incluso los ordenamientos totalitarios y los premodernos”.

Por otro lado, Ferrajoli distingue los derechos fundamentales caracterizados por su universalidad, de los derechos carentes de estas características, es decir, los derechos patrimoniales.

Los derechos fundamentales tendrían los siguientes caracteres estructurales: “universalidad, igualdad, indisponibilidad, atribución *ex lege* y rango habitualmente constitucional...”,³² en tanto que los derechos patrimoniales corresponderían a todo lo contrario: serían singulares, fuentes de la desigualdad jurídica, disponibles, predispuestos por normas hipotéticas y de rango habitualmente, infra-constitucional.³³ Esta diferenciación de “caracteres” es vital en la concepción de la democracia propuesta por Ferrajoli:

“...Precisamente, en virtud de estos caracteres, los derechos fundamentales, a diferencia de los demás derechos, vienen a configurarse como otros vínculos sustanciales normativamente impuestos –en garantía de los intereses y necesidades de todos estipulados como vitales, por eso fundamentales (la vida, la libertad, la subsistencia)– tanto a las decisiones de la mayoría como al libre mercado...”.³⁴

³² *Ibíd.*, p. 35.

³³ Cfr. Luigi Ferrajoli, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho*, op. cit., pp. 718-719.

³⁴ *Ídem.*

Como vemos, de una definición formal de la ciencia jurídica Ferrajoli se traslada a un concepto deductivo de Constitución, cuyas premisas mayores, serían los derechos fundamentales. Es decir, la Constitución representaría un “sistema maestro” en palabras de Alchourrón; esto es, la idea de completitud y coherencia que muchos juristas atribuyen al derecho positivo, y que sirve de base para justificar la resolución aparentemente objetivamente de todos los casos jurídicos genéricos.³⁵

Esta visión no es derivada del derecho escrito, sino de la interpretación normativa del mismo, orientada a encontrar en él, un sistema deductivo que en realidad es construido por los intérpretes como un modelo racional completo y consistente que prevé soluciones para todos los casos posibles. Si aplicáramos estos presupuestos al constitucionalismo ecuatoriano de los derechos, bastaría probar el grado de “subsunción” de las prácticas estatales, mercantiles y sociales (cuando existen posiciones de poder) en las premisas que contienen derechos.

¿Cómo realiza Ferrajoli esta operación? La respuesta que proponemos es que su idea de los derechos estriba a la vez, en la “estructura” de las normas positivas y en una opción ético política en favor de los derechos del Estado Social como premisas axiológicas de su “sistema maestro”(ideal interpretativo del derecho).

Estos fundamentos se complementan a la perfección en su discurso garantista: La “...forma universal, inalienable, indisponible y constitucional (de los derechos fundamentales)...se revela, en otras palabras, como la técnica –o *garantía*– prevista para la tutela de todo aquello que el pacto constitucional ha considerado

³⁵ Cfr. Carlos Alchourrón, *Fundamentos para una teoría general de los deberes*, Madrid, Marcial Pons, 2010, pp. 155-175.

fundamental...”,³⁶ no sólo por su “forma”, sino también, porque “cuando se quiere garantizar una necesidad o un interés, se les sustrae tanto al mercado como a las decisiones de la mayoría”.³⁷

Por esta vía, Ferrajoli llega a configurar la dimensión “sustancial” de la democracia. Los derechos universales (por su estructura), poseerían en los Estados constitucionales un contenido jurídico determinado a priori, que, cuando es enunciado en normas téticas que poseen la estructura formal de los derechos fundamentales, pueden ser denominados “sustanciales”. Y lo sustancial en la teoría de Ferrajoli debe limitar a las mayorías y al mercado, puesto que: “...los derechos fundamentales circunscriben lo que podemos llamar esfera de lo *indecidible: de lo no decidible que*, es decir, de las prohibiciones determinadas por los derechos de libertad, y de lo no decidible que no, es decir, de las obligaciones públicas determinadas por los derechos sociales”.³⁸

De esta manera, el autor italiano crea un mundo conceptual armónico en el que logran confluír su ciencia del derecho y su filosofía del derecho. Es decir, Ferrajoli parece forzar lo que concibe como ciencia o lógica del derecho al punto de extender sus definiciones para que cubran los valores que él considera fundamentales: los derechos de libertad y los derechos sociales susceptibles de ser reconocidos universalmente, con el sólo hecho de ampliar el *status* para su satisfacción.

³⁶ Ídem.

³⁷ *Ibid.*, p. 36.

³⁸ Ídem.

Además, bajo el argumento de que la tradición liberal estaría equivocada (en un plano lógico), sostiene que el concepto verdadero (¿en términos lógicos?) de libertad jurídica, lo lleva a diferenciar entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales.

Es decir, nuestro autor sostiene que el “ser” del derecho positivo (verdadero o falso en términos científicos), da lugar a cierto “deber ser” de la política (nunca sujeto a calificaciones de verdad, pues se trata de enunciados políticos prescriptivos que no dan información sobre la realidad). Pareciera que Ferrajoli viola de esta manera la *Ley de Hume* que tanto defiende.³⁹

La diferenciación entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales no es convincente en términos lógicos e históricos (para los liberales que hicieron nuestras Constituciones, libertad y propiedad han sido dos pares inescindibles)⁴⁰, aunque ello no quiera decir, que la diferenciación sea valiosa como filosofía política y como explicación de los límites de la propiedad en el marco de la economía social capitalista. Más bien, los derechos patrimoniales, como derechos reales y derechos personales de crédito, vendrían a ser modalidades de ejercicio del derecho a la propiedad y del derecho a la libertad económica, que al igual que otros derechos fundamentales, no son derechos absolutos o invencibles en un Estado Social, que interviene, en la regulación capitalista de la economía (v.gr. la expropiación por los procedimientos establecidos, por motivos de utilidad pública).

³⁹ Véase Danilo Zolo, “Libertad, propiedad e igualdad”, en en Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, edit., *Los fundamentos...*, op. cit., pp. 87 y ss.

⁴⁰ Ídem.

De hecho, estamos totalmente de acuerdo en la necesidad de limitar los derechos patrimoniales como modalidades de ejercicio del derecho a la propiedad o del derecho a la libertad económica. También nos parece correcto establecer contenidos sustanciales que limiten la toma de decisiones ejercidas mediante derechos-poder (en el lenguaje de Ferrajoli) por las mayorías (derechos políticos) y del mercado (derechos de autonomía). Sin embargo, ello no implica que podamos afirmar diferencias lógicas tan significativas entre los derechos. Más bien, debería atenderse a los sentidos políticos que apoyan estos límites y a las disposiciones de derecho positivo de cada país.

No podemos usar nuestra filosofía normativa sobre lo que nos parece más justo, en un ensayo de formalización normativa que se precie de neutralidad científica. Ferrajoli parece caer en este afán por convertir su filosofía política en ciencia, pese a su claro apoyo (desde la teoría del derecho) a la teoría del Estado social, sobre todo, porque hoy es una idea y una práctica en “crisis”:

“...los derechos fundamentales, al corresponder a intereses y expectativas de todos, forman el fundamento y el parámetro de la igualdad jurídica y por ello de lo que llamaré dimensión sustancial de la democracia, previa a la dimensión política o formal de ésta, fundada en cambio sobre los poderes de la mayoría. Esta dimensión no es otra cosa que el conjunto de las garantías aseguradas por el paradigma del Estado de derecho, que, modelado en los orígenes del Estado moderno sobre la exclusiva tutela de los derechos de libertad y propiedad, puede muy bien ser ampliado –luego del reconocimiento constitucional como

“derechos” de expectativas vitales como la salud, la educación y la subsistencia- también al Estado social, que se ha desarrollado de hecho en este en este siglo sin los formas y garantías del Estado de derecho y sólo en las de la mediación política, y hoy, también por esto en crisis...”⁴¹

2.2. Teoría de la democracia constitucional

Ferrajoli sostiene que la mera enunciación de los derechos en disposiciones téticas con la estructura de los derechos fundamentales, los convierte en normas positivas y en garantías que jurídicamente implican obligaciones y prohibiciones, independientemente de que establezcan obligaciones objetivas como quería Kelsen.⁴²

Por tanto, en un Estado democrático de Derecho, los poderes estatales y privados deben atenerse a las consecuencias normativas de los derechos fundamentales (derechos civiles, políticos y sociales), entendidos como premisas fundamentales del sistema jurídico. Cuando las mayorías están vinculadas y limitadas por los derechos fundamentales entonces puede afirmarse que sus decisiones son *válidas*. Cuando esto no sucede sus decisiones pueden dar lugar a decisiones *vigentes*, pero no *válidas*.⁴³

En tal virtud, las constituciones modernas son el marco de la validez formal y sustancial de la producción jurídica⁴⁴ en los distintos niveles: leyes, reglamentos, sentencias, actos administrativos, resoluciones, etc. Para que un acto normativo de la

⁴¹ Luigi Ferrajoli, “Derechos fundamentales”, op. cit., p. 25.

⁴² Cfr. Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, México D.F., UNAM, 1982, pp. 167 y ss.

⁴³ Luigi Ferrajoli, “Derechos fundamentales”, op. cit., p. 37.

⁴⁴ La producción jurídica es la creación de normas a partir de la interpretación de disposiciones normativas de un ordenamiento escalonado. Cfr. Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, México D. F., UNAM, 1982, p. 84; y, Luigi Ferrajoli, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. I. Teoría del derecho*, Madrid, Trotta, 2011, p. 66.

democracia política sea válido en sentido formal debe respetar las delimitaciones que establece la Constitución respecto de las competencias o los procedimientos en la toma de decisiones. Así por ejemplo, según la Constitución de 2008, en términos generales, quien califica la constitucionalidad de las normas es la Corte Constitucional, quien elabora las leyes es la Asamblea y quien administra el Estado y dirige las políticas públicas es el Presidente. En todos estos casos existen procedimientos reglados para el ejercicio del poder público que desarrollarían derechos políticos. Si estas actividades se realizan bajo estos parámetros entonces son válidas formalmente. Por otro lado, las constituciones también establecen principios y derechos sustanciales que deben ser respetados en la producción normativa. En este sentido, la normativa, la jurisprudencia y las políticas públicas como ordena la Constitución de 2008 (art. 11) deben guardar coherencia con los derechos y principios constitucionales. Entonces, estos actos tendrían validez sustancial.⁴⁵

Desde esta perspectiva, las constituciones actuales son rígidas, e imponen límites y constricciones a la producción legislativa y jurídica de todos los niveles. De allí que el garantismo abogue por un derecho que limite el poder tanto público como privado, puesto que los derechos no solo establecen vínculos y límites en las relaciones entre los individuos y el Estado; también relaciona a individuos de la sociedad civil entre sí.

La filosofía garantista no se limita a defender los límites del poder a través de normas formales y sustanciales inspiradas en una idea de

⁴⁵ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, op. cit., pp. 855-856.

constitucionalismo social ampliable a nivel global. Además propone una teoría política de la democracia que se ocupa de problematizar los poderes clásicos: Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Según Ferrajoli la democracia constitucional exige que estos poderes estén divididos para garantizar su legitimidad política por una parte, y el Estado de Derecho por otra.

Es decir, las funciones legislativas y las funciones de gobierno que tienen su origen en la representación política deben ejercer sus actividades en ejercicio de la discrecionalidad política que permiten las Constituciones modernas. Por supuesto, en un Estado de Derecho visto desde el garantismo, estas funciones políticas no pueden ejercerse para restringir los derechos de libertad más allá de los límites permitidos, o para negar los contenidos mínimos de los derechos sociales. Cuando esto sucede, el poder judicial que tiene su legitimidad en el conocimiento y aplicación del derecho, debe hacer valer sus competencias predispuestas por el sistema jurídico, para controlar en abstracto las normas inválidas y juzgar los hechos concretos subsumibles en normas generales. Ferrajoli no niega que esta función tenga un carácter discrecional en la práctica judicial autorizada legalmente, aunque la minimiza de una forma quizá no justificada⁴⁶: “En este caso la discrecionalidad es la que se da en el marco de la sujeción a la ley y que queda por tanto limitada a la interpretación de las normas que han de ser aplicadas”.⁴⁷

⁴⁶ La amplitud valorativa de la justicia constitucional abre un espacio de discrecionalidad que dificulta definir cuándo una interpretación es jurídica o política. Si a esto le sumamos el patrón de dependencia que guarda el poder judicial respecto del poder político, la amplitud valorativa de la justicia constitucional resulta más preocupante, en la medida que puede contribuir a concentrar el poder político de quienes controlan las cortes. Cfr. Roberto Gargarella, *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Quito, Corte Constitucional para el periodo de Transición, 2011.

⁴⁷ Luigi Ferrajoli, *Garantismo. Una discusión sobre derechos y democracia*, op. cit., p. 25.

Según Ferrajoli, la aplicación jurisdiccional de la Constitución solamente se refiere a las “decisiones interpretativas relativas al significado de las leyes” (idem.). No se trata de que los jueces se ocupen del desarrollo normativo que corresponde a los órganos democráticos, sino de verificar de forma “cognoscitiva” (análisis semántico y sintáctico del lenguaje jurídico) si el desarrollo normativo (legal, reglamentario) es coherente con la semántica constitucional que establece los derechos fundamentales como premisas. Al hablar del punto de vista externo y del punto de vista interno, desarrollaremos esta idea del garantismo con mayor sistematicidad. Por ahora se debe insistir que Ferrajoli defiende la jurisdicción sobre la base de la idea clásica de división de poderes desarrollada por Montesquieu. Para él, intentar trasladar la función tradicional de aplicación de la Constitución a órganos mayoritarios (v. gr. el parlamento) equivaldría a unir el poder legislativo y el poder judicial, con las consecuencias perversas que de esto se sigue para el Estado de Derecho, esto es, el poder limitado por el derecho. Esto conllevaría además una minimización del grado de discreción implicado en toda “aplicación” de normas generales.

3. Divergencia entre validez y vigencia

La validez en el sentido antes desarrollado puede ser formal o sustancial. Siempre que la producción normativa se enmarque en el derecho constitucional y demás normativa superior, podemos hablar de derecho válido. Ello no quiere decir que sea imposible el derecho inválido; por el contrario, las

sociedades realmente existentes tienden a separarse de este marco de validez, más aún si las exigencias de éste son altas, como sucedería con la Constitución ecuatoriana.

Lo anterior no debe llevarnos a confundir la vigencia (las normas que se aplican) con la validez (los límites y vínculos de la producción normativa). Según Ferrajoli es irreductible la divergencia entre validez y vigencia, más aún cuando no existe voluntad política y condiciones culturales para hacer realidad un gobierno de leyes o un Estado Constitucional de Derechos y Justicia como diríamos en Ecuador.

No obstante, la teoría del derecho de Ferrajoli no puede contentarse con esta divergencia. Debe denunciarla. No porque su función sea “política”, sino porque la misma Constitución puesta por la autoridad y legitimada políticamente por la ciudadanía, establece los parámetros de validez. Cuando la teoría del derecho señala que una norma es inválida realiza una función descriptiva, que no hace sino constatar el derecho inválido según la Constitución.

En el Estado Constitucional, el derecho no debe confundirse con las prácticas sociales. Por el contrario, el derecho debe orientar las prácticas sociales.⁴⁸ Su función es producto del paradigma constitucionalista que ha positivizado principios ético-políticos, que dejan de ser externos al derecho, para constituirse en fuentes de legitimación jurídica, internos al derecho. Esta divergencia, es la que implica un uso determinado de la lógica en la teoría del derecho.

La divergencia entre validez y vigencia, supone la identificación de norma en dos sentidos, como regulativa de comportamientos, y como hecho regulado por normas, que corresponde respectivamente, a la relación entre norma constitucional y

⁴⁸ Luigi Ferrajoli, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, op. cit., p. 17.

norma infraconstitucional, la primera cargada de contenido sustancial que exige coherencia del acto inferior: la norma infraconstitucional.

La coherencia exigida, es producto de la diferencia que siempre habrá entre deber ser normativo (lo que manda la Constitución) y ser efectivo (las normas que elabora el legislador u otros poderes). No obstante, pese a esta diferencia potencial, existe un criterio jerárquico establecido por la rigidez constitucional, que exige una solución, expresada en la teoría general del garantismo, en el uso de la lógica y sus clásicos principios de unidad, coherencia y plenitud, para reparar los vicios “deónticos” (esto es, debidos a los nexos de un sistema nomodinámico de derecho positivo que impone normas positivas y no valores ónticos) manifiestos en indebidas lagunas o antinomias. La lógica, en este sentido, si bien no obedece a disposiciones de derecho positivo, es necesaria para satisfacer el “deber ser interno”, o la “validez” del derecho positivo percibido como un sistema deductivo.⁴⁹

4. Punto de vista externo y punto de vista interno

A partir de lo dicho hasta ahora, se puede inferir que el garantismo como teoría del derecho, es tributario de varios desarrollos de la tradición positivista. Por ello defiende la necesidad de reservar siempre una mirada externa o no comprometida con el derecho, sea éste válido o vigente. Al mantener esta postura, deja a la filosofía política la crítica del derecho. Y esto es saludable, al menos como ideal que puede alcanzarse en diversos grados. La historia nos enseña que los gobiernos totalitarios han hecho suya la definición del contenido jurídico, lo han identificado con lo bueno, con lo justo, con lo

⁴⁹ *Ibíd.*, pp. 25-26.

necesario. De esta manera, han reforzado sus poderes dictatoriales, identificando sus mandatos con el derecho, concepto usado por lo general, con una carga emotiva que lo identifica con la justicia.

Por ello el garantismo prefiere mantener una postura crítica frente a las distintas modalidades de legalismo ético o constitucionalismo ético.⁵⁰ En tal virtud, podemos criticar el derecho, sin por ello comprometer el papel descriptivo de la teoría y su valor racional y lógico, que favorece la racionalización del ordenamiento jurídico, y con ella (al menos para Ferrajoli), el aseguramiento (la permanencia, la certeza de cumplimiento) de valores tan preciados como los derechos fundamentales. Esta opción epistemológica permite mantener la separación entre justicia y derecho. Adicionalmente, arrebatada a quienes se apropian de la legitimidad del derecho, la doble legitimidad que supondría confundir el derecho con la justicia, un valor orientativo que nunca puede confundirse con logros precarios como los alcanzados por la sociedad moderna. Y además, esta separación permite la resistencia al derecho existente. Al señalarlo como un artificio, como una creación humana, permite a la sociedad deslegitimarlo.

En vista de que hemos detallado en el numeral “1” la relación entre la teoría de los derechos fundamentales de Ferrajoli y su ideología en favor del Estado Social como imperativo global del moderno constitucionalismo, lo que nos interesa en esta sección, es destacar las implicaciones que tiene la separación propuesta por Ferrajoli entre punto de vista externo y punto de vista interno en su idea de jurisdicción, que según este autor, se configuraría desde un punto de vista “interno”.

⁵⁰ *Ibíd.*, p. 16.

Por caso, cuando Ferrajoli analiza la jurisdicción señala que el juez es un intérprete autorizado por una norma general, que crea al *interior del derecho positivo* (por existir facultad jurisdiccional y regulaciones jurídicas para los casos de conocimiento judicial), las normas que le corresponde aplicar en un caso concreto. Para la epistemología garantista, esta “aplicación” del derecho general debe ser *tendencialmente cognitiva* y por tanto *tendencialmente libre de valores “externos” o ético políticos*. Depende de la lógica, de la racionalidad, aunque dentro de la necesaria discrecionalidad que toda interpretación jurídica conlleva. Ferrajoli sostiene que esta idea de interpretación puede predicarse de cualquier juez y cualquier norma. Es decir, un juez penal, como un juez constitucional, de cualquier jerarquía (desde el juez ordinario de cortes subnacionales hasta la Corte Constitucional) debe siempre estar limitado por las disposiciones normativas que aplica, sin importar si éstas corresponden a reglas claras y determinadas o a derechos formulados como programas o principios.⁵¹

Ferrajoli se siente más cómodo para defender la postura anotada, cuando existe un desarrollo legislativo de las normas generales y abstractas de la Constitución (v.gr. del “contenido esencial” de los derechos fundamentales).⁵² Así, Ferrajoli diferencia entre legitimidad formal y legitimidad sustancial de la jurisdicción. En el primer caso, la legitimidad formal nace cuando el juez (cualquier juez) está sujeto al principio de legalidad, esto es, a las formulaciones de la ley; en el segundo caso, la

⁵¹ Véase Luigi Ferrajoli, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia*, Madrid, Trotta, 2011, p. 75.

⁵² *Ibid.*, pp.72-74.

legitimidad sustancial provendría de una función jurisdiccional de tutela de los derechos fundamentales, con argumentos limitados por el sistema de normas.⁵³ A partir de esta idea de legitimidad (más cercana a un punto de vista “externo” que que “interno”), Ferrajoli optó en *Derecho y Razón*, aún a su pesar, por la primacía de la legitimación formal, probablemente porque su idea de jurisdicción se presentaba como a-política:

“Cuando la jurisdicción pueda al menos servirse de algún apoyo legal, aunque sea vago e impreciso, las dos fuentes de legitimación pueden entrar en conflicto entre sí, ya que de un lado, la tutela sustancial de los derechos fundamentales sancionados por la Constitución exige del juez una discrecionalidad y hasta una inventiva judicial que haga posible de algún modo la justiciabilidad de los mismos incluso más allá de la letra y de las lagunas de la ley ordinaria, pero, de otro lado, la falta de articulaciones legales en la atribución de los derechos y la sujeción del juez a la ley hace débil e incierta la legitimidad formal (además de la probabilidad) de tal inventiva. Pero si no existe ningún apoyo legal, incluso tal inventiva –piénsese en el caso de los derechos sociales a prestaciones positivas- es imposible y *no cabe otra solución que la denegación de justicia...*”

No obstante, en su obra cumbre, Ferrajoli ocupa una postura muy cercana al neoconstitucionalismo cuando defiende la interpretación constitucional de las normas por medio de la jurisdicción: “...las [normas] constitucionales, por los jueces constitucionales (acompañada por la interpretación de la ley ordinaria a la que afecta

⁵³ Véase Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2001, p.22.

su juicio); las legislativas, por los jueces ordinarios (acompañada por la interpretación de la ley constitucional para valorar los perfiles de invalidez de aplicable)”.⁵⁴

En otras palabras ya no sería imprescindible la existencia de ley, la jurisdicción podría controlar, a partir de las normas sustanciales de la Constitución, toda la legislación. Claro está, para Ferrajoli, este control sería siempre jurídico (o sujeto a un punto de vista “interno”). Por ello sostiene que en todos los casos de ejercicio jurisdiccional, se procede a realizar, pese al margen de discrecionalidad de toda interpretación, una subsunción, es decir, un procedimiento primordialmente lógico, que se basa en dos premisas: a) el derecho positivo (al menos a nivel de la Constitución) es primordialmente racional (es decir, no contiene normas que tendencialmente se invalidan entre sí) y, b) la interpretación judicial del derecho positivo primordialmente racional, no puede ser otra cosa que un evento cognitivo y por tanto limitado a revelar el “significado” aplicable de las normas.⁵⁵ Como veremos en el segundo capítulo, nos distanciamos de esta postura a la hora de configurar nuestro enfoque de la Constitución de 2008.

⁵⁴ *Ibíd.*, 75.

⁵⁵ *Ídem.*

II. ALCANCES Y LÍMITES DEL GARANTISMO EN EL ANÁLISIS DEL DERECHO CONSTITUCIONAL ECUATORIANO

En el primer capítulo intentamos sintetizar la teoría general del garantismo. Buena parte de esta teoría es aplicable al derecho constitucional ecuatoriano. Sobre todo, porque nos ayuda a entender la relevancia de la constitución en un sistema jurídico garantista.

1. Los alcances del garantismo.

El garantismo permite elaborar una reconstrucción parcial del sistema jurídico ecuatoriano, a partir de dos premisas fundamentales que guardan relación con i) el paradigma positivo del derecho constitucional, y con ii) las funciones garantistas del Estado.

En el primer caso, el garantismo acierta al señalar que la estructura del derecho positivo contemporáneo implicaría la primacía de las normas constitucionales por sobre normas inferiores. Tal primacía sería, en términos kelsenianos, *nomoestática* y *dinámica*. Primacía *nomoestática*, a través de contenidos *sustanciales* (valores ético-políticos que informan las normas positivas) que exigirían la coherencia (respeto a los contenidos sustanciales) del desarrollo normativo infra-constitucional. Y, primacía *nomodinámica*, en el sentido clásico de reproducción del sistema jurídico, mediante procedimientos que respetan la *forma* establecida para la realización de actos productivos de normas (reglas procedimentales).

Esta premisa de primacía constitucional en el sistema jurídico, no implica una exigencia moral externa al derecho positivo, sino una exigencia interna al propio derecho positivo. Se trata de una función de garantía del derecho:

“...que en los ordenamientos de Constitución rígida, se caracteriza por una doble artificialidad; es decir, ya no sólo por el carácter positivo de las normas producidas, que es el rasgo específico del *positivismo jurídico*, sino también por la sujeción al derecho, que es el rasgo específico del *Estado constitucional de derecho*, en el que la misma producción jurídica se encuentra disciplinada por normas, tanto formales como sustanciales, de derecho positivo”.⁵⁶

Las exigencias de coherencia (normas sustanciales) y correspondencia (normas formales), son por supuesto, directivas lógicas, internas al derecho positivo, que en nuestro caso, se manifiestan de forma explícita en la Constitución de 2008: “Art. 424.- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.”

Estas directivas lógicas que Ferrajoli llama *principia iuris tantum*, no implican que las normas inferiores sean plenamente coherentes con los principios ético políticos de la Constitución (denominados por Ferrajoli

⁵⁶ Véase Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2001, p. 19.

principia iuris et in iure), o que su promulgación haya correspondido a las reglas formales de creación de normas establecidas en la Constitución. Señalan llanamente, una exigencia de la Constitución en la reproducción *nomoestática* y *nomodinámica* del sistema normativo que podría calificarse como un “deber ser” constitucional, que no puede confundirse con el “ser” legal o reglamentario.

Lo cierto es que la primacía constitucional es una premisa fundamental en el análisis del sistema normativo que el garantismo ha venido a problematizar de forma magistral y es claramente aplicable en el análisis de nuestro sistema jurídico.

En cuanto a las funciones garantistas del Estado derivadas del paradigma positivista de la Constitución, Ferrajoli ha defendido que “la política se convierta en un instrumento de actuación del derecho, sometida a los vínculos que le imponen los principios constitucionales”⁵⁷.

Se trata de ver al Estado como un “actor de satisfacción” de los principios constitucionales.⁵⁸ No estamos hablando de un mandato moral, sino de un reconocimiento de mandatos del derecho positivo. Al menos en el caso ecuatoriano, el constituyente se esforzó por desarrollar esta concepción del Estado y la política como una garantía.

Así, a tenor de la Constitución, no hay duda de que el Estado, entendido como una organización que debe satisfacer “los derechos y la justicia” (art. 1), debe orientarse a la satisfacción de los derechos reconocidos por la Constitución. El

⁵⁷ Cfr. Luigi Ferrajoli, *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Madrid, Trotta, 2011, p. 35.

⁵⁸ Véase Luigi Ferrajoli, *Garantismo. Una discusión sobre derechos y democracia*, op. cit., p. 116.

artículo 11 y los títulos III y IX, recogen de forma magistral esta concepción garantista.

El artículo 11 establece los principios de aplicación de los derechos constitucionales, que como veremos van más allá de los derechos individuales que teoriza Ferrajoli. Dentro de tales principios, destacan un mandato garantista que tiene fuertes implicaciones normativas: “...Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte” (art. 11, 4). Como puede colegirse, el constituyente establece el mandato de aplicación directa como una garantía de la Constitución, que torna a los derechos “plenamente justiciables” (art. 11, 3). Este mandato es coherente con la concepción de los derechos como normas téticas o contenidas en los textos jurídicos que no entran en contradicción entre sí, o con otras normas constitucionales que no son derechos. Como veremos, no estamos de acuerdo con esta concepción, pero debemos reconocer que la disposición citada es plenamente garantista.

También es garantista el mandato establecido en el artículo 11 cuando afirma que: “... El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio”. Esta concepción implica claramente la concepción garantista de la política que ordena convertir el Estado en un actor de satisfacción de los derechos a través de garantías primarias y secundarias.

Lo dicho se torna más evidente, cuando analizamos el título III de la Constitución. Este título desarrolla a plenitud la concepción de las garantías primarias y secundarias defendidas por el garantismo. Dentro de las garantías primarias, la Constitución establece las “garantías normativas” y las “políticas públicas, servicios públicos y participación ciudadana”. En el primer caso, el texto constitucional reza:

“Art. 84.- La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución”.

En cuanto a las “políticas públicas, servicios públicos y participación” ciudadana, la Constitución establece:

“Art. 85.- La formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos que garanticen los derechos reconocidos por la Constitución, se regularán de acuerdo con las siguientes disposiciones:

1. Las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos se orientarán a hacer efectivos el buen vivir y todos los derechos, y se formularán a partir del principio de solidaridad.

2. Sin perjuicio de la prevalencia del interés general sobre el interés particular, cuando los efectos de la ejecución de las políticas públicas o prestación de bienes o servicios públicos vulneren o amenacen con vulnerar

derechos constitucionales, la política o prestación deberá reformularse o se adoptarán medidas alternativas que concilien los derechos en conflicto.

3. El Estado garantizará la distribución equitativa y solidaria del presupuesto para la ejecución de las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos.

En la formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos se garantizará la participación de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades.”

Finalmente, el título III desarrolla las garantías primarias, al crear seis garantías jurisdiccionales fuertemente orientadas a la protección de los derechos constitucionales: la acción de protección, la acción de hábeas corpus, la acción de acceso a la información pública, la acción de hábeas data, la acción de incumplimiento y la acción extraordinaria de protección.

A partir del texto constitucional, puede inferirse que la política en sí misma se configura normativamente como una garantía. El análisis de la política como actividad humana, puede realizarse a partir de tres dimensiones que la ciencia política ha identificado en ésta: la estructura, el proceso, y el resultado.⁵⁹Las tres dimensiones, en términos jurídicos, referirían a las funciones del Estado, las competencias jurídicas de cada función para crear normas generales y la aplicación de las normas jurídicas generales en casos particulares a través de actos jurisdiccionales y administrativos. En todo este

⁵⁹ Josep Vallés, *Ciencia Política. Una introducción*, Barcelona, Ariel, 2006, capítulo 7.

proceso que puede ser visto como un sistema de creación normativa, las normas constitucionales citadas ordenan la realización de derechos.

En fin, la Constitución ordena la reducción de la política al derecho, tal como propone el garantismo. En este sentido normativo, el enfoque garantista es aplicable al derecho constitucional ecuatoriano. Sin embargo, como veremos a continuación, el garantismo es insuficiente para problematizar los derechos constitucionales (en el Ecuador) y la interpretación de la Constitución, entendida como un agregado de normas con problemas lógicos y lingüísticos de singular relevancia.

2. Límites del garantismo

Las tesis de Ferrajoli que hemos criticado en el primer capítulo, dentro de un consenso generalizado que hemos aclarado en el apartado anterior, son las siguientes: a) Los derechos fundamentales son siempre derechos subjetivos y deben diferenciarse entre derechos de libertad, derechos sociales y derechos patrimoniales; y b) El derecho constitucional moderno, es tendencialmente un sistema deductivo, pleno y coherente, y por tanto, puede ser interpretado por los jueces de forma cognitiva, sin mayor riesgo para la división de poderes.

En este capítulo desarrollaremos una crítica a estas tesis, al tiempo que enfocamos nuestro lente en el análisis de la Constitución de 2008. De esta manera intentamos sugerir una lectura que recupera buena parte de la teoría general del

garantismo en un enfoque selectivo que reivindica el positivismo conceptual⁶⁰ en aras de comprender y criticar las teorías interpretativas de la Constitución de 2008.

2.1. Los derechos fundamentales y el constitucionalismo ecuatoriano.

El artículo 10 de la Constitución de 2008 establece: “Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales”. Esta sola definición puede llevarnos a pensar que la definición formal de derechos fundamentales propuesta por Ferrajoli *no* es “válida para cualquier ordenamiento, con independencia de los derechos fundamentales previstos o no previstos en él, incluso los ordenamientos totalitarios y los premodernos”.⁶¹

Es decir, los componentes “formales” de derecho fundamental propuestos por la teoría del derecho de Ferrajoli (universalidad, status de persona y/o persona jurídica y/o capaz de obrar, norma positiva y derecho subjetivo⁶²) no parecen comprender empíricamente los derechos de los no ciudadanos (ver tabla 2), o los derechos atribuidos por la Constitución y los instrumentos de derechos humanos a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, al pueblo afroecuatoriano, al pueblo montubio y a

⁶⁰ El positivismo conceptual parte de la separación entre derecho y moral defendida por el garantismo para asignar significados descriptivos al derecho positivo. Esto quiere decir, que no es necesario comprometernos con el derecho positivo para analizarlo, pero también, que el derecho positivo supone la asignación de significados, es decir procesos de interpretación jurídica que, al menos para el positivismo conceptual, no pueden ser arbitrarios en la definición lingüística y sintáctica del derecho. Véase Carlos Santiago Nino, *Introducción al análisis del derecho*, Barcelona, Ariel, 1999.

⁶¹ Véase Luigi Ferrajoli, “*Derechos fundamentales*”, op. cit., p. 21

⁶² Véase Luigi Ferrajoli, “*Los derechos fundamentales en la teoría del derecho*”, en Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, edit., *Los fundamentos de los derechos fundamentales...*, op. cit., pp. 142-143.

las comunas (art. 56). Menos aún, podría categorizarse como derechos fundamentales en el sentido propuesto por Ferrajoli, los derechos de la naturaleza o Pacha Mama (art. 71). En la tabla 3, identificamos estas cuestiones mediante una tabla de la verdad.

TABLA 3

| Derechos de la Constitución de 2008 | Universalidad | Status de persona natural o jurídica/capacidad de obrar/ciudadanía | Norma positiva | Derecho Subjetivo |
|--|---------------|--|----------------|-------------------|
| Individuos: derechos del buen vivir, derechos de libertad, derechos de las personas y grupos de atención prioritaria, derechos de libertad, derechos de protección, derechos de participación que no requieren ciudadanía. | 1 | 1 | 1 | 1 |
| Derechos de participación que requieren ciudadanía | 0 | 1 | 1 | 1 |
| Comunidades ancestrales: derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades, | 0 | 0 | 1 | 1 |
| Naturaleza: derechos de la naturaleza | 0 | 0 | 1 | 1 |

1=SÍ; 0=NO.

Elaboración: Andrea Cajas Córdova

Fuente: Constitución de 2008.

En la tabla 1, se presenta un ejercicio comparativo de los derechos establecidos en la Constitución, con respecto a las categorías propuestas por Ferrajoli para analizar un derecho fundamental. En el caso de los derechos individuales, puede hablarse de

derechos universales (atribuibles a todos poigual), reconocidos a individuos con status de persona, ciudadano o capaz de obrar, por una norma positiva que establece además, en uno o varios enunciados, una obligación de satisfacción de los derechos. Estos derechos calzan a la perfección en la definición de derechos fundamentales propuesta por Ferrajoli. La única particularidad que ya hemos destacado en la tabla 2 (vid. supra.) es que la Constitución de 2008 no establece límites de ciudadanía de capacidad de obrar que resulten relevantes para la titularidad y el ejercicio de los derechos, con la mera excepción de los derechos de participación en los pocos casos previstos por la Constitución (v.gr. el derecho a participar como candidato de elección popular a la Asamblea o la Presidencia).

En cuanto a los derechos de las comunidades (esto es, los derechos colectivos de los pueblos ancestrales ecuatorianos), no se trata de derechos universales, pues son privativos de las comunidades con exclusión de los individuos que no son parte de ellas.⁶³

Es decir se trata de derechos que no tienen una base individualista, sino un sustento “comunalista” más apropiado al derecho indígena basado en costumbres que priorizan la comunidad como “centro de la vida, cotidianidad y acción humana...”.⁶⁴ Estos derechos no pueden ser comprendidos por la definición aparentemente formal o estructural del derecho positivo de los derechos fundamentales. Así lo reconoce Luigi Ferrajoli al afirmar por ejemplo, que las comunidades indígenas no poseen derechos fundamentales

⁶³ Un individuo blanco mestizo, ajeno a las comunidades ancestrales, no puede reivindicar un derecho a tierras ancestrales o un derecho a su propia justicia consuetudinaria.

⁶⁴ Véase Elisa Cruz Rueda, “Principios generales del derecho indígena”, en Rudolf Huber, et. al., *Hacia sistemas jurídicos plurales*, México, Fundación Konrad Adenauer, 2008, p. 35.

sobre sus tierras, porque de acuerdo a su definición formal no son derechos “disponibles ni atribuibles a sujetos individuales normativamente determinados”.⁶⁵ determinados”.⁶⁵

Además, tales derechos no se reconocen en virtud de un status individual de persona, o de una “capacidad de obrar”. Más bien, se trataría de derechos reconocidos a “macrosujetos” que comparten una forma de ser, esto es, una comunidad que comparte un “mismo universo cultural y simbólico, la misma ancestralidad, la misma relación con la tierra y el territorio”.⁶⁶ Por lo tanto las categorías universalidad, status y capacidad de obrar en la definición de derechos fundamentales de Ferrajoli, no serían aplicables en sentido estricto cuando hablamos de derechos culturales:

“...semejante tesis se caracteriza por una especie de extremismo universalista, conforme al cual el formalismo jurídico y el universalismo ético de los derechos fundamentales, cuya base es necesariamente individualista por estar referida a seres humanos, son trasladados al nivel metaético y referidos indirectamente a las culturas, concebidas por ello como macrosujetos para los que se reivindica la igualdad como titulares ellos mismo de los llamados derechos culturales, en lugar de personas de carne y hueso”.⁶⁷

⁶⁵ Cfr. Luigi Ferrajoli, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho*, op. cit., p. 723.

⁶⁶ Cfr. Boaventura de Sousa Santos, “Cuando los excluidos tienen Derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad”, en Boaventura de Sousa Santos y Agustín Grijalva, eds., *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, Quito, Abya Yala, Fundación Rosa Luxemburg, 2012, p. 25.

⁶⁷ Cfr. Luigi Ferrajoli, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho*, op. cit., p. 60.

Lo anterior no quiere decir que sea posible usar la categoría status en sentido más amplio, cuando nos referimos a “macrosujetos”. Lo mismo puede predicarse de la capacidad de obrar. En todo caso, esto requeriría un desarrollo conceptual de la teoría del derecho ecuatoriana que no podemos abordar en este trabajo.

Por otra parte, los derechos de las comunidades ancestrales estarían reconocidos por el derecho positivo ecuatoriano. Basta leer con *sindéresis* el constitucional. Finalmente, la categoría derecho subjetivo es aplicable también derechos culturales. Ferrajoli la usa en el mismo sentido propuesto por Kelsen. Es decir, los derechos subjetivos no serían sino el reflejo de una obligación. En la Constitución de 2008 resulta bastante claro que el Estado y los actores privados deben respetar los derechos de las comunidades. Si bien, se trata de normas que no disponen sanciones de forma directa como exigiría la idea de derecho subjetivo en Kelsen, estamos frente a normas potestativas (v. gr. las competencias estatales en materia de derechos culturales) que son necesarias para crear normas que imponen deberes.⁶⁸ El artículo 84 de la Constitución es explícito al respecto:

“La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades,

⁶⁸ Véase Carlos Santiago Nino, *Introducción al análisis del derecho*, Barcelona, Ariel, 1999, p. 89.

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.”

Adicionalmente, cuando los deberes dispuestos por las normas que establecen obligaciones (derechos subjetivos) no se cumplen, la Constitución establece tres tipos de garantías constitucionales que permitirían obligar a los funcionarios y particulares para que cumplan con su deber de respetar los derechos, y en el caso analizado, los derechos culturales. Nos referimos a las garantías que implican desarrollo normativo, mecanismos jurisdiccionales de protección de derechos y políticas públicas orientadas a la realización de derechos (art. 84).

El mismo análisis sobre los derechos subjetivos puede aplicarse a los derechos de la naturaleza, en la medida que lo relevante es determinar obligaciones jurídicas o derechos subjetivos, que no exigen de los titulares de los derechos, alguna condición, status o capacidad especial. Basta con que exista suficiente claridad en la determinación de las obligaciones jurídicas. Consecuentemente los derechos de la naturaleza cumplirían con una de las categorías sugeridas por Ferrajoli para identificar un derecho “fundamental”. En cuanto al reconocimiento de los derechos de la naturaleza en el derecho positivo no hay nada que aclarar. Finalmente, es también claro que no puede hablarse de un derecho universal de la naturaleza (la Pacha Mama sería un solo “ser”) o de alguna capacidad de obrar.

En conclusión, las únicas subcategorías de derecho fundamental que podemos usar para caracterizar los derechos constitucionales en el Ecuador, serían las referentes a “derecho positivo” y “derecho subjetivo”. Otras subcategorías, como universalidad y

capacidad de obrar, no son aplicables a los derechos de las comunidades y los derechos de la naturaleza. Todos los subcategorías, sólo serían aplicables a los derechos individuales. Por consiguiente, la teoría de los derechos fundamentales de Ferrajoli no es una teoría aplicable a estos aspectos del derecho constitucional ecuatoriano.

Nuestra postura al respecto, es que, desde la teoría del derecho, debemos hablar en general de derechos constitucionales, ya sea que se trate de derechos individuales (civiles, políticos y sociales), derechos culturales o derechos de la naturaleza. El desarrollo valorativo de estos derechos mediante las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas exigirá universalidad en el caso de los derechos individuales, con ciertos límites en la capacidad de obrar. En tanto que cuando se trate de derechos culturales y derechos de la naturaleza, deberá determinarse si se trata de derechos positivos relacionados con obligaciones jurídicas. Al menos esto es lo que deberíamos hacer si partimos del ideal de neutralidad ideológica para analizar la estructura derecho positivo, según la propuesta de Ferrajoli.⁶⁹

2.2. Niveles del discurso y teoría de los derechos

Si bien, Ferrajoli sostiene con razón que no se debe confundir los niveles del discurso (de la teoría del derecho, la dogmática, la filosofía política o la sociología)⁷⁰, nos parece que a diferencia de las relaciones que la ley de Hume prohíbe entre filosofía y dogmática, o dogmática y filosofía, o

⁶⁹ Véase Luigi Ferrajoli, “Los derechos fundamentales en la teoría del derecho”, en Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, edit., *Los fundamentos de los derechos fundamentales...*, op. cit., p. 153.

⁷⁰ Ídem.

sociología y dogmática,⁷¹ las relaciones entre teoría del derecho y otros niveles de discurso no son tan fácilmente descartables como dependientes. Siempre existe un compromiso del teórico del derecho con determinados valores o sistema axiológico. Ello implica, que en su afán por describir el deber “ser” del derecho, termine aplicando sobre éste, cierto “deber ser”. Existe una explicación muy plausible para explicar esta tendencia. El derecho, como sistema de normas que intentan regular la vida social, es inescindible de determinados valores y principios morales que resultan de la más o menos discrecional interpretación jurídica. Intentar describir tales normas positivas y abiertas a la moral, de forma puramente objetiva, es quizá una quimera cuando trabajamos con un lenguaje natural, como el jurídico.⁷² Cada vez que intentamos darle sentido a un problema jurídico (práctico o teórico) tomamos postura, no sólo sobre lo que dice el derecho, sino, sobre lo que debe ser el derecho. En otras palabras, los discursos sobre el derecho casi siempre son discursos de razón práctica que expresan al mismo tiempo nuestra visión del “ser” y del “deber ser”.

También podríamos predicar lo anterior respecto de la obra de Kelsen. Cuando este autor insistía en la inexistencia de derechos subjetivos sin obligaciones jurídicas objetivas (límites y vínculos en términos ferrajolianos) nos invitaba a diseñar de tal manera el ordenamiento positivo que no quede suelta de una norma de derechos una

⁷¹ Esto es, por ejemplo, que no se puede seguir de una definición real o sociológica del ejercicio de la ciudadanía entendida como conjunto de inmunidades y prestaciones, una definición filosófico política o dogmático jurídica. Así por ejemplo, en la historia constitucional ecuatoriana los indígenas siguieron sufriendo esclavitud mediante el huasipungo hasta los años setenta, pese a que la institución jurídica que incentivó esta relación terrateniente-indígena fue derogada en 1918. Por tanto, una cosa es lo jurídico formal y otra lo real o sociológico. Peor aún se puede afirmar, a partir de la violación de los derechos de los indígenas (sociología), que éstos son inferiores en derechos constitucionales (dogmática jurídica) o deben serlo (filosofía política).

⁷² Los textos jurídicos están expresados predominantemente en un lenguaje natural, caracterizado por contenidos de notoria ambigüedad y vaguedad. El lenguaje natural, impide una comunicación objetiva de contenidos conceptuales, entre quienes promulgan los textos jurídicos y quienes intentan captar el contenido conceptual comunicado. Cfr. Carlos Alchourrón, *Fundamentos para una teoría general de los deberes*, op. cit., p.165.

obligación correspondiente. De esta manera, Kelsen, introducía en su teoría “pura” un carácter normativo que invitaba a fortalecer mediante obligaciones jurídicas, el fin del derecho liberal como medio de pacificación de las sociedades modernas.⁷³ A diferencia de los iusnaturalistas, Kelsen creía que las frases líricas sobre derechos naturales no servían de mucho si no iban acompañadas de obligaciones y consecuentemente, de sanciones coactivas, principalmente debido a su inevitable vaguedad y a los incentivos perversos que estos enunciados generarían en los actores políticos.

La relación entre teoría del derecho y filosofía política en Ferrajoli es más problemática. Este autor sostiene que su teoría del derecho tiene solamente dos funciones normativas: (i) poseer una capacidad explicativa y alcance empírico “en las modernas democracias constitucionales”⁷⁴; y (ii) denunciar las lagunas y antinomias de un ordenamiento a partir de la lógica deóntica y del principio de no contradicción. De estas funciones normativas que hemos analizado brevemente en el primer capítulo, se puede inducir por una parte, que la teoría del derecho de Ferrajoli no es aplicable a sistemas jurídicos que no sean “modernas democracias constitucionales”. Por otra parte, esta teoría tendría fuertes limitaciones en todo sistema jurídico (incluido los sistemas “modernos”) que no sea susceptible de su análisis lógico-jurídico.

Si en el caso ecuatoriano, la Constitución no es plenamente liberal en el plano de los derechos (en la medida que postula la defensa de derechos culturales de los grupos y de la naturaleza) entonces cabría preguntarse si

⁷³ Cfr. Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, op. cit., p. 185.

⁷⁴ Véase Luigi Ferrajoli, “Los derechos fundamentales en la teoría del derecho”, en Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, edit., *Los fundamentos de los derechos fundamentales...*, op. cit., p. 153.

deberíamos seguir con devoción una teoría del derecho liberal como la desarrollada por Ferrajoli. A este problema se suma la interpretación de otros componentes de la Constitución (v.gr. el régimen de desarrollo, los lineamientos de políticas públicas) que configuran un Estado fuertemente interventor.

En síntesis, el enfoque liberal de la teoría de Ferrajoli que se resume en sus postulados de universalidad y status,⁷⁵ no tiene plena “capacidad explicativa” ni “alcance empírico” en la Constitución ecuatoriana de inspiración al mismo tiempo liberal (derechos de los individuos), republicana (derechos de los pueblos al autogobierno), corporativista (derechos de participación desde el Estado) e incluso animista (derechos de la naturaleza).

Por otra parte, a diferencia de Ferrajoli, no podemos sostener que la lógica deóntica y el principio de no contradicción (y los sub-principios, coherencia y plenitud) bastarían para que la teoría del derecho dé respuesta satisfactoria a los problemas descriptivos del derecho positivo ecuatoriano ¿Es suficiente la lógica para el análisis constitucional (semántico y sintáctico)? ¿Qué podemos hacer cuando la Constitución en sí misma, padece de contradicciones? ¿Cómo le exigimos coherencia a un texto político-jurídico que abre la puerta a interpretaciones materiales asociadas a la conflictividad política ecuatoriana? ¿Es posible una labor puramente cognoscitiva de la jurisprudencia constitucional? Nuestra tarea en la segunda parte de este capítulo será dar una respuesta aproximada a estas interrogantes.

⁷⁵ *Ibíd.*, p. 142.

3. Los sistemas maestros del garantismo y del neoconstitucionalismo

Para Carlos Alchourrón las propiedades lógicas (consistencia, completitud) que hacen pensar en una única solución correcta (deductiva u objetiva) dentro de los casos genéricos, no son propiedades de los “textos jurídicos” (v. gr. la Constitución), sino de los significados que se atribuyen a los textos. Es decir, es la interpretación de los textos la que genera una lectura lógica, y no los textos por sí mismos, entendidos como meras expresiones lingüísticas.⁷⁶

Tal lectura orientada valorativamente a encontrar un sistema racional de decisiones jurídicas, es calificada por Alchourrón como un Sistema Maestro. En tanto que los textos interpretados o contruidos por el Sistema Maestro se denominan Libro Maestro.

Las divergencias en la interpretación del lenguaje natural que conforma el Libro Maestro, darían lugar a varios Sistemas Maestros que ofrecerían respuestas diferentes a los problemas jurídicos, ya sea en un nivel cognitivo (teoría del derecho) o decisorio (interpretación judicial). En todo caso, cada Sistema Maestro intentaría dar cuenta de que su interpretación es la correcta.

La interpretación que da forma a un Sistema Maestro, se construiría a partir de presupuestos teóricos o cognitivos que intentan describir “el derecho

⁷⁶ Cfr. Carlos Alchourrón, *Fundamentos para una teoría general de los deberes*, op. cit., p. 163.

que es”, y de presupuestos necesarios para decidir cómo debe interpretarse el derecho en casos concretos.⁷⁷

En todo caso, el Sistema Maestro, al ser un ideal, tanto en el nivel teórico, como en el nivel de los casos concretos, estaría prescribiendo y no describiendo, a menos que creamos en la existencia de interpretaciones verdaderas de los textos jurídicos que vienen a representar con total exactitud el significado único de un texto normativo.⁷⁸

Lo cierto es que siguiendo estas premisas teóricas, el Sistema Maestro construiría una idea sistemática del derecho, que da cuenta de la completitud y coherencia normativa, así como de su claridad lingüística (libre de ambigüedad, derrotabilidad y vaguedad). En tanto, que a tenor de las premisas de la decisión judicial, y de la idea sistemática del derecho, el Sistema Maestro, incurriría en un proceso de selección de las normas empleadas para justificar la decisión jurídica concreta, y en la identificación de los hechos relevantes del caso bajo estudio.

Como hemos visto a lo largo de esta investigación, el garantismo representaría una forma de Sistema Maestro. En el primer nivel de abstracción, Ferrajoli traslada los problemas de completitud (lagunas), coherencia (antinomias) e indeterminaciones lingüística (ambigüedad, derrotabilidad y vaguedad) a las normas infraconstitucionales que no satisfacen las exigencias de validez formal y sustancial impuestas por los desniveles de normas y la “forma” (universal, inalienable,

⁷⁷ Cfr. Riccardo Guastini, *Nuevos estudios sobre la interpretación*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 131.

⁷⁸ No creemos que esto sea posible. Como señala Guastini “...cualquier teoría del significado, si se refiere a textos jurídicos, resulta en una doctrina normativa acerca de la interpretación. Es decir, en un discurso que, a pesar de las apariencias, no transmite información sobre la práctica interpretativa, sino más bien busca orientarla o se predispone a valorarla o criticarla...”. *Ibid.*, p. 227.

indisponible y constitucional) de los derechos fundamentales. Este Sistema Maestro proveería siempre de un conjunto coherente y completo de respuestas para todo problema jurídico.

Tal es la fuerza deductiva del Sistema Maestro en el plano teórico del garantismo, que el jurista italiano, formula con mucha claridad el camino para resolver todos los problemas de validez formal y sustancial a partir de la adecuación (correspondencia y coherencia) de los actos productores de normas y de los contenidos de las normas a las premisas del Sistema Maestro (los derechos fundamentales):

“En efecto, la existencia de normas inválidas puede ser fácilmente explicada con sólo distinguir dos dimensiones de la regularidad o legitimidad de las normas: la que se puede llamar vigencia o existencia, que hace referencia a la *forma* de los actos normativos y que depende de la conformidad o correspondencia con las normas formales sobre su formación; y la validez propiamente dicha o, si se trata de leyes, la constitucionalidad, que, por el contrario, tiene que ver con su significado o contenido y que depende de la coherencia con las normas sustanciales sobre su producción”.⁷⁹

Ferrajoli no problematiza con mucha profundidad los problemas que representa la idea de coherencia en los significados de las normas. Aunque afirma que toda interpretación tiene márgenes valorativos y que pueden existir

⁷⁹ Luigi Ferrajoli, *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2001, p. 21

varias interpretaciones posibles respecto de un texto jurídico, asume que puede hablarse siempre de coherencia de las normas inferiores respecto de las normas sustanciales que contienen derechos fundamentales. Este postulado no es quizá plausible (en términos de filosofía política) en la tradición jurídica europea que ha venido estableciendo convenciones muy amplias en torno al derecho del Estado Social. Como veremos, no podríamos decir lo mismo del derecho del Estado Constitucional de derechos y justicia en Ecuador.

En todo caso, el neoconstitucionalismo ecuatoriano, en las versiones recientes, podría ser diagnosticado también como un ideal deductivo o Sistema Maestro que intenta dar cuenta de la correspondencia y coherencia en la reproducción del derecho. Son premisas fundamentales del neoconstitucionalismo, la idea de Constitución como norma de normas (desniveles normativos) y las exigencias (límites y vínculos) impuestos por los derechos constitucionales contenidos en normas positivas. Es decir, en un nivel teórico, neoconstitucionalismo y garantismo (en la versión de Ferrajoli) no tendrían mayor diferencia, al menos en los valores que defienden.

No obstante, en un nivel de razón práctica que prescribe como decidir en casos concretos, el neoconstitucionalismo ecuatoriano no se limita a diagnosticar las características estructurales que indica el garantismo (los deberes de coherencia y correspondencia exigidos por el Sistema), sino que señala que las premisas del sistema deductivo (desniveles normativos y normas técnicas) no necesariamente conllevan aplicaciones subsuntivas de los derechos en casos concretos. Puesto que los derechos tendrían la forma de principios (enunciados indeterminados en su aplicación y referidos a ideas morales), el tipo de interpretación que requieren es necesariamente moral y jurídica a la vez, y no sólo jurídica como propone Ferrajoli:

“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”.⁸⁰

De la cita podemos inferir que el Sistema Maestro del neoconstitucionalismo ecuatoriano en una de sus versiones, trastoca, en el nivel de abstracción de aplicación de los derechos, la separación entre derecho y moral exigida por el garantismo. Si bien se reconoce que la moral estaría implicada (esto es, habría “migrado” al interior del derecho positivo) en enunciados tan amplios como los principios, el mero hecho de sugerir los debates morales como una necesidad para determinar el alcance de los principios, conlleva la negación de una tesis fundamental del garantismo (la separación entre derecho y moral) que Ferrajoli intenta hacer coincidir con su idea de interpretación puramente cognoscitiva de los derechos fundamentales.

En todo caso, tanto el garantismo de Ferrajoli como el neoconstitucionalismo ecuatoriano, suponen un Sistema Maestro que se

⁸⁰ Cfr. Ramiro Ávila, *El neoconstitucionalismo transformador...*, op. cit., p. 133.

esfuerzo por darle racionalidad al derecho como un todo y al derecho en los casos concretos. En ambos casos, se configura un esquema deductivo que nos llevaría a soluciones válidas (garantismo) o justas (neoconstitucionalismo), aunque los casos concretos en el neoconstitucionalismo planteen usar el “iusnaturalismo racional”.

Frente a estos ideales que pretenden describir el derecho positivo de forma a-valorativa (garantismo) y hacer uso de la razón práctica para analizar la justicia de una decisión (neoconstitucionalismo), podríamos oponer varias tesis usadas por muchos críticos del ideal deductivo del derecho. Pero antes de sugerir algunas de ellas, nos gustaría problematizar el Libro Maestro con el que trabajan los creadores de los Sistemas Maestros en el Ecuador.

3.1. ¿Es la Constitución de 2008 un Libro Maestro?

Un Libro Maestro es una construcción ideal que presupone la existencia de un sistema de derecho positivo racional y deductivo en un tiempo y espacio determinado, que puede ser identificado objetivamente, y aplicado en todos los casos posibles.

En la sociedad contemporánea, quizá la mayor parte de juristas y abogados, comparten esta construcción ideal denominada Sistema Maestro. Según ella, no habría caso jurídico posible, que no pueda ser resuelto basándose en las normas jurídicas del Libro Maestro. El Libro contendría disposiciones normativas suficientes para satisfacer un principio fundamental: “... Los jueces deben resolver todos los casos que se les someten a juzgamiento dentro de su competencia mediante decisiones fundadas en normas jurídicas del sistema”.⁸¹

⁸¹ Cfr. Carlos Alchourrón, *Fundamentos para una teoría general de los deberes*, op. cit., p. 158.

Como hemos visto, tanto el garantismo de Ferrajoli, como una de las versiones del neoconstitucionalismo ecuatoriano coinciden en identificar en el derecho positivo contemporáneo un sistema de normas jurídicas positivas, estructurado en desniveles normativos y supeditado a premisas de derechos (normas téticas o principios de justicia según corresponda).

Esta lectura del derecho positivo como un Libro Maestro quizá no sea la más objetiva. Para demostrar esta afirmación nos permitimos plantear dos problemas espinosos de la Constitución de 2008, de los tantos posibles, conforme a los criterios de completitud y coherencia sistémica, y a los criterios de indeterminación lingüística (ambigüedad, derrotabilidad y vaguedad).

El problema en mención guarda relación con los denominados derechos de la naturaleza (art. 71). Éstos, al igual que muchos derechos, principios y reglas constitucionales, son derrotados por otras normas constitucionales, es decir, conllevan excepciones implícitas. Hart señalaba que las reglas debían ser leídas como si terminaran con la cláusula “a menos que...”. De esa manera, se daría cuenta de las excepciones implícitas que permiten su incumplimiento.⁸²

En otras palabras las excepciones implícitas implican que el antecedente de una norma no es condición suficiente del consecuente. El antecedente refiere a los supuestos de hecho de una norma, y el consecuente, refiere a las consecuencias jurídicas (obligaciones) en caso de cumplirse el supuesto de hecho. Se trata de una relación del tipo: “Si F, entonces G”. El problema de las excepciones implícitas de las normas, es que, por lo general,

⁸² *Ibíd.*, p. 167.

hay circunstancias que desplazan la obligación estatuida por la norma, aunque no estén formuladas explícitamente.⁸³

Así por ejemplo, los derechos de la naturaleza pueden leerse de la siguiente siguiente forma: se garantiza los derechos de la naturaleza, a menos que, en el caso de actividades extractivas en áreas protegidas, exista “petición fundamentada de la Presidencia de la República y previa declaratoria de interés nacional por parte de la Asamblea Nacional” (art. 407). O podría decirse también, que los derechos de la naturaleza se garantizan, a menos que, en el marco de los objetivos del régimen de desarrollo (art. 276), el Estado propietario de los recursos del subsuelo nacional (art. 408), decida implantar una política sistemática de extracción minera en varias zonas del país (como sucede en la actualidad). Política que, a primera vista, no se prohíbe en ninguna parte de la Constitución, pero que podría ser derrotada por los “principios ambientales” (art.395⁸⁴), en la medida que se tenga claridad sobre lo que éstos significan.

Lo anterior revela además, el problema de normas relativamente vagas. En el caso de los principios ambientales, la Constitución establece: “El Estado garantizará un modelo sustentable de desarrollo, ambientalmente equilibrado y respetuoso de la diversidad cultural, que conserve la biodiversidad y la capacidad de regeneración natural de los ecosistemas, y asegure la satisfacción de las necesidades de las generaciones presentes y futuras” (art. 395, 1).

⁸³ Véase Riccardo Guastini, *Nuevos estudios sobre la interpretación*, op. cit., p. 183.

⁸⁴ “Art. 395.- La Constitución reconoce los siguientes principios ambientales: 1. El Estado garantizará un modelo sustentable de desarrollo, ambientalmente equilibrado y respetuoso de la diversidad cultural, que conserve la biodiversidad y la capacidad de regeneración natural de los ecosistemas, y asegure la satisfacción de las necesidades de las generaciones presentes y futuras...”

¿Este enunciado es suficiente para comprender de forma deductiva, cuándo entra en contradicción la política minera del Estado y el mandato de desarrollo sustentable, que parece implicar los derechos de la naturaleza, los derechos culturales y los derechos de las generaciones futuras? Quizá estamos frente a una norma demasiado indeterminada o vaga para obtener conclusiones deductivas en casos concretos. Para muchos, los principios ambientales tendrán tal alcance, que ni siquiera sería posible pensar en una política extractiva dentro de determinadas zonas (v.gr. páramos, selvas, tierras ancestrales). Para otros, la extracción sería posible siempre que se utilice la más alta tecnología (tema que también implicaría una amplia discusión). Ambas visiones serían perfectamente posibles, y estarían sustentadas, no sólo en intereses políticos, sino también, en problemas interpretativos de una Constitución que no puede ser vista como un Libro Maestro.

En relación con este mismo tema, toman relevancia los derechos de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas. Estos colectivos tienen derecho a la “consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente...”. (Art. 57, 7). Sin embargo, las decisiones colectivas que resulten de tales consultas no son vinculantes, puesto que a falta de consentimiento de la comunidad consultada, “se procederá conforme a la Constitución y la ley” (ídem). Lo mismo sucede cuando la oposición a un proyecto extractivo que puede afectar el ambiente es mayoritaria. La “...decisión de ejecutar o no el proyecto será adoptada por

resolución debidamente motivada de la instancia administrativa superior correspondiente de acuerdo con la ley” (art. 398).

En estos casos, no se trataría sólo de normas derrotables, sino también de problemas de coherencia. Esto es más evidente, cuando consideramos el mandato de aplicación directa de los derechos, reconocidos en la Constitución y en los instrumentos de derechos humanos (art. 11,3⁸⁵).

La aplicación directa exigiría en el caso bajo análisis, que el derecho a la consulta de los pueblos ancestrales desarrollado en el Convenio 169 de la OIT – ratificado por Ecuador e integrado como parte del “bloque de constitucionalidad”–, sea concebido en los términos del Convenio. Ello quiere decir que las “...consultas llevadas a cabo... deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas” (art. 6, 2).

¿Es coherente el manifiesto predominio de las autoridades administrativas en la decisión final sobre las actividades extractivas, incluso contra la voluntad mayoritaria de la voluntad consultada, con el mandato de obtener acuerdos básicos con la comunidad consultada? A primera vista, existiría una contradicción relevante en la Constitución. Aunque sería perfectamente legítimo afirmar que la Constitución guarda jerarquía sobre los instrumentos de derechos humanos conforme al artículo 425⁸⁶. Ello nos pondría sin embargo, frente a otro dilema. ¿Puede contener la Constitución normas menos garantistas que los instrumentos internacionales de

⁸⁵ “Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.”

⁸⁶ Art. 425.- El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.”

derechos humanos? ¿De ser este el caso, cómo podría entenderse la norma que establece que los “...tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público (art. 436 de la Constitución)?

Sin duda, no podríamos ofrecer una respuesta derivada de una idea deductiva de la Constitución, aunque a primera vista, ello implicaría que las normas constitucionales en ningún caso pueden prevalecer sobre el derecho internacional (incluyendo el *soft law*) que, según los intérpretes autorizados, establezcan derechos más favorables. Ello implicaría a la vez definir quiénes son los intérpretes autorizados del derecho internacional de los derechos humanos. El artículo 436 de la Constitución atribuye a la Corte Constitucional la competencia para “interpretar los tratados de derechos humanos ratificados por el Estado...”, pero esta norma contraviene varios tratados que crean cortes especializadas para la interpretación de los tratados ratificados por el Ecuador (v.gr. la Convención Interamericana de Derechos Humanos). Como puede colegirse, la Constitución de 2008 expresa una contradicción entre el principio de soberanía estatal y la defensa garantista de los derechos. Esta contradicción tendría enorme relevancia cada vez que existan conflictos de interpretación entre la justicia constitucional ecuatoriana y órganos internacionales de derechos humanos que no sólo se reducen a las cortes transnacionales.

En estos casos no son aplicables las denominadas reglas de solución de antinomias. Estamos frente a normas de la misma jerarquía. No hay criterios cognitivos o descriptivos para resolver las contradicciones constitucionales en este ámbito. Tampoco es útil la distinción entre reglas y principios: “...la

identificación de una norma como regla o como principio (la adscripción de una norma a la clase de reglas o a la clase de los principios) depende de la interpretación, y es, por lo tanto, una cuestión discrecional, en sentido que (casi) todo enunciado normativo puede ser considerado como expresión sea de una regla, sea de un principio”.⁸⁷

Podría establecerse con razón que los problemas de claridad lingüística y de coherencia que se han mencionado pueden ser subsanados mediante el “órgano de cierre” del sistema jurídico. Esto es, la Corte Constitucional, instancia responsable de decir la última palabra sobre lo que es constitucional (art. 436⁸⁸). La pregunta que hemos buscado responder es si este órgano jurisdiccional puede dar solución a los conflictos mencionados y a los numerosos problemas de interpretación en otros ámbitos (v.gr. comunicación e información, autonomía universitaria, derechos laborales en el sector público, etc.) a partir de un Libro Maestro.

Nuestra respuesta es claramente negativa. La Constitución como Libro Maestro es una quimera, ya sea que se analice de forma literal las mal llamadas normas “téticas” que “contendrían” los derechos según el garantismo, o que se “pondere” mediante procedimientos abiertos a la moral y a la razón práctica, los derechos que a primera vista son “inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía” (art. 11, 6).

En ambos casos, hablamos de Sistemas Maestros que convierten un texto político fuertemente contradictorio y vago, en un Libro Maestro. La Corte Constitucional, al igual que los órganos políticos se vería envuelta en problemas de

⁸⁷ Véase Riccardo Guastini, *Nuevos estudios sobre la interpretación*, op. cit., p. 218.

⁸⁸ La Corte es “la máxima instancia de interpretación de la Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano, a través de sus dictámenes y sentencias. Sus decisiones tendrán carácter vinculante”.

interpretación susceptibles de las más diversas valoraciones. Podría argüirse que la remisión a la “voluntad constituyente” ordenada por la Constitución (art. 427) limitaría la actividad valorativa de la justicia constitucional. Sin embargo, se ha demostrado que la pluralidad de fuerzas políticas en el proceso constituyente, implicó una miríada de valoraciones que lograron fundirse de manera conflictiva (incoherencia, incumpletitud, vaguedad, derrotabilidad, ambigüedad) en el texto constitucional, incluyendo los enunciados sobre derechos, aunque con claro predominio de las concepciones del Ejecutivo en funciones.⁸⁹

Piénsese solamente en la respuesta que podría darse a las siguientes preguntas que exigirían una respuesta de la Corte: ¿Debería pensarse el aborto en el Ecuador? ¿Debería permitirse la eutanasia? ¿Qué cambios deberían operarse en los derechos de propiedad y en el derecho a la libertad económica conforme a los principios del régimen de desarrollo? ¿Qué límites debería tener la libertad de expresión y la programación de contenidos en los medios de comunicación?⁹⁰ ¿Cuáles son los límites constitucionales de la política criminal? Todos estos problemas, de gran trascendencia para el cambio social, exigen respuestas que no están contenidas completamente en el derecho positivo o en determinada visión moral (de las muchas visiones morales que permite una sociedad plural), aunque, el derecho positivo, pueda brindar de

⁸⁹ Cfr. Israel Celi, *Neoconstitucionalismo en Montecristi: actores, procesos e ideas*, Quito, Tesis de Maestría (mención Derecho Constitucional), Universidad Andina Simón Bolívar, 2014.

⁹⁰ En la tradición republicana que parece recoger la Constitución de 2008, la libertad de expresión no sólo encontraría límites en otros derechos liberales (honra, privacidad), sino también en el ideal de auto-gobierno y la ausencia de dominación que recogen algunos artículos constitucionales. Véase Owen Fiss, “¿Por qué el Estado?”, en Miguel Carbonell, edit., *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2007, p. 110 y ss.

forma contingente, algunos elementos a considerar para limitar el necesario margen de discrecionalidad de toda interpretación jurídica.

Estos problemas no pueden resolverse, con sólo indicar algo que está muy claro en la Constitución: la superioridad de las normas constitucionales, sobre otras normas del sistema jurídico.

Nuestra modesta razón, es que no está claro qué son las normas constitucionales a priori y qué alcance pueden tener en el desarrollo normativo o en los casos concretos. El constituyente contribuye a afirmar esta idea cuando ordena que el “contenido” de los derechos deba ser desarrollado a través de la normativa, la jurisprudencia y las políticas públicas (art. 11, 8). Sin embargo, de esta manera abona la idea de superioridad *nomodinámica* y *nomoestática* de la Constitución, pero en modo alguno contribuye, al igual que el garantismo, a esclarecer el contenido de las normas constitucionales.

El problema de fondo radica en los problemas de interpretación que surgen cuando enfocamos el lente en la Constitución de 2008. Entendemos que todas sus normas son constitucionales y por tanto no podemos analizar sus problemas lógicos y semánticos en base al principio de jerarquía. La pregunta es si existe un recurso racional u objetivo para analizar normas del mismo nivel y del mismo texto jurídico que a primera vista, ofrecen varias soluciones posibles, cuando intentan ser interpretadas. Si bien este problema de toda interpretación jurídica fue reconocido por Kelsen y hoy es sostenido por Ferrajoli, el mero reconocimiento no contribuye a ofrecer “soluciones” doctrinarias.

Tampoco la doctrina de los derechos fundamentales de Ferrajoli sería de mucha utilidad. En la medida que es una doctrina liberal que niega los derechos

colectivos y los derechos de la naturaleza, y no concibe la restricción a los derechos de libertad en sentido republicano (como parece ordenar el constitucionalismo ecuatoriano), su marco axiológico y teórico nos ayuda a aclarar, sólo una de las interpretaciones posibles, pero no precisamente, la única, o la más plausible desde el punto de vista positivista que pretende “describir” el derecho.

En circunstancias como las detalladas, el “órgano de cierre” de la Constitución, no tendría más remedio que echar mano del más amplio instrumental argumentativo (jurídico, político y moral), intentando fijar ciertos precedentes que darían mayor seguridad en casos futuros.⁹¹ Por lo pronto, está en manos de los políticos y de los jueces la definición de la Constitución, que resulta de la interpretación. Desde una perspectiva realista moderada, éstos no

⁹¹ La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional propone algunas herramientas propias de tal instrumental en su artículo 3: “Art. 3.- Métodos y reglas de interpretación constitucional.- Las normas constitucionales se interpretarán en el sentido que más se ajuste a la Constitución en su integralidad, en caso de duda, se interpretará en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos reconocidos en la Constitución y que mejor respete la voluntad del constituyente. Se tendrán en cuenta los siguientes métodos y reglas de interpretación jurídica constitucional y ordinaria para resolver las causas que se sometan a su conocimiento, sin perjuicio de que en un caso se utilicen uno o varios de ellos: 1. Reglas de solución de antinomias.- Cuando existan contradicciones entre normas jurídicas, se aplicará la competente, la jerárquicamente superior, la especial, o la posterior. 2. Principio de proporcionalidad.- Cuando existan contradicciones entre principios o normas, y no sea posible resolverlas a través de las reglas de solución de antinomias, se aplicará el principio de proporcionalidad. Para tal efecto, se verificará que la medida en cuestión proteja un fin constitucionalmente válido, que sea idónea, necesaria para garantizarlo, y que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional. 3. Ponderación.- Se deberá establecer una relación de preferencia entre los principios y normas, condicionada a las circunstancias del caso concreto, para determinar la decisión adecuada. Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un derecho o principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro. 4. Interpretación evolutiva o dinámica.- Las normas se entenderán a partir de las cambiantes situaciones que ellas regulan, con el objeto de no hacerlas inoperantes o ineficientes o de tornar las contrarias a otras reglas o principios constitucionales. 5. Interpretación sistemática.- Las normas jurídicas deberán ser interpretadas a partir del contexto general del texto normativo, para lograr entre todas las disposiciones la debida coexistencia, correspondencia y armonía. 6. Interpretación teleológica.- Las normas jurídicas se entenderán a partir de los fines que persigue el texto normativo. 7. Interpretación literal.- Cuando el sentido de la norma es claro, se atenderá su tenor literal, sin perjuicio de que, para lograr un resultado justo en el caso, se puedan utilizar otros métodos de interpretación. 8. Otros métodos de interpretación.- La interpretación de las normas jurídicas, cuando fuere necesario, se realizará atendiendo los principios generales del derecho y la equidad, así como los principios de unidad, concordancia práctica, eficacia integradora, fuerza normativa y adaptación.”

contarían con ningún Libro Maestro, al menos hasta que no se fijen los precedentes que puedan ser utilizados en casos análogos (jurisprudencia vinculante).

Lo cierto es que la teoría del derecho que no se confunde con la moral, sólo sólo podría ofrecer criterios empíricos para verificar qué normas integran el ordenamiento jurídico del país, pese a su falta de claridad lingüística y su ubicación en ubicación en un sistema incompleto e incoherente. Luego, podría analizarse la relación entre estas normas, y la forma como son usadas en las sentencias judiciales y judiciales y entre otras formas de creación jurídica.⁹²

Ello no quiere decir que podamos decir cómo se debe resolver los problemas problemas jurídicos. Máxime si no es posible hablar objetivamente de un Sistema Sistema Maestro. Este ámbito está vedado a toda consideración científica del derecho, derecho, como exigiría la idea de separación entre derecho y moral que ha defendido defendido siempre Ferrajoli.⁹³

⁹² Cfr. Carlos Santiago Nino, *Introducción al análisis del derecho*, op. cit., p. 49.

⁹³ La teoría del derecho en sentido analítico o prescriptivo, "...no responde a la pregunta central que se plantean los operadores del derecho y los participantes: ¿Qué hacer? En particular: ¿Qué hacer con los principios? ¿Tenemos o no que configurarlos? ¿Cómo debemos interpretarlos y aplicarlos? etc... Quizás todo esto parezca muy poco para quienes esperan de la teoría del derecho soluciones prácticas, pero creo que esto es todo lo que una teoría no valorativa puede ofrecer, si no quiere perder su *status* teórico, y hacer, además a escondidas, política del derecho". Cfr. Paolo Comanducci, *Principios Jurídicos e indeterminación del derecho*, Doxa, Nro. 21, II, 1998, p. 104.

III. CONCLUSIONES: EL GARANTISMO DE LUIGI FERRAJOLI EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL ECUATORIANO.

La teoría general del garantismo de Luigi Ferrajoli conforma un paradigma de análisis jurídico de singular valor. Debe rescatarse, como intentamos hacerlo en el primer capítulo, el presupuesto de separación entre el derecho y la moral como base epistémica para un análisis objetivo.

A partir de esta base, Ferrajoli intenta dar cuenta de cómo el derecho constitucional de los Estados Constitucionales ha conllevado un cambio de paradigma que se puede resumir en la idea de un ordenamiento estático y dinámico a la vez. Estático en la medida que establece contenidos sustanciales en normas superiores, y dinámico en tanto la reproducción o creación del derecho debe seguir los procedimientos y formas predefinidos para el efecto.

Los contenidos estáticos o sustanciales exigen coherencia de las normas que los desarrollan (validez sustancial). La estructura dinámica del ordenamiento, exige por su parte, correspondencia de los procedimientos de creación del derecho con las normas formales (validez formal).

Este deber ser interno al derecho positivo, empata con las garantías primarias y secundarias entendidas como técnicas de realización de los derechos. Las garantías primarias, tendrían que ver con los límites y vínculos impuestos por las normas formales y sustanciales al Estado. Tales límites y vínculos, establecerían obligaciones de abstenerse de actuar (libertades) y de hacer (prestaciones para satisfacer derechos sociales). Si las garantías

primarias fallan, los ciudadanos podrían accionar las garantías secundarias o jurisdiccionales, que en los Estados Constitucionales, implican una justicia constitucional como garante final de los derechos.

En síntesis, la narrativa garantista ofrece un análisis estructural o sistemático del derecho constitucional contemporáneo que consideramos muy plausible. Es más, se trata de una doctrina valiosa para comprender las normas constitucionales ecuatorianas, que recogen plenamente el principio de jerarquía normativa de la Constitución y el mandato de crear normas válidas mediante las garantías primarias y secundarias (Título III). Ello es así, quizá, porque la Constitución de 2008, en lo que refiere a derechos y garantías, tuvo la marcada influencia de juristas que abanderaron aquello que se denominó constitucionalismo. Es decir, existe cierta coherencia en la “parte” garantista de la Constitución, aunque ésta no pueda reducirse al garantismo, en la medida que otras concepciones de la política y del derecho lograron influir en un texto, que por disputado, resulta contradictorio y no pocas veces, vago y ambiguo (Celi, 2014).

No obstante lo anterior, hemos insistido que el garantismo de Ferrajoli no ofrece argumentos plausibles para a) identificar los derechos constitucionales; y, b) problematizar la inconsistencia y claridad lingüística de la Constitución.

En el primer caso, Ferrajoli reduce los derechos fundamentales a los derechos de la tradición constitucional europea. Intenta definir caracteres estructurales de estos derechos que podrían ser identificados a partir de una interpretación cuasi literalista de los textos jurídicos. Hemos intentado aplicar tal metodología, que no deja de ser discrecional, para analizar los derechos constitucionales ecuatorianos. El cuyo resultado sería negar la calidad de derechos fundamentales a los derechos culturales y

a los derechos de la naturaleza. Como hemos visto, además de poco objetivo, este resultado atentaría contra la idea de igualdad de los derechos (art. 11) reconocida por el Constituyente, en aras de que todos los derechos sean límites y vínculos, y no sólo los derechos civiles, políticos y sociales atribuidos a los individuos, como quisiera Ferrajoli (vid. Supra.)

En cuanto a los problemas de inconsistencia y claridad lingüística, nos parece que el garantismo, no problematiza la interpretación jurídica de manera suficientemente objetiva.

Al respecto, debe aclararse que la interpretación jurídica atribuye significado a oraciones o expresiones lingüísticas identificadas en los textos de derecho positivo.⁹⁴ Las denominadas normas jurídicas o directivas resultarían del significado, atribuido, mediante interpretación a un conjunto de expresiones lingüísticas de derecho positivo. Esto implica, que la atribución de significado depende del análisis de la ubicación de las normas en un sistema normativo. Los juristas realizan estas operaciones intelectuales, mediante una reconstrucción racional e ideal que les permite dar cuenta de las relaciones entre normas. Dicha reconstrucción suele estar guiada por i) convenciones sociales que atribuyen significados claros (libres de vaguedad y ambigüedad) a expresiones lingüísticas que disponen normas, ii) por reglas lógicas para interpretar las relaciones entre normas (v. gr. jerarquía, especialidad, temporalidad, etc.) y por ii) principios doctrinarios deducidos de discursos normativos sobre cómo debe interpretarse el derecho (v.gr. la ponderación de

⁹⁴ Cfr. Carlos Alchourrón, *Fundamentos para una teoría general de los deberes*, Madrid, Marcial Pons, 2010.

derechos, el análisis del “contenido esencial” de los derechos, la “voluntad expresada en la ley”, etc.).

Hemos señalado que la Constitución de 2008 no es un Libro Maestro, cuyo contenido pueda ser definido con objetividad a partir de convenciones lingüísticas claras, reglas lógicas o principios doctrinarios (v. gr. la teoría de los derechos fundamentales de Ferrajoli). Aunque muchos hayan construido ya, una Sistema Maestro a partir de una idea de Libro Maestro, creemos que no sería justo señalar que ello se ha hecho de forma objetiva, como si existiera un solo Libro Maestro y un solo Sistema Maestro. Recordemos que no es posible tomar una posición “coherentista” frente a una Constitución, cuyos derechos y principios no vienen ya perfectamente delimitados. Más bien, estamos frente a una Constitución pluralista, cuyos valores, principios y derechos pueden resultar tendencialmente contradictorios para cualquier intérprete medianamente objetivo. Hemos intentado mostrar este aserto a partir de las dificultades que surgen cuándo intentamos ejemplificar las dificultades que pueden presentarse al decidir cómo resolver casos difíciles como los relacionados con los derechos de la naturaleza y los derechos de los pueblos indígenas.

Si varias interpretaciones son posibles, varios Sistemas Maestros son posibles. Algunos más plausibles que otros, en la medida que respeten los presupuestos del positivismo conceptual o metodológico, que paradójicamente no parecen guiar parte de la obra del gran maestro italiano Luigi Ferrajoli. Ello es así, porque un positivista conceptual debe aceptar, al igual que Hart que el derecho positivo tiene zonas de penumbra en las que surge un ámbito de discrecionalidad, que en casos como el Ecuatoriano, puede resultar enorme, y no limitarse, como hace Ferrajoli, a una explicación coherentista de la estructura normativa casi perfecta del Estado

Constitucional (a no ser por las antinomias y lagunas que pueden resolverse a partir de las premisas del sistema). Ello por supuesto, no significa que en las zonas de penumbra el derecho se vincule necesariamente con la moral. Así lo ilustran las decisiones judiciales carentes de toda independencia y sinceridad que suelen presentarse a diario en las altas cortes ecuatorianas.

Nuestra intención en esta investigación no ha sido ofrecer una teoría interpretativa de la Constitución de 2008, sino solamente dar cuenta de los alcances y límites del garantismo en el proyecto piloto por construir tal teoría, desde el positivismo metodológico. Cabe aclarar que una teoría de tal envergadura estaría desarrollada, cuando podamos ofrecer respuestas a los problemas de interpretación que hemos sugerido en esta investigación, y principalmente, respuesta, a los materiales de derecho positivo con el que se pueda trabajar una teoría adecuada de la interpretación. Así, difícilmente podremos mejorar con argumentos sobre la interpretación un texto constitucional cuyas tensiones resultan irresolubles. Quizá sea mejor, reformar el texto constitucional, antes que esforzarnos en teorías del derecho tan ambiciosas.

En todo caso, sin perjuicio del derecho positivo existente, es necesario que los abogados vayamos más allá de la teoría de Ferrajoli, en aras de generar visiones teóricas y jurisprudenciales más consecuentes con la formación de un cultura jurídica más abierta al diálogo y a la argumentación sobre el sentido del derecho y su conexión intrínseca con la seguridad, la igualdad y la libertad. Y nos referimos al sentido del derecho no sólo en las teorías generales, sino al sentido que éste toma a diario en los casos concretos.

Queremos decir con esto que es más saludable para un país como el nuestro, descender de las teorías generales importadas a los problemas de la razón práctica, y encontrar allí claves para ascender nuevamente hacia la teoría jurídica de manera tal que ésta resulte más fructífera para el cambio social a través del derecho.

Desde esta perspectiva, deberíamos esforzarnos por responder cómo garantizar la seguridad, la igualdad, la justicia (valores que se busca realizar con el derecho), en el proceso de políticas públicas, en las constantes “refundaciones” constituyentes y en las decisiones de toda autoridad investida con poder para sancionar, juzgar y operativizar la “voluntad” estatal. En este proceso, puede resultar muy positivo alejarnos un poco de las abstracciones propias de las teorías generales y empezar a pensar cómo resolver los problemas jurídicos, no ya a partir de discursos dogmáticos que dicen tener todas las soluciones, sino a través de procedimientos deliberativos que favorezcan la construcción de una cultura crítica, participativa, tolerante y abierta a la búsqueda de acuerdos que puedan tener respaldo jurídico.

Nos parece que para ello, habría que revolucionar la cultura jurídica en el Ecuador. Tendemos a “resolverlo” todo a partir de análisis normativos, sin considerar la historia, la cultura y los problemas de justicia que se asocian a la práctica jurídica. A veces, el análisis normativista, pese a ser bienintencionado, puede contribuir a fijar dogmas ciegos a las consecuencias sociales, en lugar de contribuir a la resolución de nuestros problemas más acuciantes.

En todo caso, tenemos la teoría del derecho que resulta posible en una cultura formalista del derecho. Sin tradiciones jurisprudenciales fuertes, esto es, sin tradiciones basadas en la búsqueda de argumentos profundos y razonables frente a los

problemas prácticos del derecho (no sólo en los tribunales), difícilmente podemos construir a un derecho más conectado con las necesidades sociales.

Para ello no basta esperar los momentos de refundación constitucional. Estos siempre son escenarios de luchas políticas y tensiones difíciles de resolver, en las que el cuarto de máquinas, como sostiene Gargarella, suele resultar inaccesible para los movimientos sociales que desde abajo claman por mayor justicia y derechos. Más bien, deberíamos aprovechar dichos escenarios para sentar las bases de una institucionalidad lo suficientemente democrática para permitir, que una sociedad cuyas crisis políticas y económicas aún son recurrentes, se encuentre en el parlamento, en la administración y en los tribunales, en aras de tomar las decisiones más adecuadas a sus circunstancias (según las razones que se esgriman y las fuentes de esas razones), sin que las decisiones resultantes impidan que el proceso deliberativo pueda truncarse. Es decir, necesitamos un derecho positivo que no pierda de vista la equidad en los casos concretos, sin que la equidad deba poner en peligro la democracia deliberativa.

Finalmente, estos esbozos sobre los problemas que conlleva una teoría del derecho en nuestro país, no nos impiden tomar una postura moral, que por supuesto, es más política que científica y no está vedada para el positivismo metodológico. Participamos plenamente de la preocupación por la defensa de los derechos abanderada por el neoconstitucionalismo ecuatoriano (entendido como una corriente ideológica). Es más, nos parece que el recurso moral más apropiado para avanzar en la defensa de las reivindicaciones de los derechos más progresistas de la Constitución y los instrumentos de derechos humanos

(no es el caso de todos los derechos), pasaría por denunciar las normas restrictivas de la Constitución (entendida en sentido moral), que bien podríamos denominar “normas constitucionales inconstitucionales”⁹⁵, en la medida que concentran poder y limitan la participación ciudadana, en contradicción con la idea democratizadora de los derechos compartida por la mayor parte de ecuatorianas y ecuatorianos. Todo ecuatoriano que reivindica derechos quiere ser escuchado y cree tener la justicia a su favor. De allí que al menos la Constitución debe permitirle recursos apropiados para hacer oír su voz y tomar en serio sus pretensiones. No creemos que ello suceda si el régimen constitucional concentra demasiado poder en órganos cooptados o autoritarios.

Lo anterior no sería suficiente, si no consideramos que la lucha por los derechos es principalmente, una lucha política desde abajo. Los abogados no funcionales al poder, tienen mucho que aportar, no desde los altos tribunales controlados por la clase política, sino desde el acompañamiento a los procesos de emancipación civil.⁹⁶

Pero ello no debe llevarnos a abdicar de nuestra lucha contra los “poderes salvajes” a través del derecho. El profesor Ernesto Albán lleva razón cuando afirma que las reflexiones de Ferrajoli a este respecto “son pertinentes para cualquier país en que el Régimen constitucional pueda verse amenazado”.⁹⁷

⁹⁵ Cfr. Otto Bachof, *¿Normas constitucionales inconstitucionales?*, Lima, Palestra, 2008, p. 59.

⁹⁶ Véase Martín Böhmer, *Lesus naturae*, en César Rodríguez, coord., *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011, pp. 204-205.

⁹⁷ Ernesto Albán Gómez, “Ferrajoli en Quito”, Quito, Diario Hoy, 03 de julio de 2011.

BIBLIOGRAFÍA

Alchourrón, Carlos, *Fundamentos para una teoría general de los deberes*, Madrid, Marcial Pons, 2010.

Ávila, Ramiro, *El neoconstitucionalismo transformador. El estado y el derecho en la Constitución de 2008*, Quito, Abya Yala/ UASB, 2011.

Bachof, Otto, *¿Normas constitucionales inconstitucionales?*, Lima, Palestra, 2008.

Bobbio, Noberto, *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991.

Böhmer, Martín, *Lesus naturae*, en César Rodríguez, coord., *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011.

Celi, Israel, *Neoconstitucionalismo en Montecristi: actores, procesos e ideas*, Quito, Tesis de Maestría (mención Derecho Constitucional), Universidad Andina Simón Bolívar, 2014.

Comanducci, Paolo, *Principios Jurídicos e indeterminación del derecho*, Doxa, Nro. 21, II, 1998.

Cruz Rueda, Elisa, “Principios generales del derecho indígena”, en Rudolf Huber, et. al., *Hacia sistemas jurídicos plurales*, México, Fundación Konrad Adenauer, 2008.

De Sousa Santos, Boaventura, “Cuando los excluidos tienen Derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad”, en

Boaventura de Sousa Santos y Agustín Grijalva, eds., *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, Quito, Abya Yala, Fundación Rosa Luxemburg, 2012.

Ferrajoli, Luigi, *Garantismo. Una discusión sobre derechos y democracia*, Madrid, Trotta, 2006.

-----, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 2001.

-----, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2001.

-----, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2001.

-----, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia*, Madrid, Trotta, 2011.

-----, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho*, Madrid, Trotta, 2011.

Fiss, Owen, “¿Por qué el Estado?”, en Miguel Carbonell, edit., *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2007.

Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Quito, Corte Constitucional para el periodo de Transición, 2011.

Grijalva, Agustín, “La Corte Constitucional y el fortalecimiento de las garantías”, en *La Tendencia*, Quito, ILDIS, 2008.

Guastini, Riccardo, “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en Miguel Carbonell, coord., *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003.

-----, *Nuevos estudios sobre la interpretación*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.

Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, México D. F., UNAM, 1982.

Nino, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, Barcelona, Ariel, 1999.

Prieto, Luis, “El Constitucionalismo de los derechos”, en Miguel Carbonell, ed., *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta, 2007.

Vallés, Josep, *Ciencia Política. Una introducción*, Barcelona, Ariel, 2006.