

EL CONSTITUCIONALISMO ECUATORIANO. BREVE CARACTERIZACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN DE 2008

Ramiro ÁVILA SANTAMARÍA*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El desarrollo constitucional del Ecuador*. III. *Antecedentes de la Constitución de 2008*. IV. *Caracterización de la Constitución de 2008*. V. *Perspectivas*.

I. INTRODUCCIÓN

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

Este ensayo está dividido en cuatro secciones. En una primera realizaremos una breve síntesis histórica del desarrollo constitucional ecuatoriano; en segundo lugar relateremos la trayectoria política de la última reforma constitucional; en una tercera parte destacaremos las instituciones que caracterizan a la nueva Constitución ecuatoriana; finalmente, haremos un balance sobre la situación actual y el impacto que ha tenido, ad-

* Doctor en jurisprudencia por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

1 La Constitución se publicó con el Registro Oficial 449.

virtiendo que es aún prematuro cualquier análisis definitivo sobre su realización y eficacia.

Aunque es inevitable hacer valoraciones de carácter político, haremos el intento de ser objetivos y críticos.

II. EL DESARROLLO CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR

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

tiene un record en la adopción de nuevas constituciones. Pero esto no se debe fundamentalmente a la necesidad de cambios sino, más bien, a la inestabilidad política, que ha traído consigo dictaduras frecuentes. En medio del enfrentamiento político se han establecido gobiernos de hecho y se ha roto o derogado la Constitución vigente. Al cabo de un tiempo de régimen dictatorial, se ha vuelto al régimen jurídico mediante la emisión de una nueva Constitución que, por lo general, ha entrado en vigencia con un nuevo gobierno electo.²

Muchos criterios podríamos utilizar para analizar los periodos históricos en los que hemos tenido Constituciones. Uno de ellos, el más clásico, sería asociar las Constituciones a los periodos de influencia política de los presidentes. El otro, de acuerdo a grandes periodos históricos, lo dividiríamos en las Constituciones del siglo XIX y las del siglo XX, que no aporta mayores luces al análisis. Adoptaremos uno, en función de la prevalencia ideológica entre lo liberal y lo igualitario. Desde esta perspectiva podríamos periodizar al constitucionalismo ecuatoriano en dos grandes periodos, que representan a dos modelos: liberal e igualitarista. En el primero distinguiríamos cuatro fases del liberalismo: 1) conservador, 2) laico, 3) social, y 4) neoliberal. En el segundo tenemos la primera Constitución 5) igualitarista, que es la del 2008, y está por verse si realmente marca el inicio de un nuevo periodo significativo y duradero.

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

1. *Modelo liberal*

El modelo liberal se basa en el ejercicio de las libertades individuales. Uno de los mejores exponentes es R. Nozck.³ En este modelo, el Estado tiene que ser mínimo, lo suficiente para garantizar la seguridad de los contratos, la propiedad y el monopolio de la fuerza para reprimir delitos. Cualquier exceso se considera abusivo y una extralimitación intolerable. Por ejemplo, el sacrificio de la propiedad, vía tributos, con el pretexto de redistribución no se puede considerar legítimo. En el modelo liberal, como consecuencia, tenemos el predominio económico y político de grupos humanos identificables, que tienen mayores capacidades para ejercer sus libertades y predomina el individualismo como forma de vida y modelo económico.

Constitucionalismo liberal-conservador. El derecho constitucional decimonónico, que es propiamente liberal-conservador, asoció riqueza con poder político y el Estado no reguló en absoluto la economía; podría afirmarse, en términos contemporáneos, que el libre mercado y el sector privado caracterizaban el espacio público. En cuanto a los derechos, los reconocidos son exclusivamente los individuales, de carácter civil y político. El debate giró alrededor de la política; en esta línea, las normas constitucionales establecieron el requisito fundamental para ejercer la libertad en el ámbito público: la ciudadanía. Fueron ciudadanas las personas mayores de edad, hombres, propietarios que no trabajaban en relación de dependencia y educados, y en una de las constituciones hasta católicos.⁴ Por supuesto que tales requisitos sólo tuvo un actor fundamental, después de la independencia de la colonia española: la clase criolla, conformada por propietarios de hacienda, ricos comerciantes importadores y exportadores, banqueros y, a finales del siglo XIX, manufactureros e industriales.⁵ Éstos accedieron a cargos de representación, ejercieron la soberanía popular y expresaron, mediante leyes, la voluntad general. Este fenómeno fue común en Francia, Inglaterra⁶ y también,

³ Véase Nozick, Robert, *Anarchy, State, and Utopia*, USA, Basic Books, 1974, p. 26.

⁴ Constitución de 1869, que fue conocida en Ecuador como la “Carta Negra” del presidente García Moreno.

⁵ Paz y Miño Cepeda, Juan J. y Pazmiño, Diego, “El proceso constituyente desde una perspectiva histórica”, *Nueva Constitución, Revista La Tendencia*, Quito, Gráficas Araujo, 2008, p. 28.

⁶ En Inglaterra, el enunciado de igualdad será “efectivo exclusivamente para los hombres varones que son propietarios virtuosos, excluyendo así a las mujeres, a los es-

por supuesto, en toda Latinoamérica. En nuestro continente, se entendía como “pueblo” “exclusivamente como el cuerpo civil de criollos ilustrados y poderosos, y excluía de la soberanía popular al pueblo ínfimo, criollos e indios iletrados”.⁷ “Las masas indígenas, los antiguos esclavos africanos, los mulatos y los zambos, los mestizos y los inmigrantes empobrecidos constituirán un pueblo de pobres excluidos de la ciudadanía real”.⁸ En Ecuador, las doce primeras constituciones tienen estas características.

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

Constitucionalismo liberal-social. Aunque puede sonar contraproducente el calificativo liberal-social, en esta época, que comienza con la Constitución de 1929, es liberal en tanto es un modelo económico individual, privado, de un Estado mínimo, con ciudadanía restringida. En cuanto a la teoría del derecho, pregonada en las universidades, desarrollada por tratadistas y aplicadas por la administración de justicia, gira alrededor del Código Civil y de la protección de los intereses de los propietarios. Es social en tanto se reconoce derechos sociales, económicos y culturales comenzando por los derechos laborales y a mediados del siglo pasado con los derechos a la educación, seguridad social y salud, estos últimos a partir de 1945), el Estado asume ligeramente un rol más activo en la economía se crea, por ejemplo, el Banco Central y la Contraloría del Estado), se esboza una reforma agraria (1963) y se reconoce la responsabilidad social de la propiedad, subordinándola incluso al interés del país. Nuevos actores aparecen en la arena pública, especialmente los trabajadores y los partidos de izquierda socialista y comunista). A finales de los años sesenta y hasta los años ochenta tendremos, con una influencia

clavos africanos, a los indios americanos y a los asiáticos, a los trabajadores ingleses asalariados”. Véase Dussel, Enrique, *Política de la liberación, historia mundial y crítica*, Madrid, Trotta, 2007, p. 271.

⁷ *Ibidem*, p. 417.

⁸ *Ibidem*, p. 422.

norteamericana marcada, regímenes militares anticomunistas y autoritarios. En esta época los intereses privados vuelven a tomar fuerza Constitución de 1967) y se visibilizan clases sociales con privilegios, cuestión que se acentúa con el “desarrollo” provocado por la explotación del petróleo, que se convertiría en “un momento excepcional para el crecimiento empresarial en el Ecuador, que definitivamente consolidó el sistema capitalista”.⁹

Constitucionalismo neoliberal. Esta fase, que también podríamos identificar como de transición hacia la democratización del Estado, comienza con la Constitución de 1979, en la que se establece una economía planificada de mercado, se amplían los catálogos de derechos, reconociendo explícitamente los derechos económicos, sociales y culturales, se amplía el ámbito de la ciudadanía y, por tanto, los derechos políticos (por ejemplo, analfabetos). La presencia de nuevos actores, en particular los indígenas, es notoria en la esfera pública. Sin embargo, como dice Paz y Miño, “la balanza se inclinó a favor de los grupos de poder, con alto perjuicio para la sociedad ecuatoriana”.¹⁰ En esta época, que coincide con el famoso consenso de Washington al que Ecuador se suscribe —y que “avanzó a pesar y en contra de la mayoría del pueblo ecuatoriano” —¹¹ el país privatiza muchos servicios públicos, desregula la economía y se flexibilizan las relaciones laborales.

En 1998 se expide la última Constitución del siglo pasado, aprobada por una Asamblea Nacional, que fue “hegemonizada por los intereses y conceptos de las élites del poder”.¹² Aunque, hay que afirmarlo, hubo importantes avances en materia de derechos, tales como los derechos de los indígenas, de los niños y niñas, de las mujeres, de las personas con discapacidad, entre otros, determinó que el Estado es social de derecho, estableció un Tribunal Constitucional, estableció constitucionalmente el amparo como garantía judicial. Sin embargo, todos los reconocimientos en derechos, que se consideró un avance, no tuvo su contraparte institu-

⁹ Paz y Miño Cepeda Juan J. y Pazmiño, Diego, *op. cit.*, p. 36.

¹⁰ *Ibidem*, p. 37.

¹¹ Ramírez Gallegos, Franklin, “Proceso constituyente y tránsito hegemónico”, *Nueva Constitución, Revista La Tendencia*, Quito, Gráficas Araujo, 2008, p. 58.

¹² Paz y Miño Cepeda, Juan J. y Pazmiño, Diego, *op. cit.*, p. 38.

cional.¹³ Además, “la Constitución de 1998 legitimó una economía excluyente... en función de la liberalización de la economía, armonizándola con la globalización de la economía mundial, para atraer y captar inversión extranjera”.¹⁴ El Estado mínimo junto con crecientes demandas sociales, agravadas por una crisis bancaria en de 1999, hicieron que las promesas de los derechos de esta Constitución se incumplan y que las garantías también sean ineficaces. El Tribunal Constitucional, al final, no fue el tan deseado árbitro de la constitucionalidad y más bien, como ha sido tradición en el Ecuador, se sucedieron varios golpes de Estado y los militares resolvieron las crisis políticas.

2. *Modelo igualitarista*

Por un modelo igualitarista entendemos, tal como lo describe Pablo Andrade, desde una posición filosófico-política:

...el derecho a la autoderminación colectiva, es decir el auto gobierno de la sociedad en su conjunto, y de los individuos por separado. Adicionalmente, una posición igualitaria apoya la idea de que la voluntad ciudadana debe tener un amplio espacio en las instituciones que gobiernan la vida política. En tercer lugar, una concepción igualitaria toma en serio la necesidad de garantizar a todos los miembros de la sociedad colectiva e individualmente) su pleno desarrollo y autonomía esto es, no habría tal cosa como una ciudadanía política que no pueda ejercerse por falta de recursos económicos, acceso a la educación y otros servicios básicos). Finalmente, el igualitarismo es antagónico con la pretensión mayoritaria de imponer un solo modo de vida como deseable o adecuado, dejando a la decisión individual esta elección.¹⁵

¹³ “Una Constitución avanzada desde la perspectiva de los derechos expresada en su parte dogmática, pero retrasada en su parte orgánica o sea en aquella que define los mecanismos concretos de realización de los derechos bajo forma de decisiones políticas, o de políticas públicas”. Echeverría, Julio, “Plenos poderes y democracia en el proceso constituyente ecuatoriano”, en Echeverría, Julio y Montúfar, César (eds.), *Plenos poderes y transformación constitucional*, Quito, Abya Yala, 2008, p. 33.

¹⁴ Paz y Miño Cepeda, Juan J. y Pazmiño, Diego, *op. cit.*, p. 38.

¹⁵ Andrade, Pablo, “Prólogo”, Verdesoto Custode, Luis, *Procesos constituyentes y reforma institucional*, Quito, Flacso-Abya Yala, 2007, p. 12.

Sin duda alguna, como intentaremos demostrar en las características, la Constitución ecuatoriana inaugura una nueva forma de concebir la constitucionalidad, los derechos, las garantías, la organización del Estado y la misma supremacía constitucional desde un modelo igualitarista, que no proscribe ni posterga las conquistas liberales en materia de derechos humanos, aunque condiciona algunos derechos como la propiedad privada.

III. ANTECEDENTES DE LA CONSTITUCIÓN DE 2008

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

En suma: “la precariedad de la institucionalidad democrática, la desestabilización de la economía y la sociedad, y el progresivo repliegue de las élites hacia el control de espacios locales... convirtieron al Estado en una débil estructura política incapaz de catapultar ninguna dinámica de articulación en torno a actores políticos con proyecto y vocación hegemónica en el nivel nacional”.¹⁶ En lo social, la protesta en las calles no cesó de manifestarse, tanto en contra de los gobiernos de turno como en favor de mejores condiciones de vida.

¹⁶ Ramírez Gallegos, Franklin, “Proceso constituyente y tránsito hegemónico”, *Nueva Constitución, Revista La Tendencia*, Quito, Gráficas Araujo, 2008, p. 59.

En estas circunstancias, Rafael Correa conforma el movimiento Alianza País, se postula como candidato a la presidencia y se presenta con una estrategia, como la califica Ramírez, antisistémica, con la promesa de un cambio radical, en sintonía con los anhelos de la ciudadanía.¹⁷ Sus propuestas de campaña se materializaron en la no presentación de candidatos al Congreso Nacional, en el no juramento ante la Constitución de 1998 cuando se posesionó, en la convocatoria a una Asamblea Constituyente de plenos poderes para dictar una Constitución y reformar institucionalmente al Estado, en el cese de funciones del Congreso, en el no pacto con las fuerzas políticas tradicionales, en denostar a sus adversarios políticos, a las élites económicas y a los medios de comunicación.

La estrategia antisistema funcionó. El movimiento Alianza País obtuvo representación mayoritaria en la Asamblea. El movimiento, que no ha tenido una trayectoria histórica considerable, estuvo conformado por personas con tendencias ideológicas e intereses heterogéneas y hasta contradictorias. Los debates en el pleno fueron formales; la verdadera discusión se produjo fuera del recinto parlamentario en reuniones del bloque de Alianza País. Por otro lado, la metodología adoptada no fue la más adecuada para redactar la Constitución se dividieron en mesas temáticas, que estaban totalmente desvinculadas de lo que sería la estructura de la Constitución y, en consecuencia, se duplicaron esfuerzos y hasta se aprobaron en mesas aspectos incompatibles). Además, la Asamblea expidió normas jurídicas distintas a las constitucionales,¹⁸ que han sido duramente criticadas por la oposición y los medios de comunicación, y que ocuparon tiempo y atención de la Asamblea que, en algunos casos, no contribuyeron al delineamiento de la Constitución. Finalmente, para evitar incumplir los plazos establecidos en el mandato constituyente, la Asamblea aprobó gran parte de la Constitución en el último mes de trabajo. Por estas razones, F. Ramírez tiene razón cuando afirma que “en este escenario surge un proyecto constitucional presentado al país no con todo el rigor democrático que era de esperarse”.¹⁹ A pesar de ello, la Asamblea, como pocos espacios democráticos, en su primera fase, recibió a cientos de personas y agrupaciones y procesó, de igual modo, semejante cantidad

¹⁷ Ramírez, Franklin, *op. cit.*, p. 52.

¹⁸ La Asamblea Constituyente aprobó 6 leyes y 21 mandatos constituyentes. Véase <http://www.asambleaconstituyente.gov.ec/> visita 26 de febrero 2009).

¹⁹ Ramírez, Franklin, *op. cit.*, p. 64.

de propuestas, y logró plasmar interesantes innovaciones en relación con la Constitución anterior y a un modelo distinto de constitucionalismo.

IV. CARACTERIZACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN DE 2008

En esta parte del ensayo partimos de la premisa de que la calificación al Ecuador, establecida en las primeras palabras del artículo 1o. de la Constitución del 2008, como un “Estado constitucional de derechos y justicia” sintetiza el contenido de todo este texto normativo. En un trabajo anterior desarrollamos las concepciones de cada una de estas palabras,²⁰ en este lo que intentaremos es demostrar que las tres palabras, que caracterizan al Estado ecuatoriano, son ejes transversales en todas y cada una de las instituciones reconocidas y reguladas por la Constitución. Las categorías nos permiten destacar los cambios paradigmáticos de un modelo de Estado a otro, como un salto hacia adelante, y también visualizar las innovaciones en dos áreas: la teoría del derecho y el modelo político de Estado.

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

Este acápite está dividido en tres partes comprensivas que corresponden a cada una de las categorías determinadas en la calificación que hace la Constitución al Estado como constitucional, de derechos y justicia, y en seis otras partes que pretenden dar contenido a las preguntas sobre el derecho y el Estado que tienen respuesta en la Constitución.

1. *Del Estado legal al constitucional*

El Estado constitucional es el resultado de la evolución del Estado legal. El Estado legal se basa en el principio de legalidad, por el que todo acto del poder sólo puede hacer lo determinado en la ley y todo acto privado es per-

²⁰ Véase en Ávila Santamaría, Ramiro, “Ecuador Estado constitucional de derechos y justicia”, Ávila Santamaría, Ramiro, *Constitución del 2008 en el contexto andino, Análisis de la doctrina y el derecho comparado*, Quito, V&M Gráficas, 2008, pp. 19-38.

mitido en tanto no esté prohibido. El Estado constitucional, en cambio, se basa en que los actos públicos y privados están sometidos a la Constitución, incluso la ley. Tres preguntas son claves para distinguir estos dos modelos: quién, cómo y qué.

A. *Quién*

En un modelo anterior al Estado legal, que se suele identificar como el *Anciane Régime*, la autoridad estaba determinada por quien se imponía por la fuerza: *rex facit legem*.²¹ La autoridad es anterior y superior a la ley. Hay que suponer que los grados de temor y también de inseguridad en relación con quien ejercía el poder, eran enormes. El Estado legal de derecho significa un avance significativo frente a este modelo. La autoridad está sometida a la ley: *lex facit regem*. La ley es anterior y está sobre la autoridad y ésta sólo puede hacer lo establecido en la ley. En el Estado constitucional las máximas autoridades están definidas en la Constitución, tanto su nominación, su forma de designación como sus competencias, y están sometidas a la Constitución. En esta caracterización no hay mayor diferencia entre el Estado legal y el constitucional de derecho, salvo que el procedimiento de nominación y las competencias tienen control constitucional por parte de la Corte Constitucional. Es más, se podría afirmar que el sometimiento de la autoridad a la ley, en el modelo legislativo, es semejante en el modelo constitucional.

“Quiénes”, en la Constitución del 2008, son las autoridades que ocupan distintos espacios de poder:²² 1) el pueblo, que ejerce el poder a través de la organización colectiva,²³ de la participación en los diferentes niveles de gobierno,²⁴ de la democracia directa,²⁵ de las organizaciones políticas,²⁶ de la representación;²⁷ 2) las personas asambleístas;²⁸ 3) el

²¹ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, 4a. ed., Madrid, Trotta, 2002, p. 21.

²² Constitución de 2008, título IV, “Participación y organización del poder”, capítulo primero, “Participación en democracia”, artículos 95-118.

²³ Constitución de 2008, título IV, sección segunda, artículos 96-99.

²⁴ Constitución de 2008, título IV, sección tercera, artículos 100-102.

²⁵ Constitución de 2008, título IV, sección cuarta, artículos 103-107.

²⁶ Constitución de 2008, título IV, sección quinta, artículos 108-111.

²⁷ Constitución de 2008, título IV, sección sexta, artículos 112-117.

²⁸ Constitución de 2008, título IV, capítulo segundo, artículos 118 y 119.

presidente o presidenta;²⁹ 4) los jueces y juezas;³⁰ 5) el Consejo de participación ciudadana y control social y órganos de control; 6) el Consejo Nacional Electoral y el Tribunal Contencioso Electoral, y 7) la Corte Constitucional.

Uno de los mayores problemas no superados por la Constitución del 2008, y que se viene arrastrando desde la primera Constitución en el Ecuador, es el fortalecimiento del presidencialismo. Parecería que las Constituciones siempre estuvieron realizadas y promovidas bajo la sombra del personaje histórico del momento y que no han permitido el fortalecimiento de una democracia más participativa y una auténtica división y control de poderes. En este sentido, el presidencialismo marcado en la Constitución del 2008 no cambia sustancialmente en el 2008 y, más bien, “existe un reforzamiento del presidencialismo a través del aumento de potestades para influir en las políticas legislativas de forma proactiva y reactiva”.³¹ Era de esperarse, si se aprendía las lecciones de la historia, que una ruptura importante en términos de avances constitucionales era la instauración de un régimen semiparlamentario.

Destaquemos dos diferencias importantes con el constitucionalismo pasado. La una es que se añaden dos poderes más a los tradicionales: la función ciudadana y control social y la electoral. La idea de la primera es “institucionalizar la participación ciudadana en todo el ciclo de la gestión pública; es decir, en la planificación, presupuestación, contratación, ejecución, evaluación y control de la gestión pública”.³² La función electoral pretende “garantizar su independencia y garantizar realmente la voluntad de los ciudadanos”.³³

²⁹ Constitución de 2008, título IV, capítulo tercero, artículos 141-146.

³⁰ Constitución de 2008, capítulo cuarto, artículos 167-189.

³¹ Balda Santiestevan, Rafael, “Hacia un nuevo sistema de gobierno: diseño constitucional del presidencialismo en la nueva Constitución del Estado ecuatoriano”, en Ávila Santamaría, Ramiro, Grijalva, Agustín y Martínez, Rubén, *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana de 2008 en perspectiva*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 188.

³² Tola, Betty, “Participación ciudadana, democracia y buen vivir”, *Debate de la nueva Constitución, Revista de Análisis Político La Tendencia*, Quito, núm. 7, marzo-abril de 2008, p. 69.

³³ Hernández, Virgilio, “Democratizar la democracia: el reto de la nueva Constitución”, *Debate de la nueva Constitución, Revista de Análisis Político La Tendencia*, Quito, núm. 7, marzo-abril de 2008, p. 21.

El otro “quién” importante es la creación de la Corte Constitucional y el fortalecimiento de sus competencias de control sobre todos los actos del poder público, ya porque atentan contra la supremacía de la Constitución ya porque violan derechos con rango constitucional. El Tribunal Constitucional, configurado en la Constitución de 1998, adoleció de grandes defectos: no aseguró la eficacia de la Constitución, no tuvo independencia real ni fue altamente profesional, no fue un verdadero “juez del legislador”, en lugar de resolver problemas políticos de forma jurídica al aplicar la Constitución los intensificó y, lo peor de todo, fue “la precariedad en la protección de los derechos fundamentales”.³⁴ La Corte Constitucional tiene una nueva forma de integración, periodo y atribuciones; entre las atribuciones novedosas en Ecuador está la de ser el máximo intérprete de la Constitución ya no el Parlamento), la de poder controlar todo acto de poder público incluso las sentencias definitivas de última instancia exceptuadas expresamente en la Constitución de 1998), la de ser el árbitro de los conflictos de competencias antes los garantes del orden jurídicos, en última instancia, eran los militares), son órganos de cierre en el control jurídico- político, crean precedentes rompe con el sistema de fuentes de derecho restringidas a la ley como principal y al resto como secundarias) y desarrolla el contenido y alcance de los derechos y corrige las prácticas estatales y privadas que generan violaciones de derechos.³⁵

B. *Cómo*

El Estado legal sacraliza la forma como una garantía para la seguridad jurídica. En los Estados prelegales no hay procedimientos preestablecidos para expedir normas. La voluntad de la autoridad estatal se manifiesta de formas que no tienen control público. En el Estado legal los procedimientos son importantes. No se puede hacer la ley de cualquier manera sino de la forma determinada previamente en la ley. De igual modo que en la pregunta

³⁴ Grijalva, Agustín, “¿Constitución sin constitucionalismo?: urgencia de un Tribunal Constitucional independiente”, *Los temas de la constituyente, Revista Foro*, Quito, núm. 7, Universidad Andina Simón Bolívar, primer semestre 2007, p. 79.

³⁵ Véase Grijalva, Agustín, “La Corte Constitucional y el fortalecimiento de las garantías”, *Nueva Constitución, Revista La Tendencia*, Quito, Gráficas Araujo, 2008, pp. 118-135.

anterior, en el Estado constitucional no hay mayor diferencia, salvo que siempre el procedimiento para la elaboración de una ley debe estar en la Constitución y la alteración del procedimiento está sujeta a control constitucional. Esta garantía se denomina, en el constitucionalismo, vigencia o validez formal.

La Constitución del 2008 tiene toda una sección, dentro del capítulo segundo (Función Legislativa), que se denomina “Procedimiento legislativo”.³⁶ En este procedimiento se regula sobre qué temas requieren ley, los tipos de leyes orgánicas y ordinarias que se distinguen por el número de personas que requiere para ser aprobadas), las entidades que tienen iniciativa legislativa, el número de debates, el rol del Presidente como legislador³⁷ y su posibilidad de veto parcial o total,³⁸ y sobre el trámite especial de las leyes de urgencia.³⁹ La Corte Constitucional tiene la potestad para resolver acciones de inconstitucionalidad por la forma.⁴⁰

C. *Qué*

“Qué” es lo que se debe legislar o normar es la pregunta esencial que marca la diferencia entre el Estado legal y el constitucional. En el primero, la materia legal depende exclusivamente de la configuración del parlamento. Si se respeta la forma, se supone que el debate democrático realizado por los representantes elegidos mediante votación produce la mejor opción de normatividad. La justicia de las leyes se asume y no es posible cuestionar su validez. En el Estado constitucional, en cambio, no existe libertad de parte de los parlamentarios para decidir la agenda legislativa. Existen expresas prohibiciones para el legislador, tales como no emitir leyes que sean contrarias a la Constitución o los derechos, y existe un marco referencial para legislar. De esta forma, además de la validez formal, se requiere la validez sustancial o material.⁴¹

³⁶ Constitución de 2008, artículos 132-140.

³⁷ Constitución de 2008, artículo 147 11).

³⁸ Constitución de 2008, artículos 137-139 y 147 12).

³⁹ Constitución de 2008, artículo 140.

⁴⁰ Constitución de 2008, artículo 436 2).

⁴¹ Véase Ferrajoli, Luigi, “Juicios sobre la vigencia y juicios sobre la validez. Dos aporías teóricas: la valoratividad y la discrecionalidad de los juicios de validez”, *Derecho*

La Constitución del 2008 tiene una norma que establece la finalidad del Poder Legislativo y el contenido de las normas:

La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y 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.⁴²

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

2. *Del Estado de derecho al Estado de derechos*

El Estado de derecho se caracterizó, aunque suene tautológico, por el sometimiento del Estado al derecho, entendiendo al derecho como el conjunto de normas válidas formalmente incorporadas al sistema jurídico. La referencia para la comprensión del fenómeno político y jurídico fue el derecho. El derecho se basta a sí mismo: por el derecho se crea el derecho, por el derecho se entiende e interpreta el derecho, por el derecho se pretende solucionar los problemas que se producen en la vida real. El derecho, en suma, es autónomo, no requiere del auxilio de otras ciencias para su comprensión ni siquiera de la realidad para su aplicación. Sobra decir que la comprensión del derecho se restringe a la ley y, por tanto, a la producción legislativa. Por su parte, el Estado es el destinatario principal del derecho, ya como estructura, ya como garante de las relaciones jurídicas de las personas. El Estado es el último obligado y es el ente que tiene exclusivamente el monopolio de la fuerza y de ahí los vínculos y límites que imponen los derechos. La frase que resume esta forma de entender el derecho es *lex dura lex*. La ley, mien-

y razón, *teoría del garantismo penal*, 7a. ed., Madrid, Trotta, 2005, pp. 874-876, y Serrano, José Luis, *Validez y vigencia, la aportación garantista a la teoría de la norma jurídica*, Madrid, Trotta, 1999.

⁴² Constitución de 2008, artículo 84.

tras está vigente, debe cumplirse, aún cuando se piense que el resultado en la realidad es una injusticia. El cambio de paradigma nos plantea otra pregunta en relación con el objetivo del Estado y su relación con el sistema jurídico.

A. *Por qué*

En el Estado de derechos los puntos de referencia y análisis cambian profundamente. Por un lado, 1) el Estado está sometido a los derechos, 2) el derecho del que de éste emana está sometido a los derechos de las personas y las colectividades. Por otro lado, 3) el punto de referencia ya no es exclusivamente el Estado sino el poder. Todo poder que pueda vulnerar o vulnerar los derechos humanos, están limitados y vinculados por los derechos. Esto es lo que Alexy llama el “efecto de irradiación”.⁴³ Todo poder, público o privado, está sometido a los derechos. Finalmente, para reforzar la idea de que los derechos están por sobre el Estado, el derecho y cualquier poder, se desarrollan de manera integral las 4) garantías.

Veamos como se manifiesta esta afirmación en el texto constitucional del 2008.

1) El Estado sometido a los derechos:

1. Es deber primordial del Estado garantizar el efectivo goce de los derechos.⁴⁴
2. El más alto deber del Estado es respetar y hacer respetar los derechos.⁴⁵
3. La participación en todo asunto de interés público es un derecho.⁴⁶
4. La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa no pueden atentar contra los derechos.⁴⁷

⁴³ Alexy, Robert, “Efecto en terceros o efecto horizontal”, Teoría de los derechos fundamentales, España, Centro de Estudios constitucionales, 1997, pp. 506-524.

⁴⁴ Constitución de 2008, artículo 3 1).

⁴⁵ Constitución de 2008, artículo 11 9).

⁴⁶ Constitución de 2008, artículo 95.

⁴⁷ Constitución de 2008, artículo 84.

5. La formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas, cuya rectoría la tiene el ejecutivo,⁴⁸ garantizan derechos.⁴⁹
6. Los jueces y juezas administran justicia con sujeción a los derechos.⁵⁰
7. La función de transparencia y control social protegerá el ejercicio y cumplimiento de los derechos.⁵¹
8. La función electoral garantiza los derechos de participación política.⁵²

Toda función del Estado, en suma, está vinculada y sometida a los derechos. Podríamos seguir con la enumeración y afirmar que esta relación de sometimiento a los derechos se repite en la administración pública,⁵³ en el modelo de desarrollo,⁵⁴ en el sistema económico,⁵⁵ en la deuda externa,⁵⁶ en la formulación del presupuesto del Estado,⁵⁷ en el sistema financiero,⁵⁸ en los sectores estratégicos, en la inversión,⁵⁹ en la producción.⁶⁰

2) El derecho sometido a los derechos: esto quiere decir, que nuestros representantes parlamentarios y todo funcionario con potestad normativa no tienen libertad para configurar la ley y otras normas jurídicas, sino que están estrechamente vinculados por los derechos. Los derechos se entienden y se interpretan a partir de la realidad en la que ocurren las violaciones o restricciones a su ejercicio. Luego, el derecho, incluyendo a los derechos, no puede ser autónomo sino que es reflexivo y se entienden gracias al auxilio de otras ciencias.

1.

⁴⁸ Constitución de 2008, artículo 141.

⁴⁹ Constitución de 2008, artículo 85.

⁵⁰ Constitución de 2008, artículo 172.

⁵¹ Constitución de 2008, artículo 204.

⁵² Constitución de 2008, artículo 217.

⁵³ Constitución de 2008, artículo 226.

⁵⁴ Constitución de 2008, artículo 275.

⁵⁵ Constitución de 2008, artículo 233.

⁵⁶ Constitución de 2008, artículo 290 2).

⁵⁷ Constitución de 2008, artículo 298.

⁵⁸ Constitución de 2008, artículo 358.

⁵⁹ Constitución de 2008, artículo 339.

⁶⁰ Constitución de 2008, artículo 319.

En ningún caso las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos.⁶¹

2. La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra norma.⁶²
3. Los derechos son de inmediato cumplimiento y aplicación por parte de cualquier autoridad pública.⁶³

3) Todo poder sometidos a los derechos: el Estado no es ya el destinatario exclusivo de las obligaciones sino cualquier ente, persona o colectividad que está en relación de poder con otra. Es lo que en la doctrina se denomina el “efecto horizontal”. Si hay una relación jurídica en la que una de las partes está en situación de sumisión o subordinación y esto genera violación de derechos, existe la posibilidad de controlar ese poder. En la Constitución se permite, con absoluta claridad, la posibilidad de plantear una acción de protección de derechos en contra de particulares, no sólo cuando actúa por delegación o aquiescencia del Estado, o cuando provoca un daño a un derecho colectivo, sino en cualquier posibilidad en la que se violen derechos fundamentales.⁶⁴

4) Todo el Estado es garante de los derechos: la Constitución ecuatoriana supera la visión reduccionista de que solo las garantías son jurisdiccionales y, entre éstas, que son cautelares o residuales. La Constitución del 2008 asume que las funciones normativas, políticas y jurisdiccionales son garantías para viabilizar, promover y respetar el ejercicio de derechos de las personas. En este sentido, las garantías incluso dejan de ser un solo capítulo de la Constitución sino que se extienden a todo el texto constitucional.⁶⁵ Las garantías son, según la Constitución, de tres clases: las normativas, por las que todo ente público con facultades normativas, tiene el deber de respetar y de desarrollar los derechos de la parte dogmática,⁶⁶ las garantías de políticas públicas, servicios públicos y participa-

⁶¹ Constitución de 2008, artículo 84.

⁶² Constitución de 2008, artículo 424.

⁶³ Constitución de 2008, artículo 426.

⁶⁴ Constitución Política del Ecuador, artículo 88.

⁶⁵ Acosta, Alberto, “El sentido de la refundación constitucional en tiempos de crisis”, *El debate de la nueva Constitución, La Tendencia, Revista De Análisis Político*, Quito, 2008, p. 15.

⁶⁶ Constitución, artículo 84.

ción ciudadana, por las que se debe a través de éstas también garantizar derechos y a través de la participación,⁶⁷ y las garantías jurisdiccionales, que son los mecanismos a través de los jueces para proteger integralmente los derechos.⁶⁸ En las garantías jurisdiccionales existen algunas novedades importantes: se instaura a nivel constitucional un proceso de conocimiento que supera la limitada concepción de lo cautelar, el proceso es reparativo y la reparación es integral, tanto material como inmaterial, de tal forma que se supera el concepto civilista de indemnizaciones y se recogen los avances del derecho internacional de los derechos humanos), y es contra cualquier persona, pública o privada, que ejerza poder así se supera la tradicional concepción de que el Estado es el único actor que puede violar derechos). De esta manera, todos los derechos están protegidos y por todas las instancias estatales, con garantía reforzada por el poder constitucional de los jueces y juezas.

B. *Dónde*

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

La pluralidad jurídica es, pues, la otra comprensión necesaria a la idea de “derechos”. La ley era la “reina” de las fuentes en el Estado liberal o legal de derecho. Comprensible desde cierta perspectiva histórica, cuando el Estado nacional debía consolidarse a través de varios instrumentos, entre los más importantes la producción exclusiva del derecho. De esta forma, el derecho que no era reconocible desde el Estado simplemente no era derecho.

El “monismo” de las fuentes generó la invisibilización de otras posibilidades de comprensión del derecho y, por tanto, de otras formas de hacer justicia. El Estado constitucional reconoce varios derechos, además

⁶⁷ Constitución, artículo 85.

⁶⁸ Constitución, artículo 86-94.

del producido por el parlamento: el derecho internacional, la jurisprudencia internacional, la jurisprudencia constitucional nacional, las políticas públicas, el derecho indígena y hasta la moral crítica.

El derecho internacional se encuentra “atravesado” a lo largo del texto constitucional, ya como fuente de los derechos⁶⁹ ya como jerarquía normativa.⁷⁰ No es cualquier derecho internacional sino aquel que tiene por objeto la protección de las personas y no las relaciones entre el Estado u objetos de carácter patrimonial-comercial. La expresión invocada por la Constitución es la de los “instrumentos internacionales”. Intencionalmente el abanico de instrumentos se ha abierto. No se limita a los convenios, que requieren firma, ratificación y depósito, sino a lo que se conoce en el derecho internacional como *soft law*, en cuya categoría se incluyen las declaraciones, las resoluciones de órganos de Naciones Unidas, las normas mínimas, las directrices, las observaciones generales, entre otras.

La jurisprudencia internacional es norma de cumplimiento obligatorio en el Ecuador y puede ser demandada su ejecución a través de la acción por incumplimiento, que textualmente determina que “...tendrá por objeto garantizar... el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos...”.⁷¹ De igual modo que en los instrumentos internacionales, no es cualquier órgano internacional sino aquel que tiene competencia en derechos humanos; se excluyen, por tanto, los órganos que se refieren a materias comerciales o cuyo objeto no sea la protección de la persona.

La jurisprudencia nacional, como fuente del derecho, la encontramos en las atribuciones de la Corte Constitucional, cuando se dispone que “sus decisiones tendrán carácter vinculante”.⁷² Las sentencias de la Corte Constitucional tienen efecto general y obligatorio para toda autoridad pública. Es de entender, porque no puede ser de otra manera cuando se aplican principios como los de los derechos humanos, que los jueces, en sus casos, también generan jurisprudencia que les vinculan a ellos o ellas y a las partes en el conflicto jurídico.

⁶⁹ Constitución de 2008, artículo 11 7).

⁷⁰ Constitución de 2008, artículo 424.

⁷¹ Constitución de 2008, artículo 93.

⁷² Constitución de 2008, artículo 436 1).

Las políticas públicas generan también normas que tienen las características de leyes, en el sentido que son generales y de cumplimiento obligatorio. Un plan de acción, un proyecto, un programa, que tiene fondos públicos, tiene responsables, actividades concretas y formas de medir su ejecución.⁷³

El derecho indígena está expresamente reconocido como un sistema jurídico que tiene su dinámica propia, distinta a la justicia ordinaria, y que tiene procedimientos, autoridades, sentencias, ejecución.⁷⁴ El gran reto que tiene la justicia ordinaria es evitar ser racista, aprender a marcar la línea que separa al un sistema del otro, y aprender en cuestiones que son difíciles de abordar, tales como la oralidad, la confianza en la palabra, las sanciones que fortalecen el vínculo social.

Finalmente, la moral podría ser considerada una fuente más del derecho, si consideramos que los derechos humanos son valores reconocidos y acordados universalmente. No cualquier valor tiene que ser considerado por el derecho sino aquellos que están constitucionalizados. La moral nos importa en tanto introduce al derecho la valoración de la justicia y esto nos lleva al último punto de nuestra caracterización. En la Constitución existe una referencia expresa a reconocer derechos que no están reconocidos en el sistema jurídico positivo, cuando determina que “el reconocimiento de los derechos y garantías... no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento”.⁷⁵ ¿Qué es la dignidad? Es una pregunta que nos lleva a la moral y a la filosofía para responderla.

3. *Del Estado inequitativo al Estado de justicia*

“No es fácil creer en la ley en América Latina. No es fácil hacerlo cuando ella convive tranquila —y a veces sin inmutarse siquiera— con situaciones de desigualdad, exclusión y pobreza que poco tienen que ver

⁷³ Constitución de 2008, artículo 85.

⁷⁴ Constitución de 2008, artículo 171.

⁷⁵ Constitución de 2008, artículo 11 7).

con la igualdad, la libertad y la dignidad de los seres humanos y menos aún con la generalidad de la ley”.⁷⁶

A. *Para qué*

Hay muchas formas de entender la justicia y esta vez la vamos a abordar desde la organización social.⁷⁷ Tenemos varios paradigmas para tratar el tema. La forma clásica es a través del paradigma libertario y el paradigma igualitarista. Quizá el debate más celebre sobre estos modelos es el que se puede desprender del análisis de la *Teoría de la Justicia* de J. Rawls. Unos le acusan de que existe en su teoría un déficit igualitario y otros que existe un déficit libertario.⁷⁸ Más allá de las discusiones sobre las cualificaciones de una sociedad justa, podríamos con la teoría de Rawls caracterizar a una sociedad injusta.⁷⁹

1. Los peor situados están peor absolutamente.
2. Los peor situados están peor que otros.
3. Los mejor situados no se pueden imaginar la situación de los peor situados y por lo tanto existe un gran nivel de insensibilidad de los primeros en relación con los segundos.⁸⁰
4. La situación de los peor situados es generalizable en la población y en la mayoría de los aspectos de la vida.
5. Los mejor situados pueden mejorar las circunstancias de los peor situados. La sociedad que genera injusticia, por tanto, es evitable.
- 6.

⁷⁶ Binder, Alberto, “Entre la democracia y la exclusión: la lucha por la legalidad en una sociedad desigual”, *Justicia Penal y Estado de Derecho*, 2a. ed., Buenos Aires, Ad Hoc, 2004, p. 297.

⁷⁷ Sobre la relación de la justicia en la teoría del derecho, véase Ávila Santamaría, Ramiro, “Estado constitucional de derechos y justicia”, *op. cit.*

⁷⁸ Gargarella, Roberto, “La polémica en torno a los derechos colectivos”, *Las teorías de la justicia después de Rawls, Un breve manual de filosofía política*, España, Píados Estado y Sociedad, 1999.

⁷⁹ En adelante usaré la lectura de Pogge sobre la teoría de la justicia de Rawls, en Pogge, Thomas, “Propuesta para un dividendo sobre recursos globales”, *Sur Revista Internacional de Derechos Humanos*, Brasil, núm. 6, año 4, 2007, pp. 145-169.

⁸⁰ Véase, sobre este punto, el profundo ensayo de Vilhena Vieira, Óscar, “Desigualdad y Estado de derecho”, *Sur Revista Internacional de Derechos Humanos*, Brasil, núm. 6, año 4, 2007, pp. 40-51.

Los mejor situados modelan, según sus intereses, el orden social y político y lo imponen a los peor situados. Existe una red global institucional estatal para mantener el sistema educación, comercio, diplomacia, medios de comunicación y fuerza policial y militar).

7. El orden social e institucional reproduce la desigualdad. A menos que se justifique que es el mejor ordenamiento de todos los posibles, carece de legitimidad.
8. Puede existir otro orden social y político.
9. La desigualdad no es atribuible a factores extra sociales. Si los peor situados se los pone en otro contexto geográfico, político y social, no serían pobres.
10. Sólo los mejor situados disfrutan de las ventajas de la explotación, uso e intercambio de los recursos. Los peor situados están excluidos sin compensación. Los pobres comparten las cargas de la degradación de la explotación de los recursos naturales. El uso de ellos es unilateral por parte de los mejor situados y se generan élites globales y locales.

Si nosotros ponemos cifras a estas consideraciones, sin duda podríamos describir a cualquier país de la región o al mismo Ecuador: pocos ricos que acumulan poder económico y político en desmedro de muchos pobres, desposeídos y sometidos. En suma, esta sociedad que produce desigualdad, peor y mejores situados, es una sociedad injusta. Ante esta realidad, podrían caracterizarse dos modelos, uno libertario y otro igualitario.

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

- Un principio fundamental del Estado es “la distribución equitativa de los recursos y la riqueza...”.⁸¹

⁸¹ Constitución de 2008, título I, capítulo primero, artículo 3 5).

- El Estado adoptará medidas que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.⁸²
- La política económica tiene como objetivo, entre otros, asegurar la distribución del ingreso y la riqueza nacional.⁸³
- La política fiscal tiene como objetivos, entre otros, la redistribución del ingreso por medio de transferencias, tributos y subsidios adecuados.⁸⁴
- El desarrollo de políticas para erradicar la desigualdad y discriminación hacia las mujeres productoras.⁸⁵
- La elaboración de una política comercial que contribuya a reducir las desigualdades internas.⁸⁶
- El sector financiero tiene como finalidad la prestación sustentable, eficiente, accesible y equitativa de servicios financieros. El crédito se orientará de manera preferente a los grupos menos favorecidos.⁸⁷
- El Estado dispondrá que los precios y tarifas de los servicios públicos sean equitativos.⁸⁸
- El Estado garantiza igualdad de derechos y oportunidades en el acceso a la propiedad.⁸⁹
- El Estado evitará el acaparamiento o la concentración de factores y recursos productivos, promoverá su redistribución y eliminará privilegios o desigualdades en el acceso a ellos.⁹⁰
- El Estado generará condiciones de protección integral que aseguren la igualdad en la diversidad y no discriminación, y priorizará su acción hacia aquellos grupos que requieran consideración espe-

82 Constitución de 2008, artículo 11 2).

83 Constitución de 2008, artículo 284 1).

84 Constitución de 2008, artículo 285 1).

85 Constitución de 2008, artículo 334 2).

86 Constitución de 2008, artículo 304 4).

87 Constitución de 2008, artículo 310.

88 Constitución de 2008, artículo 314.

89 Constitución de 2008, artículo 324.

90 Constitución de 2008, artículo 334 1).

cial por la persistencia de desigualdades, exclusión, discriminación o violencia.⁹¹

- La distribución de los recursos destinados a la educación pública se regirá por criterios de equidad social, poblacional y territorial.⁹²

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

V. PERSPECTIVAS

1. *Las tensiones*

Dos tensiones se pueden visualizar. Una relacionada con el régimen de transición, esto es la aplicación inmediata de la Constitución, y otra relacionada con la cultura jurídica, que tiene que ver con la comprensión del texto constitucional.

El régimen de transición no ha sido fácil. Algunas normas, como aquella que ordenó el sorteo entre los magistrados de la Corte Suprema de Justicia para determinar la reducción de 31 magistrados a 21, fueron inaplicables; algunas instituciones se arrogaron funciones, como el Tribunal Constitucional que se autoproclamó en Corte Constitucional; algunos procesos se complicaron, como aquel de la selección del quinto poder en el que los criterios meritocráticos no fueron tan claros. Algunos sectores de oposición han afirmado que el régimen de transición tiene por objeto fortalecer el poder del presidente. Lo cierto es que ninguna transición es fácil y que, como todo proceso de cambio estructural, toma tiempo. Ecuador está a las puertas de un proceso electoral para renovar a todas las autoridades. El hecho de que el presidente y su movimiento político hasta el momento ha ganado democráticamente varias contiendas electorales no creo que signifique necesariamente que exista acumulación de poder y que éste sea arbitrario.

⁹¹ Constitución de 2008, artículo 334.

⁹² Constitución de 2008, artículo 348.

En relación con la cultura jurídica, se ha presentado un fenómeno parecido al que sucedió en Colombia cuando se enfrentaron concepciones de derecho distintas,⁹³ la una encabezada por la Corte Constitucional y la otra por la Corte Suprema de Justicia, y a la que se denominó metafóricamente “choque de trenes”. En Ecuador la línea contemporánea de derecho, que promueve un Estado constitucional garantista, se ha denominado “neoconstitucionalismo” a propósito del primer libro que publicó el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, que fue inmediatamente posterior a la expedición de la Constitución, que se intitula *Neconstitucionalismo y sociedad*) y se ha enfrentado con el derecho civilista positivista. Así, por ejemplo, se ha afirmado que la doctrina sobre derecho constitucional hace retorcijones, y que “el ‘neo constitucionalismo’, significa poder sin reglas, colectivismo, ciudadanía sometida”,⁹⁴ que la teoría es una habilidosa fórmula para ocultar dictaduras⁹⁵ y que “la versión política del constitucionalismo, que tras la literatura y la retórica, revela, además, enorme pobreza conceptual y notable ausencia de raíces, de reflexiones propias”.⁹⁶ La descalificación a la Constitución y a la teoría que la sustenta ha sido a través de artículos de prensa, con carácter eminentemente político-opositor y no ha habido producción literaria importante ni sustentada filosóficamente. La Constitución requiere nuevas categorías jurídicas y de una renovada teoría del derecho, ya que está cargada materialmente de contenido, con muchos principios y con una Corte que produce derecho además del legislativo. La Constitución no puede ser leída a la luz del título preliminar del Código Civil. Lo que sucede en el plano doctrinario, se replica en el plano de aplicación del derecho. Superar estos problemas implican incidir en programas y metodologías nuevas de enseñanza en el derecho, tanto en universidades como en las instancias de aplicación de la ley, promover juristas creativos y críticos, desarrollar criterios de interpretación distintos a los tradicionales de

⁹³ Véase López Medina, Diego Eduardo, *El derecho de los jueces*, Colombia, Legis, 2006, pp. 326-330.

⁹⁴ Corral, Fabián, “Estado sin derecho”, *El Comercio*, 2 de febrero de 2009, http://www.elcomercio.com/noticiaEC.asp?id_noticia=254293&id_seccion=1 visita 27 de febrero de 2009).

⁹⁵ Corral, Fabián, “La Constitución arbitraria”, *El Comercio*, 9 de febrero de 2009 http://www.elcomercio.com/noticiaEC.asp?id_noticia=255789&id_seccion=1 visita 27 de febrero de 2009).

⁹⁶ Corral, Fabián, “¿Es útil la Constitución?”, *El Comercio*, 23 de febrero de 2009, p. 12.

resolución de antinomias subsunción) y anomias analogía) y, en fin, una relación de compromiso del derecho y quienes lo crean y aplican con los sectores más vulnerable de la sociedad.

Finalmente, podríamos afirmar que las críticas y comentarios a la Constitución se han reducido a aspectos puntuales de la Constitución y no se ha visto la misma en su integralidad. El presidencialismo y la idea de la concentración de poder han sido comentados sin analizar el garantismo que podría ser el límite y el control del poder ejecutivo. En unos casos parecería que la Constitución se reduce a la función ejecutiva⁹⁷ y que las garantías no son mecanismos de protección de derechos y en otros se ha sostenido que son contradictorias con el presidencialismo y que, en esa contradicción, prevalece el poder ejecutivo por sobre el control constitucional.⁹⁸ Por otro lado, desde la perspectiva metodológica, quienes han escrito sobre la Constitución confunden el plano de la realidad política con el modelo teórico-formal de la Constitución del 2008. Al confundir estos planos, fácilmente se cae en la falacia real, al suponer que la Constitución no tiene sentido porque no se aplica, cuando por ejemplo afirma que al existir un gobierno autoritario la Constitución avalla una dictadura. Bobbio distingue con absoluta claridad estos planos, que se abordan desde perspectivas científicas distintas la justicia desde la filosofía, la validez desde la ciencia jurídica y la eficacia desde la sociología del derecho).⁹⁹

2. *Los retos*

Una Constitución con tal enumeración de derechos, como la ecuatoriana, puede generar algunos efectos negativos y otros tantos positivos.

⁹⁷ Torres, Luis Fernando, “El presidencialismo constituyente y el Estado constitucional de Montecristi”, Foro organizado por la Universidad Andina Simón Bolívar, noviembre 2008.

⁹⁸ Sin duda el trabajo mejor sustentado en términos teóricos de los que he podido conocer en contra de la Constitución, especialmente del régimen de transición y del hiperpresidencialismo, como lo llama, y que reconoce los avances en términos de constitucionalismo contemporáneo y garantismo, lo encontramos en Montúfar, César, *La Constitución ecuatoriana 2008 y su base de legitimación plebiscitaria*, Universidad Andina Simón Bolívar, Área de Estudios Sociales y Globales, Quito, febrero de 2009.

⁹⁹ Bobbio, Norberto, *Teoría general del derecho*, 2a. ed., Bogotá, Editorial Temis, 2008, pp. 22-24.

Entre los efectos negativos podemos enumerar las posibles ineficacia, ilegitimidad del Estado e inconsistencias normativas. Como efecto positivo, la materialización y la reinstitucionalización del Estado.

En Ecuador hay un dicho popular que dice que “los derechos son letra muerta” o que “los derechos son papel mojado”, para denotar que la brecha entre lo prescrito en la Constitución y la realidad son enormes e insuperables. El análisis sobre la realización de lo prescrito en la norma en la realidad es lo que N. Bobbio denominó eficacia.¹⁰⁰ En este punto entra en cuestión el funcionamiento efectivo de las garantías constitucionales. La función judicial y la Corte Constitucional está dotada de todas las herramientas y posibilidades para poder controlar todo acto del poder público que atente contra derechos o contra la supremacía constitucional. El reto, en este sentido, consiste en que la función judicial sea absolutamente independiente y que tenga el conocimiento y la sensibilidad suficiente para asumir el encargo de controlar la constitucionalidad. Si uno mira las estadísticas y las percepciones que tienen los usuarios de la función judicial, la primera reacción sería ser escépticos. Sin embargo, parecería que existe la voluntad política para que eso no suceda. Ecuador aprobó una Ley Orgánica de la Función Judicial que pretende constitucionalizar y profesionalizar, a través de evaluaciones constantes y de la escuela judicial, a todos los servidores de la justicia.

L. Ferrajoli¹⁰¹ sostiene que mientras más derechos se reconoce, más posibilidades de que un Estado se torne ilegítimo, y que, contrariamente, mientras menos derechos reconocidos, más legitimidad. Lo paradójico de la constatación es que en el segundo caso nos acercamos a un régimen autoritario en el que la voluntad soberana de la autoridad no suele ser contradictoria. El riesgo, en este sentido, de cualquier gobierno que aplique la Constitución es que será materialmente imposible tener un programa de plena realización de los derechos y que, por tanto, el nivel de frustración ciudadana sea enorme al punto de hacer ingobernable o impopular al gobierno de turno.

Finalmente, al ser la Constitución tan innovadora, el sistema jurídico ecuatoriano se ha tornado manifiestamente antinómico. Si bien se dice que, en materia de derechos, la Constitución es de aplicación directa e inmediata, no cabe duda que, por la cultura jurídica imperante en el país

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 20.

¹⁰¹ Ferrajoli, Luigi, *Razón y derecho, Teoría del garantismo penal*, Madrid, Editorial Trotta, 2001, p. 854.

que hace que el respeto a la ley por sobre cualquier otra norma sea casi incondicional, es importante la reforma jurídica integral del sistema normativo ecuatoriano. El gobierno del presidente Rafael Correa, no sólo por la agenda legislativa impuesta en las normas transitorias sino también por la necesidad de cambiar la estructura institucional del país, ha entrado en un proceso de reforma legislativa bastante intenso.

En lo positivo, el sistema jurídico, al menos en teoría, está fuerte y profundamente materializado, en el sentido de que los derechos humanos se han constituido en el fin del Estado y éste en un medio para su realización. No podría actividad alguna del Estado dejar de verse desde la realización o violación de los derechos.

Además, al considerar que todas las más altas autoridades públicas y los órganos democráticos de las funciones del Estado tienen reglas nuevas de funcionamiento y hasta de designación, y que las que están en funciones son transitorias, lo que se pretende es reinstitucionalizar al Estado. Existirán nuevas autoridades y se supone que lo que se procurará es la transformación del Estado.

El reto, entonces, consiste en minimizar o evitar los efectos negativos y potencializar y efectivizar los aspectos positivos que trae la Constitución.