

Ramiro Ávila Santamaría

Los **derechos y** sus **garantías** ensayos críticos

Prólogo por Miguel Carbonell

1

Pensamiento Jurídico
Contemporáneo

Corte Constitucional para el Período de Transición
Quito - Ecuador

Los derechos y sus garantías

Ensayos críticos

Los derechos y sus garantías

Ensayos críticos

Ramiro Ávila Santamaría

Prólogo por
Miguel Carbonell

Quito - Ecuador

Ávila Santamaría, Ramiro

Los derechos y sus garantías: ensayos críticos / Ramiro Ávila Santamaría; prólogo de Miguel Carbonell. 1ª reimp. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012. (Pensamiento jurídico contemporáneo, 1)
320 p.; 15x21 cm + CD-ROM

ISBN: 978-9978-92-996-4

Derechos de autor: 035566

1. Derechos constitucionales. 2. Garantías constitucionales. 3. Derecho constitucional - Ecuador. I. Carbonell, Miguel, prol. II. Título. III. Serie
CDD21: 342.08 CDU: 342.7 LC: KHA3003.A95.2012. Cutter-Sanborn: AV958.

Catalogación en la fuente: Biblioteca "Luis Verdesoto Salgado". Corte Constitucional.

Corte Constitucional para el Período de Transición

Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC)

Patricio Pazmiño Freire
*Presidente de la Corte Constitucional
para el Período de Transición*

Juan Montaña Pinto
Director Ejecutivo del CEDEC

Dunia Martínez Molina
Coordinadora de Publicaciones del CEDEC

Ramiro Ávila Santamaría
Autor

Miguel Romero Flores
Corrector de Estilo

Juan Francisco Salazar
Diseño de Portadas

**Centro de Estudios y Difusión
del Derecho Constitucional**
Av. 12 de Octubre N16-114
y Pasaje Nicolás Jiménez, Edif. Nader, piso 3.
Tels.: (593-2) 2565-177 / 2565-170
www.corteconstitucional.gob.ec
publicaciones@cce.gob.ec

Imprenta: V&M Gráficas
Quito, Ecuador, marzo 2012

Todos los derechos reservados. Esta obra no expresa ni compromete el criterio de los jueces de la Corte Constitucional. Se autoriza su reproducción siempre que se cite la fuente.

Índice

Prólogo	13
<i>Miguel Carbonell</i>	

Presentación	17
<i>Juan Montaña Pinto</i>	

Introducción	21
---------------------------	----

CAPÍTULO 1 LOS DERECHOS

De invisibles a sujetos de derechos: una interpretación desde <i>El principito</i>	27
---	----

I. Introducción	27
II. El principito	29
III. El zorro y el principito: las relaciones de poder	30
3.1. Invisibles	30
3.2. Objeto	36
3.3. Sujetos: el proceso de construcción	40
IV. El adultocentrismo	54
V. Bibliografía	60

Los principios de aplicación de los derechos	63
---	----

I. ¿Qué son los principios?	63
II. Los principios de aplicación de los derechos	66

2.1.	La titularidad de los derechos	67
2.2.	La legitimación activa para la exigibilidad	70
2.3.	La igualdad y la prohibición de discriminación	72
2.4.	Los derechos y las garantías son directamente aplicables	75
2.5.	Todo derecho es justiciable	77
2.6.	Prohibición de restricción normativa	79
2.7.	Aplicación más favorable	81
2.8.	Las características esenciales de los derechos	83
2.9.	Las fuentes de los derechos	85
2.10.	La progresividad	88
2.11.	La prohibición de regresividad	90
2.12.	La responsabilidad del estado	91
III.	Conclusiones	94
IV.	Bibliografía	95

La clasificación de los derechos 97

	Introducción	97
1.	El buen vivir	99
2.	Las personas y grupos de atención prioritaria	101
3.	Las comunidades, pueblos y nacionalidades	103
4.	Los derechos de participación	105
5.	Los derechos de libertad	106
6.	Los derechos de la naturaleza	106
7.	Los derechos de protección	108
8.	Bibliografía	110

Los derechos de la naturaleza: fundamentos 111

I.	Introducción	111
II.	Todos los caminos conducen a Roma	112
2.1.	La dignidad	112
2.2.	El derecho subjetivo	114
2.3.	La capacidad	116
2.4.	La igualdad	117
III.	Estirar los pies hasta donde alcanza la sábana	119
3.1.	La dignidad	120
3.2.	El derecho subjetivo	123
3.3.	La capacidad	125
3.4.	La igualdad	128
IV.	Caminar alegremente hacia la fuente	131

4.1.	La relacionalidad	132
4.2.	La correspondencia	133
4.3.	La complementariedad	135
4.4.	El principio de reciprocidad	136
V.	Del agujero negro al <i>Big Bang</i>	138
VI.	Reflexiones finales	143
VII.	Bibliografía	146

Los derechos sociales y el activismo judicial:

la situación de los Estados Unidos y su jurisprudencia	151
I. Introducción	151
1. Los derechos sociales en los Estados Unidos	154
2. La Corte Warren y vel movimiento de derechos civiles	158
3. El caso Brown v. Board of Education y el derecho a la educación	161
4. Los avatares de los derechos sociales por medio de la cláusula “igual protección de la ley”	166
4.1. Expansión de derechos	167
4.2. Restricción de derechos	170
5. La lucha por los significados y el legado de la Corte Warren	173
II. Bibliografía	176

CAPÍTULO 2 LAS GARANTÍAS

Las garantías normativas como

mecanismo de protección de los derechos humanos	181
I. Introducción	181
II. Elementos de la Constitución de 2008	182
III. Las garantías constitucionales	187
IV. Las garantías normativas	188
4.1. La garantía normativa y los derechos humanos	193
4.2. El alcance de la adecuación normativa	197
4.3. Los refuerzos de las garantías normativas	202
4.4. Las consecuencias de las garantías normativas	204
V. Bibliografía	207

La garantía jurisdiccional:	
la exigibilidad de los derechos del buen vivir	209
I. Introducción	209
II. Los retos	211
2.1. Todas las juezas y jueces son garantes de los derechos	211
2.2. La acción de protección protege todos los derechos, incluso los del buen vivir	215
2.3. La acción de protección es de conocimiento y no cautelar	216
2.4. La conciencia de la realidad de las víctimas	218
2.5. El rol activista judicial y la relación entre la judicatura y otros poderes	220
III. La superación de los obstáculos procesales	223
3.1. Los principios y la interpretación de la ley de garantías	223
3.2. La legitimación activa	224
3.3. La distinción entre derecho ordinario y constitucional	227
3.4. La subsidiaridad	231
3.5. Las políticas públicas	234
3.6. La direccionalidad del proceso, la oralidad y las formalidades	235
3.7. La prueba	238
3.8. El cumplimiento	239
IV. Bibliografía	242

El estado como garante de derechos:	
retos para una nueva institucionalidad	243
I. Introducción	243
II. Ideas preliminares	244
2.1. Elementos constitutivos de la institucionalidad	244
2.1.1. Los saberes	244
2.2. El Derecho	246
2.3. Los órganos	247
2.4. El proceso de construcción de institucionalidad	248
2.5. Los paradigmas de la institucionalidad	249
III. El paradigma liberal y neoliberal	250
3.1. El saber	250
3.2. El Derecho	254
3.3. Los órganos	257
IV. Las crisis del liberalismo	258
V. El paradigma constitucional democrático en tiempos de globalización	261

5.1.	El saber	261
5.2.	Las normas	265
5.3.	Los órganos	268
VI.	Retos	271
VII.	Bibliografía	275
Cultura jurídica y la enseñanza del derecho		279
I.	Introducción	279
II.	La cultura formalista inquisitiva	281
2.1.	La reproducción de la cultura jurídica	293
2.2.	Una cultura alternativa y comprometida	296
III.	El Código Orgánico de la Función Judicial y el llamado a la transformación jurídica	309
IV.	Bibliografía	313
Fuentes de los ensayos		317

Prólogo

En América Latina se ha venido forjando en los años recientes un constitucionalismo de cuño enteramente nuevo. Sobre las bases que formaron en los años setenta del siglo pasado algunos de nuestros autores clásicos, pero utilizando sobre todo a las nuevas teorías constitucionales de Europa y EE. UU., se han vuelto a plantear temas que no habían sido suficientemente desarrollados y se han expuesto cuestiones novedosas, completamente inéditas en nuestro subcontinente.

En la tarea de construir un nuevo constitucionalismo latinoamericano, Ecuador tiene un papel muy relevante, derivado sobre todo de su muy nutrido y aleccionador texto constitucional de 2008, que contiene distintas novedades para el panorama constitucional del continente americano y, me atrevería a decir, del mundo. Ecuador es una muy buena ventana para ver las posibilidades y los límites del neoconstitucionalismo puesto en funcionamiento.

Dentro de la teoría constitucional ecuatoriana, Ramiro Ávila Santamaría ha jugado un papel de enorme importancia, tal como se le ha reconocido dentro y fuera de su país.

Este docente e investigador universitario no solo tiene un compromiso personal con los principales temas del neoconstitucionalismo, sino que ha puesto lo mejor de su empeño para hacer realidad en su país el programa neoconstitucionalista, desde distintos frentes. En efecto, el infatigable talento de Ramiro le ha permitido trabajar desde la sociedad civil, desde el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y desde la trinchera académica

para llevar el discurso neoconstitucionalista a Ecuador, con el único objetivo de ir construyendo poco a poco un moderno Estado constitucional de derecho.

Las inquietudes de Ramiro Ávila Santamaría, que son en realidad las inquietudes de todos los que intentamos hacer teoría neoconstitucional, se ven puntualmente reflejadas en los ensayos que integran la fabulosa obra que el lector tiene entre las manos. En las páginas que siguen hay un marcado interés por el tema de los derechos y garantías.

La preocupación central de Ávila Santamaría creo que puede resumirse de la manera siguiente: hacer que la Constitución funcione, que sea algo más que simple papel mojado, que pueda servir como palanca de cambio democrático y como generador de mejores estándares de vida para todos.

De hecho, las constituciones deben servir para eso precisamente: ofrecer un marco de convivencia basado en nuestros ideales de justicia, de igualdad de trato, de dignidad compartida por todos. Si no son capaces de aproximarnos al menos hacia esos objetivos, no están sirviendo para lo que deberían servir y por tanto carecerán de legitimidad social.

Pero la gran pregunta del constitucionalismo del siglo XXI no es respecto de los objetivos, que son compartidos ampliamente por los especialistas y por la ciudadanía en general. La cuestión que nos debe ocupar y preocupar es cómo hacer realidad esas fantásticas promesas que ya tenemos escritas en constituciones y tratados internacionales de derechos humanos. Esa cuestión nos conduce de forma inequívoca hasta el tema de las garantías, entendidas en un sentido muy amplio como los medios establecidos para prevenir o reparar una violación constitucional (la cual puede darse por actos o por omisiones).

Ramiro Ávila Santamaría nos ofrece en este libro penetrantes análisis sobre el tema de las garantías. Me aventuro a suponer que su dedicación al tema no proviene solo de su formación jurídica, de enorme rigor y profundidad como lo demuestran sus textos, sino de una sólida convicción ciudadana. Ramiro sabe que en América Latina hemos sido muy ricos en textos constitucionales (Ecuador representa incluso un caso extremo, dada la permanente renovación de constituciones que han tenido en las décadas recientes); pero esa riqueza normativa se ha visto históricamente

correspondida con una realidad que desmiente uno a uno y de forma permanente los mandatos constitucionales. Tenemos buenas constituciones, pero realidades desesperanzadoras.

¿Cómo transformar esas terribles realidades utilizando la Constitución? La respuesta consiste, en parte, en construir buenos sistemas de garantías, que puedan ser utilizados como palancas para impulsar a la Constitución desde las hojas en las que está escrita hasta la realidad cotidiana de nuestros países latinoamericanos.

Desde luego, en lo anterior es probable que todos estemos de acuerdo. Las dificultades surgen en el momento en que queremos hacer operativas las garantías. Y eso nos lleva hacia un terreno que estimo que no ha sido debidamente analizado por la teoría neoconstitucionalista (con la obvia y muy conocida excepción de Robert Alexy). Me refiero al tema de la argumentación jurídica y en general de la construcción discursiva necesaria para hacer valer la Constitución.

Si queremos que los mandatos constitucionales se hagan realidad, debemos ser capaces de construir “buenas razones”. Razones que defiendan derechos fundamentales frente a la arbitrariedad de los poderes públicos y de los poderes privados. Razones que les permitan a los ciudadanos advertir el significado de cada norma constitucional. Razones que movilicen conciencias y generen impactos políticos concretos. En fin, razones para defender la democracia constitucional y su sistema de vínculos y límites.

Una buena argumentación es necesaria siempre en materia jurídica. Pero es importante en cuestiones constitucionales debido al carácter especialmente abierto y a veces indeterminado de las cartas magnas. Hay muchas cuestiones que los redactores de las constituciones no dejan resuelto y entonces se hace imprescindible (esencial, vaya) ir construyendo deliberativamente buenos argumentos para hacer realidad lo que pensaron los constituyentes, es decir, para poder tomar a nuestras constituciones en serio, según la conocida fórmula de Ronald Dworkin que tanto le gusta repetir a Luigi Ferrajoli.

Un papel indispensable para hacer realidad y tomar en serio las constituciones tiene que ver con la cultura jurídica. El primer requisito para poder aplicar una Constitución es conocerla; estar al tanto de su contenido, sus significados, su alcance. De ahí que uno de los elementos fundamentales de

desarrollo del neoconstitucionalismo sea precisamente la renovación teórica que nos ofrecen autores tan informados y rigurosos como Ramiro Ávila Santamaría.

Por varias de sus obras y aportaciones anteriores el constitucionalismo de América Latina le debía mucho a Ramiro; ahora la deuda se ve incrementada de forma notable con esta nueva aportación, que nos llena de luz y de esperanzas sobre el porvenir de nuestro constitucionalismo en América Latina. Si en nuestros países hay personas tan brillantes y comprometidas como Ramiro, entonces es seguro que el futuro tendrá que ser mejor. Ojalá así sea.

*Miguel Carbonell**
Coyoacán, México Distrito Federal

* Doctor en derecho, Universidad Complutense de Madrid, España. Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Presentación

El Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC) de la Corte Constitucional ecuatoriana tiene entre sus funciones primordiales difundir el pensamiento jurídico y los debates teóricos que sustentan el proyecto de construir una democracia constitucional sólida en nuestro país.

Para ello se ha creado al interior del CEDEC un área de publicaciones y se han definido líneas editoriales particulares. Esta área tiene varios objetivos entre los cuales puedo resaltar la divulgación, en el medio ecuatoriano, de la obra y el pensamiento de autores que aportan elementos importantes a la construcción de un constitucionalismo democrático en América Latina y Ecuador; así mismo el área de publicaciones del CEDEC busca fomentar la publicación de los estudios de jóvenes investigadores ecuatorianos que comienzan su vida académica, que normalmente, por la precariedad de nuestro medio, no cuentan con un espacio adecuado para divulgar sus planteamientos; también quiere publicar y difundir entre el público general los materiales que el CEDEC utiliza en su labor de formación, capacitación y divulgación de los valores y principios que sustentan el estado constitucional de derechos y justicia.

Ese Estado constitucional ecuatoriano, tal como lo plantea la Constitución, lejos de ser un modelo social y político sin progenie, como lo plantean algunos comentaristas,¹ tiene muchos padres y madres responsables

1 Martínez Dalmau, Rubén. “Constitucionalismo sin padres y el proyecto de Constitución de Ecuador”. *Rebelión*, 09/09/2008.

de la criatura, que dan cuenta de multitud de razones y procesos tanto estructurales como coyunturales que poco a poco dieron cara a lo que hoy es la Carta fundamental más ambiciosa y avanzada de la región.

Entre los motivos estructurales del cambio constitucional vivido en el país en estos últimos años, se pueden citar, entre otros, el fracaso del modelo político oligárquico-empresarial y corporativo que dominó en el país en los últimos 25 años, la urgencia de *reinstitucionalizar* un Estado devastado por el tsunami del neoliberalismo criollo, o la necesidad de organizar la sociedad y el Estado sobre nuevos pilares éticos y estéticos relacionados con la vigencia efectiva y la materialización del discurso de los derechos humanos. En cuanto a las causas coyunturales, algunas como la participación concreta en el proceso constituyente de determinadas teorías, agendas, colectivos y personas que le imprimieron a la Constitución, en lo bueno y en lo malo, el estilo, el talante y las formas que al final tiene.

Aparte de las agendas feminista, ambientalista o neodesarrollista, una de las teorías jurídicas y de las agendas políticas más influyentes en el proceso constituyente de Montecristi fue justamente las aportaciones del neoconstitucionalismo, cuyos presupuestos influyeron en buena parte del texto constitucional, particularmente en la visión que ahora tenemos de los derechos y las garantías.

Una de las personas que con mayor entusiasmo, en su calidad de asesor, realizó en la Constituyente esta tarea de divulgación del neoconstitucionalismo en Ecuador es Ramiro Ávila Santamaría. Como muchos conocerán, la vida académica de Ramiro está marcada por la coherencia, en un medio, como el ecuatoriano, donde esos atributos suelen ser poco frecuentes. La militancia de Ramiro en aras de hacer del Ecuador un país más decente sobre la base del discurso de los derechos humanos que se plasma fundamentalmente en sus escritos y su cátedra universitaria son reseñables; todavía falta que ese discurso tenga un reflejo en las prácticas institucionales y en la vida cotidiana.

Sin embargo, desafortunadamente, su pensamiento y su acción divulgadora no han tenido el alcance que probablemente merezcan, justamente por el interés relativamente marginal y excesivamente especializado que este tipo de cuestiones suelen despertar en nuestro medio. En el caso de la obra de Ramiro, a pesar de su valor teórico y la utilidad práctica que

pueden llegar a tener si se aplican, el hecho de que se encuentre desperdigada en innumerables libros y revistas de muy escasa difusión más allá de las aulas universitarias, ha impedido que se le valore adecuadamente y se conozcan y discutan con seriedad y profundidad sus planteamientos.

En ese sentido, el valor del libro inaugural de la serie, *Pensamiento Jurídico Contemporáneo*, dedicado a la obra jurídica de Ramiro Ávila Santamaría, es justamente que se trata de un primer esfuerzo de recoger y ordenar los materiales teóricos del autor sobre temas tan relevantes como los derechos y las garantías.

Más allá de estar o no de acuerdo con muchas de las cosas que Ramiro nos propone, en mi caso particular, abrigo algunas dudas en cuanto a la posibilidad real de que los planteamientos del neoconstitucionalismo europeo puedan ser utilizados sin que medie proceso alguno de adaptación a las realidades sociales y políticas nuestras; es obvio, que antes de llegar a ese punto del análisis es necesario conocer verdaderamente la obra del autor, cuyos conceptos, como ocurre con otros juristas nacionales y extranjeros, son en general muy citados pero en realidad poco conocidos, estudiados y comprendidos.

Por todo ello, quienes conformamos el equipo del Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional de la Corte Constitucional (CEDEC) esperamos acertar en la selección de nuestro primer invitado y que su obra, recopilada en este libro, tenga la acogida y el debate que merece.

Así sea.

*Juan Montaña Pinto**

Director del Centro de Estudios
y Difusión del Derecho Constitucional

* Abogado y especialista en derecho público, Universidad de Externado de Colombia; especialista en derecho constitucional y ciencia política, Centro de Estudios Constitucionales de Madrid; diplomado de estudios avanzados en derechos fundamentales, Universidad Autónoma de Madrid; máster en historia del derecho, Universidad Messina; doctor en derecho constitucional, Universidad de Alicante. Actualmente, director ejecutivo del Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC). Correo electrónico: *biofilopanclasta1971@gmail.com*

Introducción

Los textos constitucionales del siglo XXI no son fáciles de comprender. Un jurista tradicional, acostumbrado a describir leyes y familiarizado con el derecho privado, rechaza sin mayores argumentos constituciones como la ecuatoriana, boliviana o venezolana. Estas constituciones son fuertemente materializadas y los derechos que reconocen responden a sentidas luchas y reivindicaciones sociales. Más allá de las coyunturas políticas, estos textos plantean importantes desafíos teóricos y prácticos. Entre otros, importa la comprensión de las nuevas instituciones, la apropiación de la Constitución y, finalmente, su efectiva aplicación. De esos retos, y de manera harto insuficiente, apenas puedo intervenir en el primero.

Mi dedicación a la academia me permite acceder a literatura jurídica especializada, investigar, reflexionar y compartir mis lecturas en clase. Esta dedicación es, sin duda, privilegiada en un contexto donde los libros actuales y críticos son poco accesibles y donde los juristas en su gran mayoría tienen que preocuparse por el ejercicio profesional para subsistir. A pesar de este privilegio, el tiempo para escribir es escaso, además de ser un ejercicio que requiere mucha paciencia y concentración. Lo que se logra en nuestro medio es escribir ensayos, que tienen que ver con ponencias y con artículos para revistas. Estos lamentablemente se publican de manera dispersa y, a la postre, son poco accesibles. De ahí la importancia de agruparlos en un solo texto.

Los ejes conductores de este libro son los derechos y las garantías. En el capítulo *Los derechos* encontramos tres ensayos que tratan sobre fundamentos y principios. En el primero, “De invisibles a sujetos de derechos:

una interpretación desde *El principito*, se hace un análisis sobre la evolución de las interrelaciones entre seres humanos, que van desde la indiferencia, pasando por el sometimiento hasta el respeto que implica la consideración del otro ser como titular de derechos, desde la maravillosa metáfora que ofrece la escena del zorro con el niño rubio venido de otro planeta. En el segundo ensayo, “Los principios de aplicación de los derechos”, se aborda uno de los ejes más importantes de la teoría del derecho neoconstitucional: los principios; se brindan algunos elementos conceptuales y se describen los principios que inspiran la teoría moderna de los derechos humanos. El tercer ensayo, “La clasificación de los derechos”, trata sobre la ruptura constitucional con la clasificación tradicional de derechos civiles, políticos, económicos y culturales, que significó la postergación de la exigibilidad de los derechos sociales. El cuarto ensayo, “Los derechos de la naturaleza: fundamentos”, trata sobre una de las más importantes innovaciones del constitucionalismo ecuatoriano, que es un hito y un aporte al constitucionalismo mundial: los derechos de la naturaleza; en este ensayo se exploran varias formas de fundamentación del derecho, desde la que niega, que es la mayoritaria en el mundo jurídico tradicional, hasta la que implica un acercamiento intercultural, que consideramos la adecuada.

Para finalizar este capítulo, incluyo un análisis de los derechos sociales y el activismo judicial que hace especial referencia a la situación de Estados Unidos y su jurisprudencia.

En el capítulo *Las garantías* se recogen cuatro ensayos. El derecho constitucional ecuatoriano aporta una vez más al constitucionalismo contemporáneo, al desarrollar de manera integral el tema de las garantías para hacer efectivos los derechos. En el texto constitucional consta que todo el estado es garante de derechos y que todo poder, público y privado, está limitado y vinculado por ellos.

En el primer ensayo de este capítulo titulado “Las garantías normativas como mecanismo de protección de los derechos humanos”, se teoriza sobre las garantías que la Constitución ha denominado “normativas”, que el profesor Ferrajoli las llamó primarias, que ha tenido poco eco y debate en nuestro medio. En el segundo ensayo, “La garantía jurisdiccional: la exigibilidad de los derechos del buen vivir”, se afrontan algunos problemas

que se pueden encontrar al resolver derechos del buen vivir, tanto en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional como en la práctica. En el penúltimo ensayo, “El estado como garante de derechos: retos para una nueva institucionalidad”, se resalta la necesidad de la teoría, la presión social y la renovación de la institucionalidad para garantizar derechos. Resulta lamentable que sigamos con instituciones que respondieron a necesidades de los propietarios y liberales de hace doscientos años. El reto es construir nuevos paradigmas teóricos, nuevas prácticas y nuevas instituciones. De lo contrario, la Constitución será solo un texto escrito. Finalmente, se cierra el libro con un ensayo que forma parte de lo que se denomina metagarantía, “Cultura jurídica y la enseñanza del derecho”, que de alguna manera intenta comprender el porqué de la distancia entre el derecho, la sociedad y la realidad y, a la postre, explica el conservadurismo y formalismo que nos caracteriza a los juristas.

Los ensayos pretenden tener algunas características en común. En primer lugar, recogen doctrina actual, que da cuenta de algunos textos que son importantes conocerlos para comprender el fenómeno del constitucionalismo contemporáneo. En segundo lugar, se trata de incorporar conocimientos y aportes de otras disciplinas, como la literatura, los estudios de género y la sociología del derecho. En tercer lugar, se pretende ser crítico, en el sentido de brindar aportes que contribuyan a la emancipación a buscar la realización de los derechos y la transformación social.

Las limitaciones, como se podrá apreciar, son muchas. Resta por explorar otras implicaciones que trae la Constitución y que no se abordan en este libro. No se trata, por ejemplo, sobre otras instituciones e innovaciones, como el contenido de los derechos, las garantías de políticas públicas, las garantías jurisdiccionales específicas, el modelo de desarrollo, la organización del estado, el control de constitucionalidad. Ojalá podamos algún momento seguir aportando teóricamente y según nuestras posibilidades para consolidar el estado constitucional de derechos y justicia.

Agradezco a quienes me motivaron para que esta publicación se haga realidad, a la Universidad Andina Simón Bolívar y a mis colegas que me ofrecen un espacio privilegiado para la discusión; a Juan Montaña, director del Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC) de la Corte Constitucional por creer en este trabajo y apoyar

su publicación; a Dunia Martínez por su compromiso en difundir ideas y por la dedicación en la edición de este libro y a la Corte Constitucional que lo hace posible.

Para finalizar, me permito decir que no estoy conforme con la realidad de nuestro país y región. Me encantaría poder servir de manera más cercana y eficaz a la gente y a la naturaleza que sufre cotidianamente las violaciones de derechos. Pero esto es lo que, con todas mis limitaciones y contradicciones, puedo ofrecer. Espero que estos ensayos sirvan para que alguien, con más poder, imaginación y compromiso, pueda continuar en la lucha por un mundo más justo y armonioso, que es exactamente lo que promete nuestra Constitución.

Ramiro Ávila Santamaría

Capítulo 1

Los derechos

De invisibles a sujetos de derechos: una interpretación desde *El principito*

A mi Nina, mi Manuela y mi María Eugenia

I. Introducción

Tres hechos marcaron mi entrada al mundo de los derechos humanos: el descubrir la cruel realidad en la que viven los presos sin sentencia cuando trabajé en el Consultorio Jurídico Gratuito de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE) de la Calle Ambato (cuando estudiante); el involucrarme en el caso conocido como “Putumayo”, que trataba sobre once quichuas campesinos detenidos arbitrariamente, torturados y acusados de ser guerrilleros (cuando estaba recién graduado), y el trabajar en Defensa de los Niños Internacional en un proyecto de atención interdisciplinaria en casos de abuso sexual y maltrato (1993, en mis primeros años de ejercicio profesional).

Esta última experiencia contribuyó a desarrollar teóricamente un discurso relacionado con lo que se denominó como *doctrina de la protección integral*, que se desprendía de la Convención de los Derechos de los Niños, y que sustentaba el recientemente aprobado Código de la Niñez y Adolescencia. Esa doctrina la oponíamos a la *doctrina de la situación irregular*, que –decíamos– debía ser superada tanto en la teoría y en el sistema jurídico, como en la práctica.

Ese discurso repetido insistentemente en múltiples espacios, y en algún momento incluso en alguna clase sobre derechos de los niños en la

Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE), se publicó en la *Revista Ruptura*, en el año 1995, bajo el título de “Derechos de los niños/as: de la situación irregular a la protección integral”. Sin duda no era el mejor ensayo ni el más elaborado sobre el tema escrito en la región, pero sistematizaba lo que había leído al momento y lo que se decía por parte de nuestro equipo de trabajo.

Algunos años más tarde (2002), en un Congreso regional sobre maltrato infantil, volví a tratar el tema pero con una variación: el protagonista era *el principito*. Coincidió que cuando me invitaron a dar la charla estaba leyendo este libro y se me ocurrió asociar las doctrinas mencionadas con la historia de “el principito y el zorro”. El cuento y la asociación, de ahí en adelante, la volví a repetir en mis clases de Teoría General de los Derechos Humanos en la Universidad Andina Simón Bolívar e hice algún esbozo sobre su aplicación en un texto básico y no satisfactorio que lo publicó el Consejo de la Niñez y Adolescencia.¹

Después de haber vivido muchas experiencias y haber leído muchos libros, para sacarme ese clavo de no haberlo escrito antes. Ahora intentaré plasmar mis interpretaciones a esa historia de “el principito y el zorro”. Seguro será muy diferente a cómo lo interpreté la primera vez y espero que sea útil, como ha sido aleccionador y divertido exponerlo en clases.

La estructura de este ensayo está dividida en tres partes. La primera será una breve introducción (un resumen) sobre quién es el principito; en una segunda parte se abordará la clásica interpretación de la relación entre el principito y el zorro, dividida en tres secciones: invisible, objeto y sujeto. El relato siempre ha tenido una explicación de las relaciones interpersonales, que podría aplicarse para toda relación de poder (adulto-niño, hombre-mujer, patrono-obrero...) y creo que podría también ser útil para explicar relaciones entre ciudadano y estado, y eso intentaremos a lo largo del texto. Finalmente, una tercera parte que rescatará del principito lo que podría considerarse “el adultocentrismo”.

1 Ávila Santamaría, Ramiro. *Módulos de capacitación*. Quito, Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia, 2008.

II. El principito

El principito, un ser completamente extraordinario, que miraba gravemente, con una vocesita extraña y que siempre que pregunta espera una respuesta, vivía en un planeta en alguna parte del universo, que no era más grande que una casa (el asteroide B 612). Su mundo era casi perfecto. Tenía placeres que se podían multiplicar, como ver un atardecer varias veces durante el día con solo mover una silla hacia delante (hasta cuarentaitrés veces); tenía responsabilidades, y por tanto era importante, como limpiar su planeta de las semillas que llegaban y que podían ser de baobabs, sacar la ceniza de sus volcanes para que no exploten y cuidar de su rosa caprichosa y hermosa al mismo tiempo. Pero había algo que no tenía y que le era necesario: un amigo.

Un día, aprovechando la migración de pájaros silvestres, salió en su búsqueda. Quien le dio el empujoncito para salir de su planeta fue, precisamente, quien menos pensó. La rosa, que siempre decía que tenía que ser cuidada del viento y de los animales, le enseñó que hay que hacer las cosas que se deciden. ¿Y el viento? Le preguntó el principito. Me encantará sentir la brisa, soy una rosa. ¿Pero los animales? No importa —siguió la rosa— si son orugas me encantará ver mariposas y si son animales más grandes, tengo las espinas que son mis garras. Y el principito se fue.

Tenía que llegar a algún lugar en donde encontrar amigos, y visitó siete planetas para instruirse. Conoció un planeta donde había un rey que necesitaba súbditos pero que sabía mandar razonablemente; otro planeta donde había un vanidoso que requería admiradores y que solo sabía oír alabanzas; pasó por otro planeta donde había un bebedor que tenía vergüenza de todo; el cuarto planeta era habitado por un hombre de negocios que tenía millones de millones de estrellas que no sabían que tenían dueño; en el quinto planeta había un farolero que tenía el oficio terrible de apagar y encender faroles; en el sexto planeta habitaba un anciano geógrafo que registraba océanos, ríos, montañas pero que no los conocía porque no era explorador. Cargado ya de nostalgia y un poco cansado de conocer adultos que solo viven para sí mismos, salvo el farolero, preguntó al geógrafo por un lugar que valga la pena visitar. “El planeta Tierra —le respondió el geógrafo— tiene buena reputación”. Y el principito, pensando en su flor, partió hacia la Tierra, el séptimo planeta.

En la Tierra hay miles y a veces millones de reyes, vanidosos, bebedores, faroleros, geógrafos y posiblemente amigos. Llegó a la Tierra con tan mala suerte que cayó en un desierto de África. El primer ser que encontró fue la enigmática serpiente, delgada como un dedo y más poderosa que un dedo de rey, a quien confesó que se sentía solo y que buscaba seres humanos, y esta afirmó que entre seres humanos también se pueden sentir solos. La serpiente será el último ser que encontrará en la Tierra. Luego, encontró una flor que alguna vez había visto seres humanos a lo lejos en una caravana y que no sabía dónde encontrarlos. Subió a una montaña, que repetía todo lo que gritaba y que le parecía poco original. Caminó y caminó por arenas, rocas y nieves. Encontró un huerto lleno de rosas, todas parecidas a su rosa, y se dio cuenta de que aunque parecida a su rosa, todas eran diferentes. Se tendió sobre la hierba y lloró.² Fue *entonces cuando apareció el zorro...*³

III. El zorro y el principito: las relaciones de poder

3.1. Invisibles

—Buenos días —dijo el zorro.

—Buenos días —respondió con cortesía el principito, volviéndose pero sin ver nada.

Así comienza el capítulo XXI, que trata la historia del principito con el zorro. Antes del saludo, el principito era invisible para el zorro. Existían pero no trascendían. No había relación. Sin el saludo, el zorro

2 Mientras escribo, pienso que no tiene mucho sentido resumir el libro y peor desentrañar el mensaje del pasaje entre el zorro y el principito. Creo que lo único que se logra es arruinar la historia y, sobre todo, dar una interpretación que puede ocultar o impedir que salgan a flote otras lecturas. A mí me ha pasado que cada vez que leo *El principito*, algún mensaje nuevo y diferente puedo extraer. Ofrezco disculpas por los cortes, siempre bruscos, a la historia y siempre queda el derecho de tomar el libro *in comento* y disfrutarlo.

3 En adelante todas las citas sobre *El principito*, que serán transcritas textualmente en cursivas, son extraídas de Antoine de Saint-Exupéry. *El Principito-Le Petit Prince*. Trad. Joëlle Eyhéramonno. Madrid, Enrique Sainz Editores S.A., 1994.

seguramente hubiera dejado de ser un personaje del libro. Cuesta reconocer, pero inevitablemente esta es la regla en las relaciones humanas. Solo imagínese usted, apenas sale de su casa u oficina, cuántas personas encuentra por su camino, que manejan los autos, que cruzan la calle, que dirigen el tránsito, que manejan bicicleta, que entran a restaurantes, que salen de almacenes, que toman bus... No sabemos quiénes son ni nos importa. Nadie toma la iniciativa y hasta parecería que no hace falta. Alguien de ellos o ellas morirá en pocos minutos, sabrá que tiene cáncer en pocos meses, se convertirá en padre, encontrará el amor de su vida, le entregarán el premio al mejor trabajador, se graduará del colegio, recibirá su primer sueldo, tendrá el financiamiento para comprar su casa, decidirá estudiar en el extranjero, pensará que el perro es su mejor amigo, comparará a su esposa con su madre, estará satisfecho consigo mismo, escogerá la mejor forma de suicidarse... Somos invisibles para ellos y ellos son invisibles para nosotros, su vida no importa y la nuestra a ellos tampoco.

La historia está llena de personajes, la mayoría de ellos invisibles. Se dice que Philippe Aries,⁴ para reconstruir la historia de la infancia tuvo grandes problemas al no encontrar recuento por parte de los historiadores tradicionales.⁵ Recurrió, entonces, a otras fuentes, entre ellas la Biblia y la pintura. En la primera se puede constatar que simplemente los niños y niñas no aparecen, y cuando lo hacen están en situaciones extremas: son personajes elegidos o divinos. Lo triste es que los elegidos aparecen en situaciones que hoy consideraríamos graves violaciones a los derechos humanos y hasta delitos contra la humanidad. Piénsese, por ejemplo, en José que fuera vendido por sus hermanos, en Moisés abandonado en el río Nilo en una canasta, en Abraham que iba a matar a su hijo Isaac en sacrificio de fe en la cima de una montaña, en la masacre de los inocentes⁶ para

4 Véase Ariès, Philippe. *El niño y la vida familiar en el Antiguo Régimen*. Madrid, Editorial Taurus, 1987.

5 Véase sobre una bien documentada y sintética reconstrucción de la historia de la infancia, que incluye el desarrollo de los derechos de los niños y niñas en el derecho internacional, Simon, Farith. *Derechos de la niñez y adolescencia: la Convención sobre los Derechos del Niño a las legislaciones integrales*, t. I. Quito, Editora Jurídica Cevallos, 2008, pp. 31-47.

6 La masacre de inocentes, al igual que todos los tratos crueles a los niños, no tienen en la biblia un rechazo moral por parte de quienes escriben el texto, simplemente porque era normal o no era censurable vender, maltratar, abandonar o matar niños y niñas. Un relato particularmente sensible sobre lo que podría haber sido esa masacre, lo encontramos en Saramago, José. *El evangelio según Jesucristo*. Madrid, Alfaguara, 1991.

evitar que nazca Cristo y el Niño Dios. De este último, para confirmar la invisibilidad, se sabe apenas el nacimiento y una escena con los sabios de la ley, a los doce años, del resto de su vida nada. En la pintura, los niños no aparecen porque simplemente no son tomados en cuenta. Cuando aparecen, lo hacen como si fuesen adultos chiquitos, como ángeles y ya bien entrada la modernidad comienzan a ser retratados. Esto refleja que en la historia fueron invisibles. Lo mismo de la invisibilidad se puede predicar de las otras diversidades. La historia tradicional siempre se ocupó de las personas que tienen poder y lo ejercen, como presidentes, monarcas, reyes, incas, faraones, que eran no casualmente hombres y ricos. Construir la historia desde la perspectiva de las personas sin poder y diversas, sigue siendo una tarea pendiente.⁷

Pero también hay invisibilidades estructurales, que son muy preocupantes, y que tienen que ver con sociedades como las nuestras que producen y perennizan situaciones de exclusión social y económica, derivada de niveles extremos de desigualdad. En palabras de Vilhena:

[...] la invisibilidad aquí significa que el sufrimiento humano de ciertos segmentos de la sociedad no causa una reacción moral o política en los más beneficiados y no dispara una respuesta legal en los funcionarios estatales. La pérdida de vidas humanas o la ofensa a la dignidad de los pobres, si bien se informa y se reconoce extensamente, es invisible en el sentido de que no da lugar a una reacción política o jurídica ni estimula un cambio social.⁸

Pasemos revista, muy brevemente, a dos cifras, que suelen esconder el rostro y que no describen el dolor humano de seres que están atrás de cada número 6 800 niños y niñas mueren cada año en Ecuador, “cifra

7 El primer libro que leí sobre ese esfuerzo de construir la historia desde quienes están en situación de vulnerabilidad o de víctimas de genocidios y etnocidios, fue de Eduardo Galeano, *Las venas abiertas de América Latina*; y otro libro maravilloso que reconstruye la historia desde los indígenas, los obreros, las mujeres y otros personajes invisibilizados es Howard Zinn, *People History of United States*. También es interesante la serie en cuatro tomos denominada *A history of women*, editada por Pauline Schmitt. Ese esfuerzo también puede verse, a escala nacional, en *Nueva Historia del Ecuador* de Enrique Ayala Mora y *Las Mujeres en la independencia* de Jenny Londoño.

8 Vilhena Vieira, Oscar. “Desigualdad y Estado de Derecho”. *Sur Revista Internacional de derechos humanos* (São Paulo) 6.4 (2007): 42-43.

comparable con las víctimas de huracanes y terremotos”,⁹ cada año mueren 140 000 personas por homicidios en Latinoamérica,¹⁰ la mayoría de estos son jóvenes y además pobres. Estas vidas perdidas no han generado ningún tipo de responsabilidad, si uno compara el número de condenados por homicidio y el número de muertes sucedidas. Este panorama es más dramático si consideramos la violencia ejercida por el estado contra las personas, por medio de mecanismos como las ejecuciones extrajudiciales, las desapariciones, la tortura y demás graves violaciones de los derechos humanos,¹¹ que han arrojado cifras alarmantes, como 200 000 muertes en Guatemala o 75 000 muertes en Perú. La misma invisibilidad se puede percibir en cuanto a la naturaleza como ser vivo; por ejemplo, los árboles se convierten en pies cúbicos de madera y las raíces se vuelven invisibles al carecer de utilidad económica.¹²

En términos institucionales podríamos afirmar que existe total impunidad por parte del estado ante esas muertes, y en términos personales esas cifras y esa realidad no despierta nuestra capacidad de compasión y solidaridad. Es decir, tanto para el estado como para las personas esas vidas no tienen valor alguno, son invisibles.

Algunos, como el zorro, se hacen notar, a veces de manera amable y otras desagradable, saludan, ceden el puesto, pitan, casi atropellan aun cuando uno va por el paso cebra, insultan, extienden la mano para cobrar el peaje, piden licencia, venden baratijas en las esquinas de las calles, dan la hora, informan cuando se les pregunta, cometen infracciones penales... Sin embargo, siguen siendo invisibles. En la historia, nuestros protagonistas no se permitieron, al menos por unos momentos, seguir su camino.

Con el zorro la relación comienza, y este hecho no es poca cosa. Como veremos, el principito tiene de inicio la ventaja de tener apariencia humana y el zorro, al ser un animal, es perseguido por cazadores. A pesar de esa

9 Unicef. “Ecuador–Panorama general”. Internet. <http://www.unicef.org/ecuador/overview.html>. Acceso: 23 abril 2010.

10 Carrión, Fernando. “La violencia latinoamericana”. Internet. http://www.flacso.org.ec/docs/ftc_violencialatino.pdf. Acceso: 23 abril 2010. Las cifras corresponden al BID, al año 2001.

11 Véase Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Muertes anunciadas*, 1993.

12 Gudynas, Eduardo. *El mandato ecológico. Derechos de la Naturaleza y políticas ambientales en la nueva Constitución*. Quito, Abya-Yala, 2009, p. 68.

situación dispareja, el zorro llama la atención al posible cazador. Cuando uno mira, ligeramente, la historia de los derechos humanos y las grandes conquistas sociales por mejores condiciones de vida, uno puede sacar una constatación: quienes tienen poder no ceden de buena gana y por su propia iniciativa, y quienes se hacen escuchar son aquellas personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad. Ejemplifiquemos con algunos hitos históricos. En la Revolución francesa, la aristocracia tenía el poder político y tuvo que ceder frente a la presión de la burguesía ilustrada, vulnerables políticamente al momento, que promovió la caída de la monarquía y el sometimiento del poder a las leyes diseñadas por la clase política emergente. En las reformas sociales de la primera mitad del siglo pasado, los empresarios y los dueños de los medios de producción ceden ante la lucha por mejores condiciones laborales de los obreros, que manifestaron su voz por medio de huelgas y protestas. En los EE. UU., el poder hegemónico de los *blancos* sobre los afrodescendientes, que habían instaurado prácticamente un régimen de *apartheid* en el que los espacios públicos estaban claramente marcados y diferenciados en detrimento de los segundos, el movimiento de derechos civiles se hizo escuchar mediante manifestaciones pacíficas. Algo parecido sucedió en la India, con el movimiento liderado por Gandhi ante el poder dominante inglés, que monopolizaba la sal, la industria textil y el control político, por medio de manifestaciones pacíficas los hindúes lograron no solo ser escuchados, sino hasta su independencia.¹³ Las mujeres, por su lado, también se hicieron escuchar acercándose a votar, matriculándose en universidades, demandando judicialmente, huyendo de sus casas, reclamando espacios que eran reservados solo para los hombres.¹⁴ En Ecuador, por citar un ejemplo, los indígenas son quienes levantan la voz para ser escuchados y hacer notar sus injustas condiciones de vida.¹⁵

Por su parte, el *buenos días* del principito es la típica respuesta que se dice inconsciente y monótonamente. Contesta sin decir nada. Recuerdo

13 Véase Collins, Larry y Dominique Lapierre. *Esta noche la libertad*.

14 Sobre las reivindicaciones del feminismo, véase Ávila Santamaría, Ramiro, Judith Salgado y Lola Valladares. *El género en el derecho: ensayos críticos*.

15 En 1991, los indígenas se tomaron pacíficamente algunas iglesias de Quito y, por primera vez en nuestra historia, se logran sentar en una mesa con el Presidente de la República.

un cuento en el que el niño escuchaba el llamado de un libro y tiene la tentación de no escuchar o contestar sin significar: “No era cosa de hacer lo mismo que los mayores, con sus irritantes “sí, claro”, esa frase que solía querer decir “ni te oigo”.¹⁶

El zorro toma la iniciativa, como lo hicieron los burgueses, los obreros, campesinos, los afrodescendientes, los colonizados, las mujeres, los indígenas, los niños y las niñas.

—Estoy aquí, bajo el manzano —dijo la voz.

El zorro es un animal que come gallinas y que huye de los seres humanos porque, al comer lo mismo, son cazados. En la cabeza del principito no hay representación del zorro, no tiene categorías para verlo, es invisible, no existe; en la del zorro, en cambio, el principito es un ser humano que puede matarlo. En estas relaciones, como en cualquier otra, existen contextos que ayudan a entender las dinámicas sociales. El principito es un ser, con apariencia humana desde la mirada del zorro, que aburrido de su vida en su planeta siente la necesidad de tener amigos, no conoce en su vida nada más que tres volcanes, una rosa, algunos adultos egoístas y una serpiente, está triste y hasta acaba de llorar pocos minutos antes del encuentro. Hay, en suma, una relación de poder. El zorro está en desventaja y también tiene más de una razón para tener miedo.

El manzano es un elemento importante en este momento de la construcción de la relación. Si el zorro y el principito estuviesen en igualdad de condiciones, el zorro no se hubiere escondido tras el árbol. El manzano es un mecanismo de defensa ante la posible amenaza de un humano cazador. El manzano, además, impide que el otro lo vea aunque lo puede escuchar.

El manzano es el miedo, el anonimato, el elemento que esconde la identidad pero que no impide el reclamo de atención. No es casual que muchas mujeres, ante el rechazo de los hombres, tuvieran que escribir con seudónimos para poder ser leídas sin censura. Este fue el caso de Amandine Aurore Lucie Dupin, escritora francesa que escribió bajo el

16 Moure, Gonzalo. *El oso que leía niños*. Madrid, Ediciones S.M, 2000, p. 47.

seudónimo de George Sand, que le haría famosa.¹⁷ Tampoco es casual que, ante un empresario o una empresa, las personas tengan que asociarse con otras para poder reclamar, sabiendo que si salen del manzano pueden ser despedidas. Cuando los medios de comunicación no recogen la voz de algunos grupos, aparecen *grafitti* en las paredes con mensajes que no difunden los periódicos ni los noticieros. El chisme y hasta el chiste también suele ser un mecanismo parecido al manzano para expresar descontento.¹⁸ Sin el manzano, muchas veces no habría forma de expresarse. El manzano es, pues, el panfleto o libro sin firma o con seudónimo, el comité de huelga, el grafito, el chisme y el chiste, y mil formas más que buscan medios de expresión que, de otra manera, sería anulada o no sería emitida.

Como no se conocen el principito y el zorro, conviene tomar precauciones. Lo importante es ser escuchado. Después de la primera escucha pueden presentarse tres escenarios: continúa siendo invisible, establecen una relación y le consideran un objeto o le tratan como sujeto.

3.2. Objeto

—¿Quién eres? —dijo el principito—. Eres muy bonito...

—Soy un zorro —dijo el zorro.

—Ven a jugar conmigo —le propuso el principito—, ¡estoy tan triste!

El principito hace una pregunta que puede tener una respuesta muy simple, si se trata solo de identificarse, o harto compleja si lo que está buscando es la esencia de un ser. Al parecer, por los comentarios del principito y por su invitación, no le interesaba realmente la respuesta. Algo así nos sucede cuando nos encontramos con un conocido y le preguntamos “cómo estás” y la respuesta es “bien”, aunque la verdad es que no nos

17 Montero, Rosa. “George Sand, La plenitud”. *Historia de mujeres*. Madrid, Santillana Ediciones, 2007, pp. 152-153.

18 James Scott le llama a esta forma de resistencia *hidden transcript*, por oposición al *public transcript*. El primero se manifiesta por medio de miradas, susurros, chismes, gestos y otras formas que no son fáciles de comprender para la cultura dominante, que domina el espacio público y las formas convencionales de comunicación. Véase Scott, James. *Domination and the arts of resistance*. New Haven, Yale University Press, 1990, p. 18.

interesa saber cómo está ni tampoco a la otra persona le interesaría saber que nos encontramos en la más terrible depresión.

Sorprende el calificativo que sigue a la pregunta y el hecho de que el principito se permita decir que el zorro es muy lindo. En esta línea encontramos algo que ya nos sospechábamos al inicio y que justifica el hecho de que el zorro se esconda detrás del manzano: el principito tiene poder. La calificación a otra persona, y por supuesto a un objeto, es una de las manifestaciones del ejercicio del poder. Por el contrario, quien no ejerce poder no cree tener el derecho de calificar. Piénsese, por ejemplo, en la relación entre un jefe y un subordinado; el primero puede decir que el trabajo del segundo es desastroso e inútil y casi nunca al contrario. En mis clases de género y derecho, reiteradamente las estudiantes solían contar que cuando van a los juzgados, los servidores judiciales suelen decirles “doctorita”, “bonita”, “princesa”, y que ellas no se atrevían ni se les ocurría decirles lo equivalente. En una sociedad patriarcal como la nuestra, es común que los hombres se permitan “vacilar” a cualquier mujer que pase por la calle, y esto sin importar el estrato social. En las relaciones entre adultos, niños y niñas, los primeros, padres o profesores, no solo que solemos adjetivar el comportamiento de nuestros hijos o hijas, alumnos o alumnas, sino hasta podemos calificar la conducta y el comportamiento: tres puntos menos, cero en conducta, parado frente a la pared, expulsado de la clase, perdido el año... Nunca sucede lo contrario. Alzar la voz a la mamá es una falta muy grave y al profesor puede significar la expulsión del aula o cero en conducta. Obviamente, en nuestro cuento, al igual que la mujer que camina en la calle o visita un juzgado o el niño en el aula, el zorro en momento alguno se permite calificar al principito.

Sin embargo, lo importante de este momento es que el zorro ya no solo es escuchado, sino también visibilizado. El zorro lo mira, sale del manzano y permite ser mirado. Solo que la mirada del principito no es la mejor ni la más adecuada.

La respuesta del zorro puede ser desconcertante:

“Soy un zorro”. Podría sonar, a primera vista, una respuesta tautológica, soy yo mismo, soy mi esencia, o como el mismo Jehová contestó a Moisés “soy el que soy”.¹⁹

19 Éxodo, 3:14.

La verdad es que esta respuesta sí es tautológica, si contestaba soy dios, que quizá hubiese sonado poco humilde, lo hacía en términos equivalentes a nuestro zorro. Le dice, en pocas palabras, que no es un niño, que es diferente, que, como dicen algunos, “nada que ver” con el principito. Pero el principito no escucha.

El principito tiene una necesidad y un plan, quiere dejar de estar triste y quiere jugar. No le importa que el zorro no sea un niño ni que sepa qué es lo que hace un niño. Estamos en este segundo momento de las relaciones interpersonales, el principito trata como objeto al zorro.

En este punto creo que conviene tener una definición operativa sobre el poder, consciente de que es un concepto complejo y que puede tener muchas acepciones. Al poder lo entenderemos como la capacidad de incidir en las decisiones de otras personas. Si una persona toma, sin consideración alguna, completamente la decisión por otra, tiene poder total sobre ese ser. Si una persona tiene la capacidad para tomar decisiones por sí misma, está “empoderada”.

El principito ejerce poder sobre el zorro y toma una decisión sin consultar, y lo hace de una forma imperativa, que es la forma de emitir una orden y ejercer el poder: “Ven a jugar conmigo”. No espera oposición ni respuesta. Solo quiere que se haga lo que él necesita. El principito quiere imponer su voluntad y es, en pocas palabras, autoritario. El querer, la necesidad, la esencia del zorro no cuenta para nada.

Como si dar la orden no fuera poco, el principito además intenta, para asegurar su voluntad, despertar compasión en el zorro y le dice que está tan triste. Es decir, el principito utiliza una de las formas más sutiles para objetivar al otro: manipula. Quiere lograr su voluntad enfatizando en la necesidad unilateral de una de las partes. En las relaciones interpersonales es tan común encontrar estos recursos que usa el principito; por ejemplo, para evitar una ruptura sentimental o para conseguir alguna conducta de la otra parte, una persona dice a la otra que no podría vivir sin ella, que se va a matar, que se va a deprimir, que la vida pierde sentido, que va a dejar de comer (esto me dicen mis hijas), que se va a enojar (esto, en cambio, digo yo a mis hijas cuando no comen). Somos manipuladores por excelencia y usamos este recurso más frecuentemente

de lo que nos imaginamos. En el trabajo, pido a la otra persona que haga la tarea que me corresponde porque estoy cansado, no tengo ánimo, me duele la muela, no tengo tiempo, tengo otra cosa más importante que hacer... en suma, impongo mi necesidad y mi justificación sin esperar respuesta.

A nivel estatal y en los espacios públicos suele suceder algo parecido. El gobierno hace un ajuste estructural o toma una medida económica drástica, y pide comprensión y sacrificio si es que estas afectan a la canasta básica.

Otra forma de llegar al mismo resultado, y no pongo mucho énfasis en esta forma, es por intermedio de la fórmula kantiana de la dignidad: nadie puede ser un medio para cumplir los fines de otros.²⁰ En el caso que analizamos, el principito impone sus fines y utiliza al zorro como un medio. Al tratar como un mero medio al zorro, le está privando de ser un fin en sí mismo, luego el principito atenta contra la dignidad del zorro.

El cuento nos describe, en dos líneas, los mecanismos más usuales para objetivar a otra persona: ordenar y manipular. Las órdenes pueden ser acompañadas de la fuerza y la manipulación de la amenaza. Pero hay un extremo que quiero mencionar en la objetivación de otra persona, que Oscar Vilhena lo denomina “demonizar”, que nos lleva otra vez a la relación entre estado con la persona en términos estructurales.

La demonización es un proceso por el cual la sociedad hace una deconstrucción de la imagen humana de sus enemigos, que en adelante no merecerían estar incluidos dentro del reino de la ley... se volvieron parte de las “clases torturables”. Cualquier intento por eliminar o por infligir un daño a los demonizados queda legitimado socialmente, y legalmente inmune.²¹

Si los pobres, o los más débiles o los que están socialmente en situación de vulnerabilidad, en las cifras o en la impunidad son invisibilizados, ahora

20 Sobre el contexto, la descripción y la aplicación del concepto de dignidad puede consultarse en este libro, el artículo denominado “Derechos de la naturaleza: fundamentos”. También, la fuente original, Kant, Immanuel. “The doctrine of virtue”. *Metaphysics of morals*, citado por Steiner, Henry y Philip Alston. *International Human Rights in context, Law Politics and Morals*. Oxford University Press, 2ª. ed., 2000, pp. 261-263.

21 Oscar Vilhena Vieira, *op. cit.*, p. 44.

en cambio son vistos y considerados, en peores formas. Estos son perseguidos y hasta muertos, son funcionales para calmar la sed de seguridad ciudadana y contra ellos se declara una guerra contra la delincuencia.²²

Otra forma cruel de objetivar es por medio de la explotación laboral. Ecuador, según reportes de la OIT²³ tiene 779 000 niños y niñas trabajadoras (21 por ciento del total de niños y niñas), de estos, el 80 por ciento está dentro de las peores formas de trabajo infantil (algunos trabajan más de 30 horas, en horarios nocturnos y no asisten a la escuela). Sin duda, esta mano de obra es más barata y quizá hasta más ágil. Los niños y niñas tienen como fin desarrollar al máximo sus libertades y derechos; las empresas tienen como fin obtener mayores ganancias a menor costo. Las empresas ejercen poder sobre los niños y niñas trabajadores que tienen que hacer labores prohibidas por la ley aún contra su voluntad; desde la perspectiva de la dignidad, los niños y niñas trabajadores son medios para cumplir los fines de las empresas, y sus propios fines son irrelevantes. Es decir, los niños y niñas son visibles pero son tratados como objetos.

3.3. Sujetos: el proceso de construcción

—No puedo jugar contigo —dijo el zorro—. No estoy domesticado.²⁴
—¡Ah, perdón! —dijo el principito.

Si el zorro optaba por jugar con *el principito*, aún sin saber cómo, definitivamente el principito consolidaría su poder. Pero el zorro dice algo que no muchas personas podemos expresar: no. El zorro es sujeto, tiene

22 Zaffaroni, Eugenio Raúl. "The right to life and Latin American Systems". Internet. www.jstor.org/stable. Acceso: 23 abril 2010.

23 OIT. "Ficha país Ecuador, situación y avances sobre el trabajo infantil". Internet. <http://white.oit.org.pe/ipec/documentos/fichaecuador.pdf>. Acceso: 23 abril 2010.

24 No hay que confundir la acepción de "domesticar" dada por Paulo Freire, por medio de la cual uno se apropia como objeto del otro, y este responde a mis necesidades y "ordenar". Domesticar, como se hace con un animal de casa, significa hacer dócil al otro para que pueda ser fácilmente manipulado. La concepción de domesticar en *El principito* tiene una relación diametralmente opuesta, se trata, en cambio, de construir una relación entre sujetos. Quizá sea una cuestión de traducción. En la versión original, francesa, se utiliza la palabra *apprivoiser*.

finés propios y no quiere ser manipulado. Dos letras, un monosílabo, puede ser tan difícil de decir y pueden poner límites a la voluntad del otro. Cuando trabajaba con niños y niñas abusadas sexualmente, uno de los aprendizajes más lentos pero decisivos para evitar la reiteración del abuso o del maltrato físico, era el poder decir “no”, “no más”, “ya basta”. El “no” puede ser más significativo que la fuerza física, es como un escudo, como una señal de alarma, como un muro de contención. ¿Qué hubiese sido del zorro si este era mascota de un ser humano? Seguro estaría jugando con el principito, movería la colita, lamería la cara del niño, se haría el muertito, se revolcaría, le daría la patita y el principito quizá diría que el mejor amigo del ser humano es el zorro, no se sentiría solo ni triste. El zorro, en otras palabras, le dice que no es un niño y que, por tanto, no sabe jugar.

El “no” puede expresarse también con hechos. Algunos niños y niñas se fugan de sus colegios, se escapan de sus casas, denuncian a los adultos que deben cuidarlos, se deprimen, se esconden, se enferman, se molestan. A veces, tan insensibles somos los adultos, que no sabemos leer adecuadamente esos “no” de los niños y niñas, y persistimos en la conducta *objetivante*, manipuladora o *demonizadora*.

El zorro no dice un “no” absoluto y decisivo, que a veces hay que ponerlo, sino que plantea una condición: estar domesticado. Puede ser que el zorro admita jugar con el principito pero a condición de que acepte voluntariamente hacerlo. En esta hipótesis, el zorro convierte en fin propio el fin del principito y deja de ser indigno. Pero para llegar a este punto hay que pasar por un proceso.

El primer paso de este proceso es admitir que objetivamos al otro y que, al hacerlo, cometemos errores. El principito pide “perdón” que es el principal puente que tiende hacia el zorro. El poderoso no solo que admite estar equivocado sino también que se disculpa por la falta de respeto. Y esto sí que es sumamente difícil en la vida. Este cuento me ha enseñado lo importante del perdón en mi cotidianidad. No se imaginan cuánto me ha costado ofrecer disculpas a mis hijas cuando no he podido controlar mis iras y he gritado o golpeado la mesa; o más difícil aún, ofrecer disculpas a mis alumnos o alumnas cuando me he burlado en clase, he realizado una distinción injustificada o he hecho un chiste que les ha

parecido desagradable. Difícil, pero necesario. Si el principito no ofrecía perdón, muy seguramente seguía su camino en búsqueda de un amigo.²⁵

No decir “perdón” es señal de orgullo, de poder que no se quiere ceder, es no admitir que el otro ser es diferente que yo y que, como tal, puede tener otros fines; es, en otras palabras, persistir en mis fines y en no reconocer que utilicé o pretendí utilizar a los otros como medios.

—¿Qué significa “domesticar”?

—Tú no eres de aquí —dijo el zorro—. ¿Qué buscas?

—Busco a los hombres —dijo el principito—. ¿Qué significa “domesticar”?

—Los hombres —dijo el zorro— tienen escopetas y cazan. ¡Es muy fastidioso! También crían gallinas. Es su único interés. ¿Buscas gallinas?

—No —dijo el principito—. Busco amigos.

El poder, como lo describía Foucault, fluye.²⁶ El momento en que el zorro dijo “no” y el principito ofreció “perdón”, el poder se equilibró, pasó de un lado a otro. No es cierto que el poder está en una persona. ¿Qué pasa si a un presidente le deja de obedecer la población, como ha sucedido reiteradamente en Ecuador? ¿Qué pasa si los estudiantes dejan de asistir a una clase? ¿Qué pasa si los trabajadores dejan de trabajar? El poder se transfiere.

La relación entre el zorro y el principito es igualitaria. El zorro también pregunta y el principito quiere escuchar. El zorro averigua cuáles son los fines del principito y el principito quiere saber cuál es la fórmula para jugar con el zorro. Hay un interés mutuo y un serio esfuerzo por comprenderse el uno al otro. El zorro transparenta su percepción de los

25 Me acuerdo de una película denominada “Mi vida” (Bruce Joel Rubin, “My Life”, 1993, con Michael Keaton y Nicole Kidman) una película algo cursi, que trataba sobre la historia de un hombre a quien le diagnostican cáncer y que seguramente va a morir antes de que nazca su hijo, que se encuentra en el vientre de su esposa. Este decide contarle su historia de vida, mediante una filmación, para que su hijo sepa quién era su padre. En la filmación tiene que enfrentarse con su pasado y comprender sus relaciones tensas con su padre. Nada especial aparentemente, su padre trabajaba y le daba lo necesario. Pero el padre era severo y el hijo le tenía miedo, al punto que se escondía en un closet al escuchar los pasos de su padre. El problema se resuelve cuando el padre le ofrece perdón y el hijo lo acepta.

26 Foucault, Michel. *The history of sexuality. An introduction*, vol. I. New York, Vintage Books, 1990, “power do not cancel or turn back against one another; they seek out, overlap, and reinforce one another... never have there existed more centers of power”, pp. 48-49; “Power is everywhere; not because it embraces everything, but because it comes from everywhere”, p. 93.

seres humanos y busca saber si, como todos los cazadores, el principito también busca gallinas. Pero el principito también le transparentó su necesidad de encontrar amigos. De aquí en adelante el zorro le indicará al principito la forma de considerar sujetos a otros.

—¿Qué significa “domesticar”?

—Es algo demasiado olvidado —dijo el zorro—. Significa “crear lazos...”.

—¿Crear lazos?

—Claro —dijo el zorro—. Para mí, tú no eres todavía más que un niño parecido a cien mil niños. Y no te necesito. Y tú tampoco me necesitas. No soy para ti más que un zorro parecido a cien mil zorros. Pero, si me domesticas, nos necesitaremos el uno del otro. Serás para mí único en el mundo. Seré para ti único en el mundo...

En este pasaje encontramos una de las enseñanzas más importantes de la historia. Las personas débiles, en condición de vulnerabilidad, las no poderosas, las sometidas, las cazadas, las invisibles, las objetivadas, las demonizadas... tienen que enseñar.

Boaventura de Sousa Santos sostiene que en una relación de alteridad siempre el uno es ignorante en relación al otro y, al mismo tiempo, sabio.²⁷ No es como la relación lineal de progreso a la que nos acostumbró Hegel, en la que se puede comparar al desarrollo como una flecha, en cuya punta estaba el ideal de superación —y no casualmente—: Europa. El resto de continentes no teníamos historia y estábamos en estados primitivos, subdesarrollados, atrasados. Teníamos que seguir el mismo camino. Igual sucede en la relación entre dos culturas o dos personas. Podremos saber mucho sobre el idioma español, la literatura, la pintura, la religión occidental, pero poco sabemos sobre el quichua, las tradiciones orales, la cosmovisión y las ritualidades indígenas. En este sentido, puede suceder que seamos completamente ignorantes frente a los otros y viceversa. Pero lo que sería inconcebible considerar es el conocimiento desde una sola perspectiva, que solo cabría en una relación objetivada y, bajo ese patrón, considerar desde

27 Santos, Boaventura de Sousa. *De la mano de Alicia: lo social y lo político en la postmodernidad*. Bogotá, Siglo del Hombre Editores/Ediciones Uniandes/Universidad de los Andes, 1998, p. 122.

mi cultura como ignorantes a quienes no la conocen. Desde el punto de ignorancia, el mundo es una cantera de conocimiento. El principito está abierto a conocer el mundo del zorro y el zorro también en relación al principito. El principito tiene la humildad para preguntar y buscar, reiteradamente, respuestas que no las sabe.

La necesidad y el valor es lo que distingue unos seres humanos de otros. El momento en que se tiene conciencia de que el otro es necesario, se le valora (valorar en el sentido de cuidar, respetar y admirar). Si se siente que no se necesita y que, por tanto, no se valora, puede suceder que se descienda al otro, al plano de objeto o de invisible.

Cuando el padre o la madre tienen conciencia de que necesitan de sus hijos o hijas para ser tales, que el profesor podrá ser cualquier cosa menos maestro sin estudiantes, que los médicos no podrían ejercer su profesión sin personas enfermas, que los curas no podrían dar la misa sin feligreses, entonces valoraríamos a quienes consideramos que nos deben agradecer. A veces creemos que solo nosotros somos necesarios para los otros, que solo los otros deben valorarnos. Este es un error propio de relaciones que, Paulo Freire, llamaba antidialógicas.²⁸

La relación antidialógica sirve a la opresión y se caracteriza por cuatro elementos: la conquista, la división, la manipulación y la invasión cultural. Dominada la persona, se debe lograr una especie de amortiguamiento o estado de anestesia para poder manipular y asimilar a un modelo cultural.

—Empiezo a comprender —dijo el principito—. Hay una flor... Creo que me ha domesticado...

El principito se da cuenta de que ha tenido una relación con su rosa y que esta no ha sido valorada de forma adecuada. Tal vez el principito ha tenido una relación antidialógica y ha considerado a su rosa como un objeto. Pero nunca es tarde. A la distancia, comienza a valorar a su rosa y a darse cuenta de que es única. La misma relación, con las mismas personas, cobra otro sentido.

Pero el zorro volvió a su idea:

28 Freire, Paulo. *Pedagogía del oprimido*. Uruguay, Siglo XX Editores, 53ª ed., 2000, pp. 155-215.

—Mi vida es monótona. Yo cazo gallinas, los hombres me cazan a mí. Todas las gallinas se parecen y todos los hombres se parecen. Por eso me aburro un poco. Pero si me domesticas, será como si mi vida se bañara de sol. Conoceré un ruido de pasos que será diferente de todos los otros. Los otros pasos me hacen meterme bajo tierra. El tuyo me llamará fuera del cubil, como una música. Además, fíjate: ¿Ves allá los campos de trigo? Yo no como pan. Para mí el trigo es inútil. Los campos de trigo no me recuerdan nada. ¡Y eso es muy triste! Pero tú tienes cabellos de color de oro. ¡Entonces, cuando me hayas domesticado, será maravilloso! El trigo, que es dorado, me traerá tu recuerdo. Y me gustará el rumor del viento en el trigo...

En este pasaje se establece la diferencia entre una relación en la que se considera objeto a una de las partes y las ventajas de tratarla como sujeto. *Saint-Exupéry* lo hace de una manera harto poética. La vida entre seres que son invisibles y objetos es monótona, aburrida, miedosa, sombría. En cambio, la vida entre seres que se valoran es como música y llena de luz. Me acuerdo, en el primer caso, como una pesadilla mi aprendizaje en la escuela, mis primeros años, cuando me enseñaron a escribir o mis clases de educación física. Todas las clases se parecían y lo mejor era esperar el sonido estruendoso de la sirena que marcaba el fin de la clase. Los profesores tenían una forma particular en hacerse temer; ejercían su autoridad por medio de gritos, reglazos cuando uno tenía mala letra, hacían conejo (levantar el cuerpo agarrando las orejas), entregaban las tareas escolares desde el que tenía la mejor nota hasta el que tenía la peor, que feo era ser humillado ante todos y recibir el cuaderno al final, con una nota en rojo y una reprimenda en público... Algo así debe haber sentido el zorro cuando escuchaba los pasos de los cazadores. En cambio, que maravilla recordar a esas personas que nos trataron bien, que nos valoraron, que nos hicieron reír, que nos enseñaron que la vida valía la pena vivir.

Los recuerdos... y de eso también nos habla el zorro. Sucede que mientras uno más envejece, más relevancia cobran los recuerdos. Hay un punto en la vida en que todo es recuerdo y ese momento es la vejez. En ese punto, los buenos recuerdos nos hacen sentir algo parecido al calor en el corazón y los malos recuerdos nos hacen sufrir. Póngase a pensar en su vida, y seguro podrá constatar que los buenos recuerdos tienen que ver con relaciones en las cuales nos trataron como sujetos y los malos recuerdos casi siempre,

en cambio, cuando nos trataron como objetos. Una de las dinámicas grupales que se solía hacer en los talleres cuando se trataba sobre la sensibilización en derechos de los niños, consistía en pedir que las personas cierran sus ojos y recuerden su infancia. Dramático era constatar el dolor a flor de piel del abandono, del abuso, de demonización o de la invisibilización; y también reconfortante era escuchar el cariño, el amor, la comprensión, la trascendencia de algunos seres que dejaron huellas positivas en otras. ¿De qué sirve tratar como sujetos de derechos a las personas? El zorro evoca el color del trigo con el recuerdo del pelo del principito. Sin el recuerdo del principito el trigo no significa nada. El recuerdo alimentará la autoestima del zorro, que fue valorado, único y necesario para el principito, y acudirá a él cada vez que necesite fuerza. Lo mismo le pasará al aviador de la historia, que es el mismo Saint-Exupéry, cuando el principito le diga, al final de la historia, que cuando mire las estrellas piense que en alguna de ellas hay un niño que ríe al ver atardeceres, cuidar su rosa y limpiar sus volcanes. De alguna manera, y esto en términos utilitaristas, tratar a otros como sujetos es una inversión que cobra sentido con el tiempo. Trascienden y nos dan alegría los buenos maestros, los jefes comprensivos, las personas que nos sonrieron y nos ayudaron, los padres y madres que supieron considerarnos y jugar con nosotros, los compañeros que fueron solidarios...

El zorro calló y miró largo tiempo al principito:

—¡Por favor... domesticame! —dijo.

—Como quieras —contestó el principito—, pero no tengo mucho tiempo. Tengo que encontrar amigos y conocer muchas cosas.

—Solo se conocen las cosas que se domestican —dijo el zorro—. Los hombres ya no tienen tiempo de conocer nada. Compran cosas hechas a los vendedores. Pero como no existen vendedores de amigos, los hombres ya no tienen amigos. ¡Si quieres un amigo, domesticame!

—¿Qué hay que hacer? —dijo el principito.

—Hay que tener mucha paciencia —respondió el zorro—. Empezarás por sentarte un poco lejos de mí, así, en la hierba. Te miraré de reojo y no dirás nada. El lenguaje es fuente de malentendidos. Pero cada día podrás sentarte un poco más cerca...

El zorro usa dos herramientas poderosas: el silencio y la mirada; el lenguaje es fuente de malos entendidos. Nuestro mundo moderno suele ser, en cambio, muy ruidoso y carente de miradas. Ruido, mucho ruido.²⁹ Mirar a los ojos, que son ventanas del alma, son formas también muy poco usadas y muy potentes de comunicación. En esos momentos posiblemente el zorro no sabía cómo proponer ser amigo del principito o quizás estaba invitándole ya con la mirada. Pero el principito, acostumbrado como estaba a tratar como objetos a sus seres queridos, aún no entiende. Cree, como buen humano y antropocéntrico, que solo se puede ser amigo de seres humanos. Al final, cede y sin mucho convencimiento. Se abre a nuevas experiencias, que no suele suceder cuando nosotros tenemos una actitud de búsqueda y nos concentramos en objetivos preestablecidos,³⁰ y decidir intentar domesticar al zorro. El zorro, siempre enseñando, le reta a conocerle. Solo se valora y se necesita algo o a alguien cuando se le conoce.

El principito esgrime como excusa el recurso más escaso de nuestro sistema occidental de vida (por no decir capitalista o neoliberal): el tiempo. ¡No tiene tiempo! Y este es uno de nuestros peores males. Hacemos lo urgente y dejamos de hacer lo necesario. La vida es lo que pasa mientras nosotros hacemos cualquier otra cosa. No tenemos tiempo para jugar, para conversar, para detenernos en nuestro informe, para escuchar el drama que vive nuestro colega, para buscar el juguete que se le perdió a nuestra hija, para leer un cuento, para aparentemente no hacer nada, ¡porque tenemos que trabajar!

29 Ruido de ventanas.../ruido de tijeras/ruido de escaleras/ que se acaban por bajar.../Ruido de tenazas/ ruido de estaciones/ ruido de amenazas/ruido de escorpiones/Ruido de abogados/ruido compartido/ruido envenenado/demasiado ruido/Ruido platos rotos/ruido años perdidos/ruido viejas fotos/ ruido empedernido/Ruido de cristales/Ruido de gemidos/ruidos animales/contagioso ruido/Ruido mentiroso/ruido entrometido/ruido escandaloso/silencioso ruido/Ruido acompañado/ruido introvertido/ruido del pasado/descastado ruido/Ruido de conjuros/ruido malnacido/ruido tan oscuro/puro y duro ruido. /Ruido qué me has hecho/ruido yo no he sido/ruido insatisfecho/ruido a qué has venido/Ruido como sables/Ruido enloquecido/ruido intolerable/ruido incomprensido/Ruido de frenazos/ruido sin sentido/ruido de arañazos/ruido, ruido, ruido/Mucho, mucho ruido, tanto, tanto ruido/ Tanto ruido y al final... la soledad... Sabina, Joaquín. "Ruido". *Esta boca es mía*, 1994.

30 Algo parecido le sucedió a *Siddhartha*, de Herman Hesse, que durante toda la novela está buscando y buscando, y en eso se pierde muchas experiencias que le ofrece la vida, hasta que, en cambio, al estar en actitud de encuentro, se abre a lo que le ofrece la vida.

El amor, lo esencial, la amistad, el ser y tratar como sujetos, no puede ser objeto de comercio ni entra en las relaciones económicas. La amistad no se vende ni se compra. En nuestro mundo, parecería que todo es objeto de comercio. Las propagandas nos anuncian que se puede conseguir la felicidad comprando una casa, la familia comprando una refrigeradora, la autoestima comprando cigarrillos, el *estatus* comprando un auto, la valentía comprando un traje de *Power Ranger*, la seguridad comprando una póliza privada de salud, la solución a lo imprevisto ahorrando en un banco... Pero el zorro es muy claro, no existen vendedores de amigos y por eso los seres humanos no los tenemos. Las relaciones se construyen y requieren de tiempo, por escaso que sea.

Hay una maravillosa novela de Michel Ende, cuya protagonista es una niña de la calle, que se llama *Momo*, que trata sobre el tiempo. En la novela hay unos personajes, que son los hombres grises, que solo fuman y son fríos, pasan convenciendo a la gente que tienen que ahorrar el tiempo en un banco. Así convencen a todos los del barrio menos a Momo, que comprendía el valor de la amistad y el amor. Los hombres grises sacaban una libreta y anotaban, en el día, cuánto tiempo se trabajaba y cuánto tiempo se perdía en relacionarse con los demás. El tiempo es oro, mientras más se trabaja más se acumula, y mientras más se conversa, se mira a los ojos, se “pierde” conociendo o domesticando a otros, menos se gana. El resultado fue que los padres ya no podían cuidar a sus hijos y los pusieron en guarderías, las personas no podían cuidar a sus ancianos y los pusieron en asilos... Momo ya no tenía con quién jugar. Al final, Momo se enfrenta a los hombres grises y mientras más despacio andaba, más avanzaba, junto con una tortuga, y logra liberar el tiempo de la gente, para que pierdan domesticándose unos a otros.

En el poco tiempo que se tiene, hay que tener paciencia. ¿Cuál es la diferencia entre tratar a un niño o niña que se vacuna como sujeto o como objeto cuando se tiene dos minutos, en un Centro de Salud, y hay decenas de niños o niñas que esperan? Mucha. Como objeto, llega el niño o niña, le desnudan la nalga o el brazo, le inyectan, se llena una cartilla y sale. Esto se puede hacer sin hablar palabra y sin proferir emoción alguna. Como sujeto, en los mismos dos minutos, puedo sonreír, preguntar como está, explicar para qué sirve la vacuna, prestar un muñequito, cantar una

canción, mimar, consolar... La diferencia es grande. Se puede pasar, al dirigirse a su escritorio, sin saludar a nadie y sentarse, o se puede saludar con una sonrisa, estrechando la mano y mirando a los ojos. Todo es cuestión de actitud frente a los otros: invisibles, objetos o sujetos, depende de nosotros.

Por último, las palabras son fuente de malos entendidos. Las palabras engañan. No hay nada más cierto como esa frase que dice que no importa lo que se dice sino cómo se dice. Durante todo el tiempo, el zorro hace un llamado a observar lo esencial, que, en este caso, trasciende las palabras (y más tarde en el cuento lo visible).

Al día siguiente volvió el principito.

—Hubiera sido mejor volver a la misma hora —dijo el zorro—. Si vienes, por ejemplo a las cuatro de la tarde, a partir de las tres empezaré a ser feliz. A medida que se acerque la hora me sentiré más feliz. Y a las cuatro, me agitaré y me inquietaré; ¡descubriré el precio de la felicidad! Pero si vienes en cualquier momento, no sabré nunca a qué hora vestirme el corazón... Los ritos son necesarios.

—¿Qué es un rito? —dijo el principito.

—También es algo demasiado olvidado —dijo el zorro—. Es lo que hace que un día sea diferente de los otros días, una hora de las otras horas. Por ejemplo, entre mis cazadores hay un rito. Los jueves bailan con las chicas del pueblo. ¡Entonces los jueves son días maravillosos! Voy a pasearme hasta la viña. Si los cazadores bailaran en cualquier momento, todos los días se parecerían y yo no tendría vacaciones.

En este pasaje encontramos dos ideas centrales: la correspondencia y el rito. En una relación dialógica, propia de sujetos de derechos, los derechos y las obligaciones son mutuos. El incumplimiento de una de ellas, conlleva a la decepción, a la objetivación, a la ruptura del compromiso. En esa lógica de los medios y los fines, uno se torna medio y deja de ser un fin. El corazón no se viste, dice el zorro. En cambio, el cumplimiento de obligaciones mutuas libremente asumidas conlleva a la felicidad. Qué maravillosa sensación es aquella del encuentro esperado, que nervios que da, particularmente cuando el encuentro se produce después del algún tiempo y con un ser querido. Así sucede también en la espera de un niño o niña deseados, en una cita entre novios, en la reunión de amigos de barrio o colegio. En la teoría de derechos hay un principio que se llama de

corresponsabilidad, que tiene que ser leído desde esta perspectiva, y no solo como fuente de obligaciones de uno de los lados de la relación.

En cuanto al rito, es efectivamente como dice el zorro, algo olvidado entre los seres humanos. Los ritos suelen ser pocos y distanciados en el tiempo. Algunas vidas transcurren siempre esperando determinados ritos marcados socialmente: el nacimiento, el bautizo, la entrada a la escuela, la graduación, el matrimonio, la jubilación, el velorio. En el medio, todo rutina, nada, el tedio, el aburrimiento. Lo peor es que cuando llega el día, estamos tan estresados y nerviosos que ni siquiera disfrutamos el evento. El zorro hace un llamado a hacer de la vida un rito cotidiano, para evitar que todos los días se parezcan y todas las conductas sean predecibles. Así se logra que el zorro sea *mi* zorro y el principito sea *mi* principito, y que el tiempo, por poco que sea, tenga sentido en tanto fuente de felicidad, tranquilidad, “ritualidad”.

Así, pues, el principito domesticó al zorro. Y cuando se acercó la hora de marcharse:

—¡Ah! —dijo el zorro—. ¡Lloraré!

—Tú tienes la culpa —dijo el principito—. Yo no quería hacerte daño, pero quisiste que te domesticara...

—Claro —dijo el zorro.

—Pero ¡vas a llorar! —dijo el principito.

—Claro —dijo el zorro.

—¡Entonces no sales ganando con todo esto!

—Si salgo ganando —dijo el zorro— por el color del trigo.

Luego añadió:

—Vete a ver las rosas otra vez. Comprenderás que la tuya es única en el mundo. Volverás para decirme adiós y te regalaré un secreto.

Todo es finito en la vida. Cuando la relación ha sido entre dos sujetos, la terminación siempre es dolorosa. Y la relación termina por la separación, por la distancia, por la muerte. ¿Vale la pena construir una relación sabiendo que tiene que terminar y producir dolor? Hay una historia maravillosa de Miguel Delibes, que se llama *La sombra del ciprés es alargada*, en la que el protagonista, que había sido abandonado por sus padres y abuelos en una pensión, logra hacer amistad de su compañero de cuarto, con quien siente por primera vez el amor, el cuidado, el respeto, el ser,

en suma, sujeto. Este muere repentinamente provocando un dolor insuperable. Para evitar sentir ese dolor, el protagonista decide no volver a tener una relación dialógica. Decide ser un hombre solo y evita crear vínculos. Busca trabajos, como el de marinero, para evitar el contacto con seres humanos. Hasta que, en un puerto, muchos años más tarde, se enamora. Y el dilema vuelve. ¿Crea vínculos, sabiendo que puede volver a sentir dolor, o no? Opta por domesticar y el día en que decide dejar el mar y la persona a la que decide domesticar le espera en puerto, ante sus ojos, sufre un accidente y muere con un hijo en su vientre. Al final el protagonista aprende que, aún por los pocos momentos de felicidad que tuvo, valió la pena construir una relación y sufrir la pérdida. El principito, siempre aprendiendo del zorro, no entiende todavía el valor de la relación y tampoco su relación con la rosa.

El zorro le insiste al principito en el valor inmenso del recuerdo. El color del trigo y su cabellera. El buen recuerdo, nutre, aviva emociones, pinta colores al presente. Y para que entienda lo que siente el zorro frente al principito, le hace experimentar al principito con su rosa. Sin duda una de las mejores formas de entender al otro es, como se dice, poniéndose en sus zapatos.

El principito se fue a ver la rosas otra vez:

—No os parecéis en nada a mi rosa, todavía no sois nada —les dijo—. Nadie os ha domesticado y no habéis domesticado a nadie. Sois como era antes mi zorro. No era más que un zorro parecido a otros cien mil zorros. Pero le hice mi amigo y ahora es único en el mundo.

Y las rosas se sentían muy molestas.

—Sois hermosas, pero estáis vacías —siguió diciéndoles—. No se puede morir por vosotras. Por supuesto, un transeúnte cualquiera creería que mi rosa se parece a vosotras, pero ella sola se sabe más importante que todas vosotras: porque yo la regué. Porque le maté las orugas (excepto dos o tres por lo de las mariposas). Porque le escuché quejarse o vanagloriarse, o incluso a veces callar. Porque es mi rosa.

Entonces el principito entendió al zorro al comprender su relación con la rosa. A las rosas le dice que son invisibles, que son unas más del montón, a pesar de ser bonitas. Las rosas por supuesto que se enojaron. A

nadie le gusta saber o sentirse objetos o invisibles. Así como son los seres humanos cuando somos transeúntes. Así incluso son nuestras apreciaciones culturales de otras culturas, solemos decir que todos los asiáticos son iguales, como decían en el *Planeta de los simios* de los seres humanos. Las rosas, como cualquier ser vivo, si no están en una relación dialógica, están vacías. De ahí la importancia de dejar de considerar a los seres humanos solo números, estadísticas, registros, clasificaciones.

Cuando hay relación como sujetos se puede hacer sacrificios, tan grandes que hasta se puede dar la vida. El principito se da cuenta de que su rosa, a pesar de ser caprichosa y vanidosa, es única. Todo lo que hizo por ella valió la pena. Y así son las relaciones, nadie afirma que la vida es como una película con final feliz (así como son las historias de Walt Disney en las que el matrimonio con el príncipe es el comienzo de la vida feliz). En el rito del diario vivir, la construcción de los vínculos no suele ser fácil. La rosa se queja, se vanagloria, no se comunica, sin embargo tiene sentido cuidarla, limpiarla, quererla, porque al final la rosa es única y necesaria para el principito y viceversa. El principito ya está recordando, como le sugirió el zorro, y está sintiendo el valor de ser sujetos.

Se ha construido, pues, en términos de Freire, una relación dialógica, caracterizada por la colaboración, la unión, la organización y la síntesis cultural.³¹

Y se dirigió otra vez hacia el zorro:

—Adiós —dijo.

—Adiós —dijo el zorro—. Este es mi secreto. Es muy sencillo: solo se ve bien con el corazón. Lo esencial es invisible a los ojos.

—Lo esencial es invisible a los ojos —repitió el principito para acordarse.

—El tiempo que perdiste con tu rosa hace que tu rosa sea tan importante.

—El tiempo que perdí con mi rosa... —dijo el principito para acordarse.

—Los hombres han olvidado esta verdad —dijo el zorro—. Pero tú no debes olvidarla. Te haces responsable para siempre de lo que has domesticado. Eres responsable de tu rosa...

—Soy responsable de mi rosa... —repitió el principito para acordarse.

31 Freire, Paulo. *Pedagogía del oprimido*. Uruguay, Siglo XXI Editores, 2000, pp. 155-215-240.

En este último párrafo encontramos uno de los desafíos más grandes para el conocimiento. En nuestra cultura occidental nadie podría negar que el conocimiento se centra en la racionalidad y en la experimentación. Nos aproximamos al mundo por medio de los sentidos y damos valor de verdad lo que puede ser demostrado científicamente. Este conocimiento lamentablemente ha tenido consecuencias negativas en la forma de concebir la vida. En primer lugar despreciamos y hasta negamos otras formas de conocimiento y, en segundo lugar, nos separamos de la cosa o persona conocida.

El sentimiento, la fe, la magia, la tradición, los mitos y otras formas no racionales de aprehender la vida no cuentan. Solo lo que se percibe por medio de los sentidos y puede ser empíricamente demostrado tiene que ser creído. De ahí, nada extraño que el oficio racional sea más valorado que el manual. Se paga más a un gerente, a un ejecutivo, a un diseñador, a un ingeniero, a un abogado, que a quienes hacen labores manuales y de cuidado. El zorro invierte la carga tradicional de valoración, dice que lo más importante es imperceptible a lo experimentable y observable. El principito se refiere al corazón, a la emoción, al amor. Estas formas de aproximarse causan desconfianza y hasta burla en un ser racional. Me acuerdo que mi tesis doctoral, que trataba sobre la prisión preventiva, acababa con una frase de Tolstoi, sacada de su libro *Resurrección*. Y era que al final, el problema de la cárcel se resuelve con el amor, algo parecido de lo que sostendría Carnelutti en el libro *Las miserias del proceso penal*.³² Una profesora me dijo que sonaba bonito pero que el amor no era una categoría jurídica. Desde su perspectiva, sin duda, tenía razón. El problema está en que no es la única perspectiva.

“Las apariencias engañan”, reza un dicho popular. Y nuestra sociedad se nutre de los prejuicios y de los estereotipos. Juzgamos a la gente por lo que dicen nuestros ojos y a primera vista. Si tiene apariencia de malo, por el color de la piel, la condición social o la nacionalidad, entonces le cerramos las puertas para entablar una relación. Las personas no son lo que

32 Carnelutti afirma que el derecho tiene que ser un instrumento para la “civilidad”, entendida como la “capacidad de los hombres de amarse y, por eso, de vivir en paz”. En este contexto, para el jurista italiano, el proceso penal es un aspecto de la vida social que afecta a la civilidad. Carnelutti, Francesco. *Las miserias del proceso penal*. Bogotá, Editorial Temis, 1989, p. XI.

aparentan y lo que son solo se puede saber a través del corazón. Solo domesticando se puede conocer al otro.

El tiempo vuelve a ser un elemento importante. Las relaciones se construyen con tiempo y paciencia. Aparentemente, cuando se entablan relaciones, se pierde el tiempo, pero en el fondo se gana. En nuestra sociedad las labores de cuidado, que son las más esenciales, que se construyen con el corazón, son siempre despreciables. Lo triste del asunto es que cuando es muy tarde, nos damos cuenta de que valía la pena haber “perdido” el tiempo con nuestros seres queridos.

Finalmente, la cara complementaria de los derechos: la responsabilidad. El zorro le dice al principito que una vez domesticado, uno se hace responsable para siempre. En una relación entre sujetos los derechos son correlativos a las responsabilidades, de lo contrario estaríamos en una relación de objetos y de privilegios. La responsabilidad sintetiza toda la construcción de la relación dialógica: hay que evitar invisibilizar y objetivar, se requiere dedicar tiempo, paciencia con los caprichos y vanidades del otro, hay que respetar los compromisos, se debe ritualizar la relación, hay que valorar al otro, se debe conocer... solo así las personas seremos necesarias y únicas a las otras.

Sólo se ve bien con el corazón. Lo esencial es invisible a los ojos.

IV. El adultocentrismo

Los *ismos* no suelen llamar la atención sobre relaciones que son desiguales y discriminatorias. Así, el *racismo* tiene que ver con un grupo racial que se considera superior a otro, el *sexismo*³³ con la relación de subordinación de las mujeres a los hombres, el *especismo*³⁴ de la actitud depredadora de la especie humana a otras especies de la naturaleza. El *adultocentrismo* es la

33 Véase Olsen, Frances. “El sexo del derecho”. Ávila Santamaría, Ramiro, Judith Salgado y Lola Valladares. *El género del derecho: ensayos críticos*. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 141.

34 Singer, Peter. *Animal liberation. The definitive classic of the animal movement*. New York, Harper Perennial modern classics, 2009, p. 6.

relación de poder que ejercemos los adultos frente a los niños, niñas y adolescentes.

El principito es una fuente maravillosa para describir esa relación desigual entre niños y niñas con los adultos. De hecho, el protagonista es un niño y quien cuenta la historia es un adulto que, incesantemente, recuerda con cierta nostalgia y a ratos con dolor su niñez. El adultocentrismo aparece en varias circunstancias: cuando el autor describe sus relaciones de niño con otros adultos, y cuando el adulto autor se encuentra con el principito-niño. Al final, la estructura mediante la cual se convierte en objetos a los niños, niñas y adolescentes se llama adultocentrismo, y la lucha por ser sujetos de derechos tiene que ver con la eliminación de sociedades basadas en este y en todos los *ismos*.

Vamos a reflexionar, muy ligeramente, sobre las manifestaciones del adultocentrismo en *El principito*. De lo que se tratará es, ojalá, de vernos retratados en esas manifestaciones para tratar de no repetirlas o de no asumirlas como formas normales de relacionamiento.

La dedicatoria a León Werth abre el mundo que distingue a los niños y niñas de los adultos. El autor tiene que excusarse por dedicar un libro a una persona adulta, y de este modo marcar la diferencia entre un libro insensible al adultocentrismo y otro que pretende establecer pautas para evitarlo. Cuatro explicaciones ofrece: León es amigo, y en el contexto del libro quiere decir que está domesticado, entiende a los niños, tiene necesidades apremiantes (pasa hambre y frío, porque es un judío exiliado en pleno régimen fascista) y, por sobre todo, ha sido un niño.

Las personas adultas no entienden, necesitan explicaciones. Esta conclusión se llega después de comprobar la incapacidad de interpretar un dibujo, que representa a una boa comiéndose a un elefante, que los adultos siempre decían que era un sombrero. Como se ha visto, en el mundo dominante predomina la racionalidad y no se lee la vida mediante las emociones. Luego, hay un lado, que es fácilmente penetrable por los niños y niñas, que se va perdiendo poco a poco conforme nos vamos convirtiendo en adultos, que simplemente ya no tenemos capacidad de entender.

Las personas adultas somos serias y razonables. Aprendemos a tener poses y a aparentar. Podemos hablar con solvencia de deportes, política y corbatas. En cambio, los niños y niñas entran con facilidad en el mundo

de la fantasía y de la realidad, a veces casi sin distinguirlas, y la vida seguro debe ser más emocionante y menos aburrida.

Las personas adultas juzgamos según las apariencias. En la historia hay un famoso astrólogo hindú, que conocía muchas cosas, pero que no le creían por sus vestimentas, hasta que se puso un traje o terno, y todo el mundo le creyó. Un niño o niña, en cambio, juzga por las actitudes. Digamos que las personas adultas miran con los ojos y los niños y niñas con el corazón. La ropa, el auto, el barrio en que se vive, las marcas, la universidad en la que se estudia, las cosas que se comentan, el amor entra por los ojos... la verdad es que, en sociedades de consumo como las nuestras, somos tan superficiales.

Las personas adultas amamos las cifras. Recordemos que una de las formas de ocultar los rostros, las vidas, las personas de carne y hueso son las estadísticas. El principito afirma que los adultos no entienden cuando se habla de los colores o las sensaciones, sino que valoramos cuando ponemos números. Entonces, para valorar a alguien o a algo, tenemos que preguntar cuánto gana, qué edad tiene, cuántos años de experiencia, cuántos libros ha escrito, cuánto pesa, cuántos carros tiene, cuántos puntos ha obtenido...

Al viajar el principito por los siete planetas hace un retrato de las diferentes características que tenemos los adultos:

1. Autoritarios: el rey. Los adultos solo queremos mandar y las personas que nos rodean son súbditos, viven para cumplir órdenes. Esas personas que nos rodean, no casualmente siempre son niños y niñas. Tenemos que mandar o al menos creer que mandamos. El poder nos da autoestima y lo ejercemos frente a los más vulnerables que nos rodean.
2. Vanidosos: el vanidoso. Las personas adultas solo escuchamos lisonjas. A veces aprendemos a decir lo que quieren escuchar quienes tienen poder. Es tan fácil hacernos creer que somos lo mejor y lo más bello. Es como el cuento de Blancanieves, todos buscamos un espejo que nos diga que somos inigualables. Si no es un adulto, entonces los adultos de este estilo simplemente no escuchan.
3. Bebedores: el olvidado. En el tercer planeta está el borracho que bebe para olvidar. La borrachera no solo es de licor, sino de abundancia, de

hastío. Mediante la bebida, este huye de sí mismo. Y en la huída, no se encuentra con nadie. Así el trabajo (*workaholico*), el deporte, el juego, el placer y cualquiera de los múltiples vicios que ofrece nuestra sociedad.

4. Negociantes: el capitalista. Este está muy ocupado en contar sus pertenencias. Posee por poseer, aunque lo poseído no sea utilizable, como las estrellas que son dominio de este personaje, que no es útil para ellas y ellas son solo un número. A mí siempre me ha llamado la atención cuando publican las cifras de dólares que poseen las personas más ricas del mundo. No hay forma de gastar ese dinero y, sin embargo, se sigue acumulando en la misma proporción lo humanamente miserable.
5. Cumplidores: el trabajador. El farolero acepta sumisamente su tarea de prender y apagar faroles. Está aburrido pero tiene que cumplir el deber por el deber. Así somos muchos adultos, pasamos la vida trabajando en medio de la burocracia porque nos da seguridad y no tenemos ni buscamos otra alternativa. Sometiéndonos al trabajo nos sometemos nosotros mismos.
6. Formalistas: el geógrafo. Este registra todo lo que informan los exploradores, pero no le importa ni cómo son, ni cómo huelen, ni cómo se sienten los ríos, las montañas, los bosques. Este personaje me recordó esa frase que dice que el matemático puro es un burro puro (perdón a los burros, peor ahora en tiempos de derechos de los animales y de la naturaleza). Aquel que cultiva una ciencia y prescinde de la vida que le rodea, francamente está desequilibrado. A mí me suele pasar con el derecho y mi compañera, Eugenia, quien me suele recordar que tengo que leer libros de literatura, ir al teatro y ser menos jurista.
7. Domesticables: el aviador. Quien cuenta la historia, el mero Antoine de Saint-Exupéry, al principio es como cualquier adulto. Está concentrado en su avión dañado, le falta el agua, no tiene repuestos, que está en medio del desierto... por eso se desconcierta cuando aparece un niño al que le parece más importante un cordero que pueda comer una rosa o cualquier historia que pueda ser fantasía, como aquella de que el niño vive en un planeta muy lejano. Este se molesta cuando le desconcentra el principito, cuando le pregunta insistentemente hasta lograr una respuesta, cuando sonrío o cuando pide dibujar. Al final, como cualquier

ser humano, las personas adultas podemos recuperar nuestro niño o niña, que está ahí, en nuestro corazón, para poder ser domesticado.

En un mundo adultrocéntrico como el nuestro existen millones de personas que somos autoritarios, vanidosos, bebedores, negociantes, cumplidores, formalistas... millones. Lo que nos enseña el libro es que todo puede ser diferente si nos atrevemos a recuperar a nuestro niño o niña interior, si escuchamos, si nos dejamos domesticar.

Los adultos no sabemos lo que queremos (somos los típicos neuróticos de los que hablaba Freud), medimos el peligro y no nos atrevemos ni a caminar por las calles por el terror de la inseguridad ciudadana, apreciamos a quienes se comportan conforme exige el statu quo, y creemos que quienes se comportan como niños y niñas, siendo adultos, son locos o malcriados, y a veces hasta les encerramos y nos avergüenzan. Tampoco entendemos ni queremos entender lo diferente. Por ejemplo, el principito, de pronto llora, cuando recuerda a su rosa después de haber visto muchas de ellas en un jardín. Las lágrimas son un misterio tan insondable y los niños y niñas pueden pasar, con facilidad, del llanto a la risa, como lo hace el principito, sin que los adultos podamos comprender. En ese misterio los adultos, lamentablemente, no penetramos.

Los niños y niñas, al igual que todo ser que no ha sido escuchado histórica y tradicionalmente por quienes detentamos poder, tienen mucho que enseñar y nosotros mucho que aprender. Quizá la respuesta para un mundo más justo, menos excluyente, más solidario precisamente esté en, humildemente, aceptar que podemos aprender de los otros.

Afortunadamente el mundo no es blanco o negro y esto quiere decir que no todas las personas adultas son como las hemos descrito. Todos y todas tenemos algo de esos personajes que habitan los planetas. Pero eso no niega que la cultura dominante es adultocéntrica. Tampoco quisiera caer en la ingenuidad de que todos los niños y niñas son como el principito, hay algunos que aprenden tan rápido a ser adultos que son irreconocibles, pero si uno mira con atención y con el corazón atrás siempre hay un niño o niña que espera ser domesticado.

La gran enseñanza de la historia es que todos fuimos niños o niñas y, por tanto, todos podemos ser domesticados. En la historia de Gonzalo

Moure, el personaje, un oso cazado, que tenía la habilidad de leer en los ojos de los niños, se enfrenta a los ojos del cazador: “Conocía muy bien esos ojos, y verlos allí, sobre él, le hizo temblar, en el fondo de la jaula... Pero luego se fue acercando a ellos. Intentó leer, pero no podía. Los ojos de los adultos no son tan tiernos y sinceros como los de los niños, o eso le pareció... Entonces he visto que de sus ojos caía una lágrima... sus ojos, ablandados por las lágrimas, ya no eran tan duros como antes (...)”. Al final el adulto recupera su alma de niño.³⁵ Es decir, nunca hay que perder la esperanza por un mundo mejor, en el que las palabras acabadas con *ismos*, desaparezcan.

Qué difícil debe ser para un niño o niña vivir en este mundo lleno de adultos que lo copan todo. Por ello el principito afirma que los niños y niñas tienen que ser tan indulgentes.

Para no ser pesado y muy autobiográfico, en un libro tan serio de doctrina jurídica escrito para adultos, no mencioné a mis hijas, Manuela y Nina, y a mi compañera María Eugenia, mi rosa, que sin duda han estado presentes en cada viaje, en cada palabra, en cada pregunta, en cada reproche y en cada aprendizaje del principito. Ya me encantaría tener esa actitud que tuvo el principito frente al zorro, o en general que tienen los niños y niñas frente a los adultos, pero lo intentamos con María Eugenia aunque a veces nos cuesta tanto dejar de ser racionales y transformar nuestros roles en este mundo adultocéntrico. La vida nos dirá si el recuerdo que tengan de la infancia Nina y Manuela será como para el zorro el campo de trigo o como para el aviador las estrellas que ríen en la noche.

35 Moure, Gonzalo. *El oso que leía niños*. Madrid, Ediciones S.M., 2000, pp. 53-54.

V. Bibliografía

- Alston, Philip. *International Human Rights in context. Law Politics and Morals*. Oxford University Press, 2ª. ed., 2000.
- Ariés, Philippe. *El niño y la vida familiar en el Antiguo Régimen*. Madrid, Editorial Taurus, 1987.
- Ávila Santamaría, Ramiro. *Módulos de capacitación*. Quito, Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia, 2008.
- Ayala, Mora, Enrique. *Nueva Historia del Ecuador*. Quito, 1999.
- Carnelutti, Francesco. *Las miserias del proceso penal*. Bogotá, Editorial Temis, 1989.
- Carrión, Fernando. “La violencia latinoamericana”. Internet. http://www.flacso.org.ec/docs/ffc_violencialatino.pdf. Acceso: 23 abril 2010.
- Delibes, Miguel. *La sombra del ciprés es alargada*.
- Ende, Michel. *Momo*. Madrid, Alfaguara, 2002.
- Foucault, Michel. *The history of sexuality. An introduction*, vol. I. New York Vintage Books, 1990.
- Freire, Paulo. *Pedagogía del oprimido*. Uruguay, Siglo XX Editores, 53ª ed. 2000.
- Galeano, Eduardo. *Las venas abiertas de América Latina*. México, Siglo XXI Editores, 2001.
- Gudynas, Eduardo. *El mandato ecológico. Derechos de la naturaleza y políticas ambientales en la nueva Constitución*. Quito, Abya-Yala, 2009.
- Hesse, Herman. *Siddhartha*.
- Kant, Immanuel. “The doctrine of virtue”. *Metaphysics of morals*.
- Londoño, Jenny. *Las mujeres en la independencia*.
- Montero, Rosa. “George Sand: La plenitud”. *Historia de mujeres*. Madrid, Santillana Ediciones, 2007.
- Moure, Gonzalo. *El oso que leía niños*. Madrid, Ediciones S.M, 2000.
- OIT. “Ficha país Ecuador: situación y avances sobre el trabajo infantil”. Internet. <http://white.oit.org.pe/ipecc/documentos/fichaecuador.pdf>. Acceso: 23 abril 2010.
- Olsen, Frances. “El sexo del derecho”. *El género del derecho: ensayos críticos*. Eds. Ramiro Ávila Santamaría, Judith Salgado y Lola Valladares Valladares. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.

- Saint-Exupéry, Antoine de. *El Principito-Le Petit Prince*. Trad. Joëlle Eyhéramonno. Barcelona, Enrique Sainz Editores S.A., 1994.
- Santos, Boaventura de Sousa. *De la mano de Alicia: lo social y lo político en la postmodernidad*. Bogotá, Siglo del Hombre Editores/Ediciones Uniandes/Universidad de los Andes, 1998.
- Saramago, José. *El evangelio según Jesucristo*. Madrid, Alfaguara, 2010.
- Scott, James. *Domination and the arts of resistance*. Yale University Press, 1990.
- Simon, Farith. *Derechos de la niñez y adolescencia: la Convención sobre los Derechos del Niño a las legislaciones integrales*, t. I. Quito, Editora Jurídica Cevallos, 2008.
- Singer, Peter. *Animal liberation. The definitive classic of the animal movement*. Harper Perennial modern classics, 2009.
- Tolstoi, León. *Resurrección*. Barcelona, 2008.
- Unicef. "Ecuador-Panorama general". Internet. <http://www.unicef.org/ecuador/overview.html>. Acceso: 23 abril 2010.
- Vilhena Vieira, Oscar. "Desigualdad y Estado de Derecho". *Sur Revista Internacional de derechos humanos*. (São Paulo) 6, 2007.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Muertes anunciadas*, 1993.
- . "The right to life and Latin American Systems". Internet. www.jstor.org/stable. Acceso: 23 abril 2010.
- Zinn, Howard. *People History of United States 1492-Present*, 1998. Perennial Classic, 1998.

Los principios de aplicación de los derechos

I. ¿Qué son los principios?

La Constitución de 1998, sin duda, realizó un avance considerable en relación a la parte dogmática al incluir principios de carácter general que serán útiles para interpretar los derechos y aplicarlos. En este acápite intentaremos conceptualizar a los principios y daremos pistas sobre su comprensión y utilidad.

Robert Alexy¹ sostiene que los principios son mandatos de optimización. Al decir que son mandatos refuerza la idea de que los principios son normas jurídicas y, como tales, deben ser aplicadas. Al manifestar que son de *optimización* quiere decir que su finalidad es alterar el sistema jurídico y también la realidad.

El principio es una norma ambigua, general y abstracta. Ambigua porque requiere ser interpretada y recreada, no da soluciones determinantes sino que da parámetros de comprensión; ambigua también porque, en su estructura, no tiene hipótesis de hecho como tampoco determina obligaciones o soluciones. Las soluciones que pueden desprenderse de un caso son múltiples y solo pueden ser determinadas en el caso concreto, por esto Alexy afirma que los principios proporcionan un *haz de posibilidades* para la persona que interpreta o aplica el derecho. La ambigüedad es una

1 Alexy, Robert. “El derecho general de libertad”. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

característica esencial del principio. El principio es general porque rige para todas las personas o colectivos, públicos o privados. Finalmente, es norma abstracta porque puede iluminar o servir como parámetro de interpretación para cualquier norma jurídica y para cualquier situación fáctica, carece de concreción.

Ilustremos lo afirmado con un ejemplo cotidiano. En el derecho de los niños y niñas se establece que “se atenderá al principio de su interés superior”.² El interés superior significa que cuando se interpretan los derechos se tiene que visualizar la manera de aplicarlos de tal modo que se promueva el ejercicio de derechos y el desarrollo de las potencialidades de los niños y niñas. Una niña de siete años, a las once de la noche, mira televisión; el padre sostiene que debe ir a la cama porque tiene escuela al día siguiente y la niña sostiene que se está divirtiendo. En clave de derechos, el padre esgrime el derecho al descanso y a la educación; la niña el derecho a la recreación. El principio del interés superior del niño obliga al responsable, en este caso el padre, a visualizar de qué manera se potencia de mejor forma el ejercicio de derechos. Pondera. Si la niña sigue viendo televisión, al día siguiente se despertará cansada y no podrá asimilar las experiencias pedagógicas que reciba en la escuela; si la niña descansa, en cambio, podrá recuperar la energía para aprender y jugar al día siguiente. En este caso, por el principio de interés superior, la niña deberá descansar. Otra hipótesis. La niña ha tenido una jornada imparable de obligaciones. Ha ido a la escuela, ha recibido clases de piano, ha realizado sus tareas escolares, ha limpiado su cuarto y exige ver televisión para descansar. Son las seis de la tarde y el padre le quiere obligar a dormir. En este caso, en cambio, por el principio del interés superior, quizá convenga que la niña mire televisión antes de dormir. Las mismas personas, los mismos derechos y la solución es distinta porque los elementos a considerar cambian.

Los principios, por otro lado, sirven de parámetros de interpretación. Ayudan de forma decisiva a valorar el sistema jurídico. Gracias a los principios podemos identificar normas contradictorias (antinomias) y también las lagunas del sistema jurídico (anomias). El principio enuncia que “la ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las

2 Constitución del Ecuador, 2008, artículo 44.

sanciones penales”;³ y encontramos un precepto en una ley que establece que las personas que tengan drogas prohibidas, sin importar la cantidad ni el tipo de droga, serán sancionadas con 12 y 16 años, de igual modo la ley sanciona a las personas que matan con la misma pena. En un caso en que la persona tenga dos gramos de marihuana y sea para la venta, el juez se encontraría, sin duda, ante una norma legal desproporcionada que está en pugna con el principio constitucional de proporcionalidad. Ante este dilema, que en el derecho penal es más fuerte por el principio de legalidad, el juez aplica el tipo penal o la norma constitucional que es un principio. “Si se quiere hablar de fidelidad o sujeción a la ley, aunque sea en sentido meramente potestativo, podrá hacerse sólo respecto de las leyes constitucionales, sobre cuya base el juez tiene el deber jurídico y el jurista la tarea científica de valorar –y eventualmente censurar– las leyes ordinarias vigentes”.⁴

El principio enuncia que las personas con discapacidad tienen derecho a que se eliminen “las barreras arquitectónicas”.⁵ En la ciudad, las veredas y el acceso a los edificios públicos no tienen acceso para las personas que se movilizan en silla de ruedas. No existen normas jurídicas, en leyes ni ordenanzas, que viabilicen el principio constitucional. En este caso, existe una anomía, que puede ser colmada por el Consejo Municipal o por el fallo de un juez o jueza al conceder la protección de derechos.

Los principios inspiran para resolver las antinomias y para colmar las anomalías. En el primer caso descrito, el juez podría, por el principio de proporcionalidad, determinar cuál sería la pena aplicable⁶ y, en el segundo, crear una norma basada en el principio de atención prioritaria.⁷

Los principios se refieren a los derechos y a la organización del estado, los encontramos tanto en la Constitución como en el resto del sistema jurídico, ya normas internacionales ya normas infraconstitucionales. En este ensayo trataremos sobre los principios de carácter constitucional,

3 Constitución del Ecuador, 2008, artículo 76, numeral 6.

4 Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid, Trotta, 7ª ed., 2005, p. 876.

5 Constitución del Ecuador, 2008, artículo 47, numeral 10.

6 Fácil enunciar, pero en la práctica la construcción penal de una regla requiere un trabajo de elaboración compleja. Véase una referencia en Ávila Santamaría, Ramiro. “¿Pueden los jueces penales inobservar el Código Penal?” *Revista Foro*, 8. Quito, Universidad Andina Simón Bolívar/Corporación Editorial Nacional, 2008.

7 Sobre este problema jurídico, que enunciar resulta relativamente sencillo, véase *ibíd.*

referidos a los derechos y los que están en el capítulo I del título II, denominado “Principios de aplicación de los derechos”.

II. Los principios de aplicación de los derechos

Las constituciones, en su parte dogmática, pueden tener principios de aplicación y principios sustantivos. Los principios de aplicación son de carácter general y tienen que leerse en conjunto para todos y cada uno de los derechos. Los principios sustantivos se refieren al enunciado y desarrollo de los derechos. Por ejemplo, el principio de igualdad y no discriminación (principio de aplicación) se aplica para los derechos del buen vivir, la participación, la protección y para todos los derechos (principios sustantivos).

La Constitución de 1998 estableció que el más alto deber del estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos (art. 16), que los derechos se garantizan a todos y sin discriminación (art. 17), que los derechos humanos son directa e inmediatamente aplicables, que se estará a la interpretación que más favorezca a la vigencia de los derechos humanos, que no se podrá exigir requisitos o condiciones no establecidos en la Constitución y la ley para su ejercicio (art. 18), que los derechos reconocidos y garantizados son los mencionados en la Constitución, instrumentos internacionales de derechos humanos y los demás que se deriven de la naturaleza de las personas (art. 19) y que el estado es responsable por su inobservancia o irrespeto (arts. 20 al 22). La Constitución de 2008 recoge todos los principios del año 1998 e incluye algunos más.

En la región andina, la Constitución de Bolivia⁸ tiene un capítulo primero, dentro del título II, “Derechos, Deberes y Garantías, denominado “Disposiciones generales”, que aborda el tema de los principios de los derechos; por su lado, la Constitución de Colombia junta los principios de los derechos y del estado en el título I, denominado “Principios fundamentales”; la Constitución de Perú no regula los principios generales; la Constitución de Venezuela tiene, al igual que Bolivia y Ecuador, un

8 Para efecto del análisis constitucional comparado, al referirnos a la Constitución de Bolivia, analizamos el texto aprobado por la Asamblea Constituyente en el año 2007.

capítulo específico denominado “Disposiciones generales”, dentro del título III, sobre los derechos, garantías y deberes.

	Bolivia	Colombia	Ecuador 98	Ecuador 08	Perú	Venezuela
Capítulo sobre principios de los derechos	X		X	X		X
Capítulo sobre principios de los derechos y del estado		X				
No regula principios de los derechos					X	

2.1. La titularidad de los derechos

“[L]as personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos...”⁹ En este enunciado se rompe con la tradición liberal de considerar que existían derechos individuales y, excepcionalmente, colectivos. En la Constitución de 1998 los derechos se clasificaban en derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, por una parte, y derechos colectivos por otra. En buena lectura se entendería que los primeros son de carácter individual y los segundos de carácter colectivo. Esta visión es, sin duda, restrictiva. Resultaba que solo los titulares de los derechos podían exigir los primeros y cualquier persona de la colectividad los segundos. En los primeros tenía que haber un titular de un derecho y en los segundos cualquier titular. La teoría liberal del derecho subjetivo se imponía. Los derechos subjetivos son derechos de carácter personalísimo en las relaciones horizontales; solo el titular de un derecho tiene acción ante la justicia. El concepto de derecho subjetivo evoluciona al derecho subjetivo público, que tiene la misma lógica salvo que la parte denunciada puede ser el estado. Otra persona puede demandar en nombre de otra con autorización expresa del titular.

9 Constitución del Ecuador de 2008, artículo 10.

En cambio, en la Constitución de 2008, todos los derechos humanos tienen una doble dimensión: la individual y la colectiva, y se denominarán doctrinariamente como derechos fundamentales (no subjetivo). La forma de su ejercicio puede ser variada, dependiendo de las circunstancias. La enumeración del artículo comienza con las personas que pueden intervenir de forma individual o como parte de un colectivo. Siguen las comunidades, que pueden abarcar a grupos humanos que no cuadran con el término pueblo ni nacionalidad. Las comunidades podrían tener vínculos de vecindad o geográficos, como la comunidad de Oyacachi, o vínculos de otra especie, como la comunidad GLBTT (gay, lesbiana, bisexual, travesti y transexual). Las nacionalidades son colectividades formadas a lo largo de la historia y que comparten la misma identidad étnica, cultural, lingüística, entre otras, como la nación Quichua o Shuar; los pueblos son subdivisiones de la nacionalidad Quichua que se identifican por algunos rasgos específicos que no comparten los otros pueblos, como el pueblo Cayambi. Hay además los colectivos, integrados por personas que forman parte de manera temporal de una categoría social a los que, como partes de esta categoría, se les reconoce derechos específicos, como son los niños, niñas, adolescentes y otros a los que Peces-Barba denomina “personas situadas”.¹⁰ Finalmente, hay colectividades conformadas por individuos que tienen el interés común de que se les reconozca sus derechos por razones o fundamentos jurídicos comunes.¹¹

La Constitución del 2008, al constituir como titulares a todos estos sujetos, expresa que todos y cada uno de los derechos que se enumerarán tienen dimensiones individuales y colectivas. Por ejemplo, el derecho a la identidad podría ser reivindicado por el individuo a quien se le niega hacer constar su nacionalidad en la cédula de identidad y podría ser considerado un derecho colectivo para demandar una ley en la que se establezca la obligación de la autoridad para hacer constar esta característica

10 Peces-Barba Martínez, Gregorio. “La universalidad de los derechos humanos”. (Madrid) *Doxa* 15-16, 1994.

11 Esta parte del ensayo se basa, en gran parte, en Trujillo, Julio César y Ramiro Ávila Santamaría. “Los derechos en el proyecto de Constitución”. *Revista la Tendencia*. Análisis nueva Constitución. Quito, ILDIS, 2008, pp. 68-85.

de los miembros de la respectiva nacionalidad. Desde la perspectiva del juez o jueza, al conocer un caso por una demanda individual, también podría resolverlo con carácter colectivo; por ejemplo, en el caso de que una persona portadora de VIH-Sida, que requiera antirretrovirales, demande al estado por omisión en la provisión de la medicina, el juez al constatar la violación podría determinar que un colectivo se encuentra expuesto a la misma situación. El ámbito y las posibilidades del derecho, en consecuencia, se multiplican.

La Constitución de 1998 dividía con claridad los derechos colectivos, que eran explícitamente los derechos indígenas y los derechos al medioambiente, y los demás derechos, que había que entender, como se ha dicho, que eran los individuales. Esta dicotomía, en la clasificación, impedía que un derecho no indígena o del medioambiente, pueda ser exigido en dimensión colectiva; o, al contrario, que un derecho considerado colectivo pueda ser demandado en su dimensión individual.

Para apreciar las dimensiones individuales y colectivas pensemos en el caso hipotético de una política pública, mediante la cual se distribuyen vacunas para niños y niñas menores de cinco años. Las vacunas se distribuyen solo en zonas urbanas y en escuelas públicas. Evidentemente, existiría una situación discriminatoria hacia los niños y niñas de zonas rurales y que se encuentran en las escuelas privadas. En la Constitución de 1998 la lectura sería que se trata del derecho a la salud que podría solo ser exigido por los representantes de los niños y niñas que han sido discriminados, por tratarse de un derecho individual. La solución sería exclusivamente para el niño o niña que demanda. En cambio, en la Constitución del 2008, cualquier persona, indiferente de si es víctima o no, podría demandar una acción de protección de derechos y la solución beneficiaría colectivamente a todos los niños y niñas discriminadas.

La Constitución de Bolivia evita utilizar la clasificación de derechos colectivos; la de Colombia (capítulo III) y la de Venezuela tienen la clasificación dicotómica, distinguen entre los derechos de las personas, que parecería que son todos salvo los indígenas y ambientales; y la de Perú no hace alusión alguna a los derechos indígenas.

	Bolivia	Colombia	Ecuador 98	Ecuador 08	Perú	Venezuela
Derechos colectivos		X	X			X
Derechos individuales		X	X		X	X
No distingue titularidad	X			X		

Consideramos un avance conceptual la no distinción de la titularidad de derechos individual o colectiva, porque se amplían las posibilidades de exigibilidad, como sucede en Bolivia y en la Constitución del Ecuador de 2008.

2.2. La legitimación activa para la exigibilidad

Los derechos se materializan, cuando son violados, con la exigibilidad. La Constitución del 2008 determina que “los derechos se podrán [...] promover y exigir de forma individual y colectiva...”¹² Este enunciado se complementa con la acción popular reconocida en las disposiciones generales de las garantías constitucionales: “cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer las acciones previstas en la Constitución”.¹³ La teoría del derecho subjetivo, que fue interpretada con la frase “por sus propios derechos”,¹⁴ tiene que ser reformulada o replanteada. En efecto, la Constitución de 2008 permite que “cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad”¹⁵ pueda proponer acciones constitucionales.

La violación a los derechos humanos no puede ser ajena a ninguna persona o grupos de personas. Al estado y a la comunidad les interesa que se sepa cuando hay violaciones y que se corrijan las actuaciones atentatorias a los derechos. Este avance constitucional, que podría ocasionar escándalo a los tratadistas tradicionales del derecho, no es nada nuevo en

12 Constitución del Ecuador de 2008, artículo 11, numeral 1.

13 *Ibid.*, artículo 86, numeral 1.

14 Constitución del Ecuador, 1998, artículo 95.

15 Constitución del Ecuador, 2008, artículo 86, numeral 1.

la legislación nacional y menos aún en el derecho internacional. A nivel constitucional, se ha establecido algo parecido para el hábeas corpus y en la práctica se admite que cualquier persona demande la libertad de quien se encuentra privado ilegítimamente;¹⁶ además, la misma Constitución de 1998 prevé que cualquier persona natural o jurídica, o grupo humano, pueda ejercer las acciones establecidas en el ordenamiento jurídico del país para la protección del ambiente.¹⁷ A nivel legal, en las normas procesales penales, se permite que cualquier persona pueda poner en conocimiento del fiscal la existencia de una infracción penal. A nivel del derecho internacional de los derechos humanos, cualquier persona puede concurrir ante la Comisión de Derechos Humanos para denunciar la violación a los derechos reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos.¹⁸ Lo mismo que sucede con los atentados a la libertad, al ambiente, a los bienes jurídicos penalmente protegidos, a los derechos reconocidos en la Convención Americana, debe suceder con las violaciones a los derechos humanos constitucionalmente reconocidos. En otras palabras, no se puede tolerar impasiblemente su violación sin recurrir a las acciones constitucionales para que se los respete.

La legitimación activa, en el derecho comparado andino, puede ser “subjetiva” si solo las víctimas que sufren la violación de derechos pueden reclamar, “colectiva restringida” si se establecen excepciones para que cualquier persona pueda reclamar a nombre de otra, y “popular” (*actio popularis*) si cualquier persona puede intervenir a nombre de otra persona o de una colectividad.

La Constitución de Bolivia conserva una legitimación activa restrictiva para exigir derechos (art. 129) salvo que se trate de derechos que amenacen intereses colectivos, que son violaciones o amenazas al patrimonio, espacio, seguridad y salubridad (art. 136); la Constitución colombiana permite que una persona actúe a nombre de otra (art. 86); la Constitución de

16 Constitución del Ecuador, 1998, artículo 93.

17 *Ibid.*, artículo 91, último inciso.

18 Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 44: “Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados Miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado Parte”.

Perú (art. 202, numeral 2) y la de Venezuela enuncian que se puede acceder a los órganos de justicia “para hacer valer sus derechos” (art. 25) y, en caso de derechos difusos y colectivos, reconoce la acción popular (art. 26).

Legitimación activa	Bolivia	Colombia	Ecuador 98	Ecuador 08	Perú	Venezuela
Individual/subjetiva			X		X	X
Colectiva restringida	X					
Popular		X		X		

Sin duda, a la vanguardia en este aspecto se encuentra la Constitución de 2008 del Ecuador y la Constitución colombiana de 1991.

2.3. La igualdad y la prohibición de discriminación

El principio de igualdad, en la Constitución de 2008, tiene algunas interesantes variaciones. Se reconoce (1) la igualdad formal,¹⁹ (2) la igualdad material y (3) la prohibición de discriminación.²⁰

(1) La igualdad formal significa que, ante el sistema jurídico —y no exclusivamente ante la ley—, todas las personas deben ser tratadas de igual manera. En la versión clásica, que se sintetiza en la doctrina *equal but separate*, hay que tratar igual a los iguales y diferente a los diferentes, esto significaba que cabía trato diferenciado si es que la ley lo establecía.

(2) En la igualdad material, en cambio, se introduce una análisis sustancial que pasa del sistema jurídico a la realidad de la persona; en este sentido, la fórmula de Santos contribuye a aclarar las consecuencias del trato igualitario en relación a la constatación de la diferencia: todos tenemos derecho a ser iguales cuando la diferencia oprime, y derecho a ser diferentes cuando la igualdad descaracteriza.²¹ La igualdad jurídica

19 Constitución de 2008, artículo 11, numeral 2, reconocida en el artículo 23, numeral 3 en la Constitución de 1998.

20 *Ibid.*, artículo 66, numeral 4.

21 Santos, Boaventura de Sousa. *La caída del angelus novus: ensayos para una nueva teoría social*. Bogotá, ILSA, 2003, p. 164.

implica que hay que proteger las diferencias personales y excluir las diferencias sociales. Cada persona es, al mismo tiempo, diferente a los demás, en cuanto a su identidad, y es una persona como todas las demás, en cuanto a la igualdad social. Se tutelan las diferencias, en el primer caso, y se combaten las desigualdades, en el segundo.²²

(3) La Constitución de 1998 apenas enuncia que todos los derechos son garantizados a todos los habitantes del Ecuador sin discriminación. La Constitución de 2008, en cambio, se inspira en la Convención contra todas las formas de discriminación de la mujer²³ que contiene una definición acabada sobre la discriminación,²⁴ garantiza la igualdad, define lo que significa la discriminación que queda prohibida y cierra con las acciones afirmativas.²⁵ En la definición, la Constitución recoge todos los elementos reconocidos a nivel internacional para distinguir el trato igualitario del discriminatorio: enumera los criterios por los que se pueden discriminar y los prohíbe expresamente, en tanto la finalidad o consecuencia del trato distinto, menoscabe o anule el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. Entre las categorías prohibidas, también encontramos novedades. A las ya numerosas del año 98, se ha incluido el género, la cultura, ideología, el portar VIH, la diferencia física, el pasado judicial y la condición migratoria; en total veinte características que no deben ser consideradas como criterios para distinguir en el trato a las personas. Estas categorías –específica– podrían ser personales o colectivas, temporales o permanentes.

Las categorías prohibidas, que siempre deben entenderse como ejemplificativas, reflejan preocupaciones de movimientos sociales que se visibilizan para ser protegidos y que históricamente han sido discriminados. Desde esta perspectiva, la enumeración, por grande que parezca, no es un agregado arbitrario o retórico.

La Constitución de Bolivia establece un número parecido de categorías prohibidas para discriminar pero no define su concepto (art. 14. II). La Constitución de Colombia establece la igualdad formal y material

22 Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid, Trotta, 7ª. ed., 2005, p. 907.

23 Convención contra todas las formas de discriminación contra la Mujer (CEDAW), artículo 1.

24 Véase Facio, Alda. “La Carta Magna de las mujeres”. *Memorias del Diplomado en Derechos Humanos*. Quito, PUCE, 2003.

25 Constitución del Ecuador, 2008, artículo 11, numeral 2.

(igualdad real y efectiva), establece tres veces menos categorías prohibidas en el trato, no define la discriminación y también establece la posibilidad de acciones afirmativas (art. 13).²⁶ La Constitución de Perú solo reconoce la igualdad formal y siete categorías prohibidas (art. 2, numeral 2),²⁷ no define la discriminación ni tampoco recoge las acciones afirmativas. La Constitución de Venezuela reconoce la igualdad ante la ley (art. 21) y, como derivación de este principio, la prohibición de discriminación por cuatro categorías (art. 21, numeral 1) con definición de acuerdo a estándares internacionales, también reconoce la igualdad real y efectiva ante la ley y la adopción de medidas positivas (art. 21, numeral 2).

Igualdad	Bolivia	Colombia	Ecuador 98	Ecuador 08	Perú	Venezuela
Igualdad formal	X	X	X	X	X	X
Igualdad sustancial	X	X		X		X
Definición de discriminación				X		
Categorías prohibidas	23	17	13	20	7	4
Acciones afirmativas		X		X		X

26 Art. 13.- Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

27 Art. 2.- Toda persona tiene derecho:
[...] 2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.

2.4. Los derechos y las garantías son directamente aplicables

“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”.²⁸

Cualquier norma jurídica que esté vigente y además sea válida, es decir, que haya sido expedida por autoridad competente, siguiendo las reglas de su producción y que no se contradiga con los principios constitucionales, tiene que ser aplicada. Para el derecho ordinario no existe discusión alguna en la teoría tradicional, que establecía que el juez debe aplicar la ley. Sin embargo, en relación con la Constitución tenemos algunas dificultades.

La teoría tradicional del derecho considera que en la Constitución se pueden encontrar dos tipos de normas. Unas de directa aplicación y otras programáticas. Se entendía que las primeras, al tener formas de reglas (hipótesis de hecho y obligación), podían ser aplicadas, mediante un proceso subsuntivo, por quien juzga. En cambio, las normas programáticas, aquellas que establecen objetivos a alcanzarse, tales como los derechos sociales, solo pueden ser aplicadas si es que existe desarrollo normativo. Esta teoría tiene sentido en el estado legal de derecho, puesto que las autoridades judiciales están sometidas exclusivamente a la ley. Este principio se conoce como el de mera legalidad.

En el neoconstitucionalismo toda norma constitucional es aplicable, aun cuando tenga la estructura de un principio. La distinción entre normas programáticas y normas directamente aplicables es irrelevante. Por supuesto que esta afirmación implica que las personas están sometidas además de la ley a la Constitución, y que requiere una dosis de creatividad de la persona que aplica al imaginar y crear la hipótesis de hecho y la obligación que emana del principio en el caso que aplica. La sujeción a la Constitución, y no solo a la ley, se conoce como el principio de estricta legalidad.

Por otro lado, los sujetos destinatarios de los derechos ya no son exclusivamente las autoridades judiciales. Esto también cambia la teoría

28 Constitución del 2008, artículo 11, numeral 3.

tradicional del derecho. Las normas están destinadas a vincular y limitar a cualquier persona que se encuentre en situación de poder.

El problema teórico, que se resuelve de forma fácil y enunciativa, mediante la comprensión de que los principios son normas, se torna terriblemente complicado en la aplicación práctica, en particular en aquellos derechos que demandan una fuerte intervención estatal. Piénsese, por ejemplo, en el principio que establece que “las personas y colectividades tienen derecho al acceso seguro y permanente a alimentos sanos, suficientes y nutritivos”.²⁹ ¿Puede ser directamente aplicable esta norma? La respuesta es categóricamente sí. Los ámbitos y las formas de resolver la real diferencia entre el “deber ser” del principio y el “ser” de la realidad requiere de teoría de los derechos humanos y de técnicas de interpretación. En principio, por el solo hecho de la existencia de la norma, las personas que consideran que se viola en la realidad este derecho, pueden iniciar una acción de protección de derechos. El resultado depende de las circunstancias. ¿Si un día usted no tiene dinero para comprar su almuerzo, podría considerarse que se ha violado su derecho a la alimentación? ¿Si la alimentación que se vende en un restaurante de comida rápida está llena de grasa saturada, estarían violando el derecho a alimentos sanos y nutritivos? Quien juzga o la autoridad que pretenda aplicar el principio, debe resolver la cuestión en relación al contexto y a las posibilidades reales de aplicación. Puede ser que exista daño y por tanto se requiere reparación, puede ser que existan justificaciones que expliquen la falta de atención al derecho, puede ser que se aplique el principio de subsidiaridad y que las personas que tienen recursos deban por sí mismas satisfacer el derecho, puede ser que exista una omisión del estado al formular políticas públicas sobre alimentación.

La norma es siempre aplicable. Cuando la autoridad determina que no cabe la pretensión de la persona que considera que su derecho está siendo violado, puede eso significar que el principio está siendo aplicado. Alexy, para comprender el fenómeno de la aplicación del derecho, utiliza la teoría de la posición jurídica. Según esta teoría las personas que tienen derecho y consideran que están siendo violados, solo podrán encontrar satisfacción por parte del estado cuando tienen razones válidas y suficientes

²⁹ *Ibid.*, artículo 13.

para ello. Esto nos remite al problema de la argumentación jurídica y de la ponderación para encontrar la justificación en caso de que la norma no surta efectos en el caso.

Otro efecto de la directa aplicación es que no se requiere de intermediación de autoridad alguna para que se pueda invocar el cumplimiento de una norma. Los pretextos de falta de ley o reglamento para excusarse de cumplir un derecho, tan comunes en un estado burocratizado, no tienen cabida.

Si los derechos son aplicables directamente, las garantías, que son las herramientas para su efectividad, también deben de serlo. En tiempos de estados de excepción o de emergencia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que las garantías son imprescindibles para el control democrático sobre el poder del estado.³⁰ Los argumentos sobre el derecho son los mismos para sostener la directa aplicabilidad de las garantías.

2.5. Todo derecho es justiciable

En la teoría tradicional de los derechos humanos, solo los derechos que tenían dimensiones negativas podían ser justiciables porque no significaban erogación alguna de parte del estado, es decir, el estado estaba abusando de su poder. El ejemplo paradigmático es el de la libertad de movimiento. Toda persona tiene la posibilidad y la atribución de moverse por donde le sea permitido; si alguna autoridad pública le impide el movimiento, estaba violando su deber de abstenerse. Por el contrario, los derechos sociales, que se consideraban prestacionales, requerían de recursos económicos y humanos para su realización y, por tanto, su consecución era progresiva.

Cass Sunstein ha demostrado que los derechos civiles no son solamente de abstención, sino que requieren múltiples recursos y que dependen de los impuestos. De igual modo, los derechos sociales tienen también dimensiones negativas, o sea, exigen abstención de parte del estado cuando se practican formas alternativas a las estatales de medicina.

30 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opiniones consultivas n.ºs 8 y 9.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha puesto énfasis en que estos también pueden ser justiciables y que la diferencia en cuanto a la exigibilidad es de grado. Latinoamérica es paradigmática en cuanto a demostrar que los derechos sociales pueden ser justiciables. La Corte Constitucional de Colombia ha justiciabilizado el derecho a la salud pública cuando el municipio no ha concluido una obra de alcantarilla; los jueces argentinos han ordenado la provisión de agua potable a una comunidad que tenía agua contaminada, el Tribunal Constitucional de Ecuador ha ordenado la provisión de medicinas a personas portadoras de VIH, la Corte de la India ha dispuesto que las personas que viven en las calles no pueden ser desalojadas porque tienen derecho a la vivienda.

En suma, la doctrina y la jurisprudencia confirma que todo derecho es justiciable y así lo recoge la Constitución de 2008: “Los derechos serán plenamente justiciables”.³¹

En el constitucionalismo andino, las constituciones de Bolivia (art. 112), Perú (art. 200, numeral 2) y Venezuela (art. 27) reconocen que todo derecho es justiciable; la Constitución de Colombia es la única que establece una diferencia entre los derechos directamente aplicables y justiciables (art. 85) y los otros, que tendrían naturaleza programática, aunque, debemos reconocer, la Corte Constitucional ha justiciabilizado derechos económicos, sociales y culturales.

Justiciabilidad	Bolivia	Colombia	Ecuador 98	Ecuador 08	Perú	Venezuela
Todos los derechos	X		X	X	X	X
Algunos derechos		X				

31 Constitución del Ecuador 2008, artículo 11, numeral 3.

2.6. Prohibición de restricción normativa

“Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales”.³²

La prohibición de restricción normativa infraconstitucional tiene relación directa con (1) la supremacía de la Constitución, con (2) el principio *pro homine* y con (3) el principio de progresividad.

(1) La Constitución establece, al reconocer expresamente un derecho y una garantía, un mínimo que no puede ser disminuido. Irrespetar el mínimo, mediante una norma jurídica de cualquier jerarquía, significaría que la Constitución está siendo irrespetada y que, por tanto, esa norma se torna inválida. La prohibición de restricción no impide la regulación. Las normas de carácter secundario, si es que regulan sobre los derechos o las garantías, pueden ampliar los mínimos, desarrollar los derechos, ampliar los márgenes de protección y facilitar las condiciones para su aplicación. No puede, en cambio, disminuir la protección, restringir un derecho o imponer condiciones que hagan que el derecho sea inaplicable. Por ejemplo, el amparo constitucional establecido en la Constitución de 1998 fue regulado sucesivamente por varias resoluciones de la Corte Suprema de Justicia. Esas regulaciones normativas establecieron condiciones tales como prestar otro juramento adicional al establecido en la ley, e imposibilitar las causales de amparo contra actos normativos de carácter general. Estas resoluciones eran evidentemente inconstitucionales por regular requisitos no establecidos en la Constitución. Puede presentarse el caso que una norma de carácter internacional tenga regulaciones o protecciones inferiores a las establecidas en la Constitución; en este caso, la norma internacional no se aplicaría por restrictiva. En otras palabras, el principio comentado permite la regulación más favorable y prohíbe la regulación restrictiva.

(2) El principio *pro homine* nos indica la real posibilidad de encontrar antinomias en el sistema jurídico. Si tengo una norma constitucional que establece, por ejemplo, que está prohibida la discriminación y tengo otra norma de carácter legal que determina que el matrimonio es solo entre

32 *Ibid.*, artículo 11, numeral 4.

hombre y mujer, la segunda norma no debería ser observada y sería inválida. De existir duda en el alcance de una norma, y si quien debe interpretarla no está seguro si la regulación es restrictiva o no, por el principio *pro homine* deberá entenderse que la norma sospechosa de restringir derechos, no deberá ser aplicada.

(3) Derechos y las garantías deben ir de menos a más. La Constitución establece un punto de partida que debe ser desarrollado y expandido en todo sentido: alcance, ámbito de protección, personas que las disfrutan, autoridades que aplican. El sentido contrario está proscrito. La prohibición de restricción implica que cuando alguien la practica está optando por una alternativa regresiva.

El mandato de no restricción en la regulación de derechos está íntimamente vinculado con la garantía normativa.³³ El destinatario de esta norma es la Asamblea Nacional y todo órgano que tiene potestad o competencias normativas, tales como un Consejo Provincial, el Presidente cuando establece un reglamento, un ministro cuando realiza una resolución; y, por supuesto, la autoridad judicial cuando resuelve mediante sentencia, qué es norma para las partes. Como la Constitución también regula a los particulares, los estatutos de compañías, las directrices de un colegio, los contratos laborales tampoco podrían restringir los derechos.

En el derecho comparado andino, las constituciones no reconocen expresamente este principio consagrado por Ecuador.

	Bolivia	Colombia	Ecuador 98	Ecuador 08	Perú	Venezuela
Principio de prohibición de restricción normativa				X		

³³ *Ibid.*, artículo 84.

2.7. Aplicación más favorable

“En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia”.³⁴

El principio supone (1) que hay dos normas aplicables para una misma situación o caso, y (2) que hay dos interpretaciones posibles para una misma norma. En cualquiera de los dos casos, hay que aplicar aquella norma o interpretación que favorezca efectivamente el ejercicio de derechos.

(1) Entre dos normas, la mejor para la persona. En el año 1973, cuando la Corte Suprema de los EE. UU. resolvió el controversial caso “Roe v. Wade”, mediante el cual permitió el aborto bajo ciertas condiciones, lo hizo bajo el argumento del derecho de la intimidad, que prohíbe la injerencia arbitraria del estado en la vida de las mujeres. Otro derecho que pudo haberse aplicado es el de la libertad. El movimiento feminista de los EE. UU. considera que la norma que más protege el derecho a las mujeres es de la libertad más que el de la intimidad. En el derecho a la intimidad se reforzó la separación de lo público con lo privado y la no injerencia el estado en asuntos que no son de su incumbencia. Esta aplicación puede ser contraproducente para reivindicaciones públicas de espacios privados como el de la violencia doméstica. Más allá de las discusiones sobre la legitimidad del aborto, la autoridad que debe aplicar un derecho debe guiarse por la norma que brinde mayores posibilidades de ejercicio de derechos. En el caso brevemente relatado, tenemos dos normas, desde la perspectiva de las mujeres, que pueden ser aplicadas. ¿Cuál norma expande los derechos de manera más contundente?

(2) Una norma, dos o más interpretaciones, la mejor. En general, el derecho siempre es interpretable. Este fenómeno se produce porque las normas se expresan a través del lenguaje y las palabras tienen múltiples sentidos en sí mismas, y estos se multiplican en el contexto. Cada palabra tiene más de un significado, y basta ver un diccionario de sinónimos; cada palabra adquiere sentido en una frase; cada palabra cobra sentido, incluso, en un contexto histórico, social y cultural. El derecho es por esta razón

³⁴ *Ibid.*, artículo 11, numeral 5.

interpretable. Toda persona tiene derecho a una vivienda *adecuada* y digna.³⁵ ¿Qué significa una vivienda *adecuada* para una persona indígena que vive en un ambiente comunitario, cálido y lluvioso? ¿Qué significa una vivienda adecuada para una persona urbana, soltera, jubilada, discapacitada? La palabra *adecuada* debe ser interpretada en función del contexto, de la persona beneficiaria, de las necesidades, de la cultura, de los medios que se dispongan para hacer una vivienda. Otro ejemplo de carácter procesal. La Constitución establece que en las acciones de protección de derechos, las notificaciones deben hacerse de la manera que sea más *eficaz* que estén al alcance de las partes.³⁶ La palabra eficaz puede entenderse desde el derecho civil, que implicaría un trámite escrito, formal y lento, o desde los avances de la informática, que implica un trámite a través de un medio electrónico, sin firmas e inmediato. Ante estas dos interpretaciones de una misma norma procesal, debe preferirse la que más favorezca la vigencia de los derechos; en este caso, debe optarse por la segunda opción porque beneficiaría a la persona que está exigiendo un derecho y que busca la tutela efectiva de parte del estado.

La aplicación más favorable a los derechos solo la tienen las constituciones de Bolivia (art. 255) y Ecuador. Esta afirmación no obsta a que a nivel jurisprudencial o legal ordinario se haya desarrollado; tampoco significa que las constituciones no reconozcan el principio *pro reo* o *pro operario*, como lo hace, por ejemplo, la Constitución colombiana.

	Bolivia	Colombia	Ecuador 98	Ecuador 08	Perú	Venezuela
Principio de aplicación más favorable	X			X		

35 *Ibid.*, artículo 30.

36 *Ibid.*, artículo 86, numeral 2, literal d.

2.8. Las características esenciales de los derechos

La Constitución del 2008 recoge lo que en su momento fue una aspiración y un llamado de la comunidad internacional: “todos los principios y derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía”.³⁷

Luigi Ferrajoli aporta a la comprensión de los derechos con una caracterización bastante precisa de los derechos fundamentales, que se distinguen de manera clara con los derechos ordinarios o patrimoniales. Las características que distinguen a los primeros son precisamente los establecidos en la Constitución.

Inalienables. Los derechos son indisponibles y ningún poder lo puede vaciar de contenido. En cambio los derechos patrimoniales pueden ser de libre disposición del titular y de restricción legítima por parte de otro poder. Por ejemplo, no se puede disponer del derecho a la salud, pero sí se puede disponer de la propiedad.

Irrenunciables. Una persona no puede renunciar, bajo circunstancia alguna, de la titularidad de estos derechos. En cambio, en los patrimoniales caben algunas formas de renuncia, por ejemplo el abandono y la donación; una persona puede despojarse de la propiedad de un bien arrojándolo a la basura o regalárselo a otra persona, sin que este abandono o renuncia implique una violación de derecho.

Indivisible. Los derechos, al igual que las personas, son integrales; no se puede sacrificar un derecho a costa de otro. Las personas al mismo tiempo están ejerciendo múltiples derechos (vivir, libertad de movimiento, de pensamiento, de expresión, vivienda, nutrición, salud...) o los están violando. Así como en la vida no se puede afirmar que se ejerce un derecho a la vez, así tampoco se debe analizar los derechos sin consideración de los otros. Una persona es digna cuando todos los derechos están satisfechos. Los derechos patrimoniales, en cambio, son por naturaleza divisibles: se

37 *Ibid.*, artículo 11, numeral 6; y Asamblea General de las Naciones Unidas, Conferencia Mundial de Derechos Humanos (1993), Declaración y Programa de Acción de Viena: “5. Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso...”

puede dividir la herencia, la propiedad horizontal, puedo vender un vehículo por partes, hipotecar una propiedad, satisfacer un crédito periódicamente, dividir la sociedad conyugal.

Interdependiente. Los derechos se relacionan entre sí, son como un sistema en el que si un derecho no se lo ejerce o se lo viola, puede afectar a otros. Los derechos tienen que ser leídos de forma sistemática. Los derechos son un instrumento para que los seres humanos puedan vivir cabalmente. Así como al ser humano no se lo puede *compartamentalizar*, tampoco se los debe compartamentalizar a los derechos. Una vivienda inadecuada, por no tener baños, ventilación, espacio suficiente, puede afectar al derecho a la intimidad, a la salud, a la familia, a la educación. De igual modo, por ejemplo, una alimentación inadecuada puede afectar la salud, la concentración en la escuela, la posibilidad de realizar deportes y hasta la vida misma. Por esta razón, la autoridad que aplique, restrinja o repare un derecho tiene que tomar en consideración los otros derechos que están en juego.

Igual jerarquía. Esto quiere decir que cualquier clasificación sobre derechos humanos no implica jerarquización alguna. No por estar al final, en segundo o tercer lugar de una enumeración de derechos, significa que es menos importante, como se ha pretendido afirmar en relación con la ubicación del derecho a la vida o al derecho a las libertades. El argumento de que los derechos de libertad se encuentran al final y por tanto el constituyente les ha dado una importancia secundaria es falaz. Eso querría decir que quienes escribieron la Constitución del 2008, al poner en último lugar a los derechos colectivos y los derechos sociales, relegaron su importancia. Sostener estos argumentos no solo que atentarían contra la naturaleza de los derechos, sino que establecerían jerarquías que, en su aplicación, implicarían situaciones evidentemente discriminatorias.

Estas características esenciales las encontramos, con algunas variaciones (universalidad e inviolabilidad) en la Constitución de Bolivia (art. 13, I); la de Colombia reconoce que los derechos son inalienables (art. 5); la de Perú no tiene un capítulo ni norma sobre principios de los derechos; la de Venezuela tiene un capítulo sobre disposiciones generales y reconoce que los derechos son irrenunciables, indivisibles e interdependientes (art. 19).

Características DD. HH.	Bolivia	Colombia	Ecuador 98	Ecuador 08	Perú	Venezuela
Inalienables	X	X		X		
Irrenunciables				X		X
Indivisibles				X		X
Interdependientes				X		X
Igual jerarquía				X		
Universales	X					

2.9. Las fuentes de los derechos

En la Constitución de 1998, las fuentes de los derechos humanos son tres: la (1) Constitución, (2) los instrumentos internacionales de derechos humanos y los demás derechos que se derivan de la naturaleza humana.³⁸ Esta última fuente nos llevaba a un problema cuya solución no es pacífica: el iusnaturalismo. En la Constitución del 2008, en cambio, se adopta la fórmula de que la enunciación de los derechos en las anteriores fuentes “no excluirá los demás derechos derivados de (3) la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su desenvolvimiento”.³⁹

(1) La Constitución es el gran referente para identificar aquellos derechos que un país considera que son tan importantes que fundamentan la convivencia de las personas y los pueblos en un estado. Estos derechos están en lo que se denomina la parte dogmática de la Constitución. El primer lugar al que se debe recurrir para saber cuáles son los derechos que tienen protección especial en un estado es, sin duda, a la Constitución.

(2) Los instrumentos internacionales son de dos clases: los tratados y el *soft law*. Los tratados, convenios, pactos, protocolos, que tienen igual naturaleza jurídica, son instrumentos que requieren un trámite de aprobación, normalmente parlamentario, al interior de los estados, y que debe su ratificación depositarse ante un organismo internacional. Una

38 Constitución de 1998, artículo 19.

39 Constitución de 2008, artículo 11, numeral 7.

vez ratificados, los tratados tienen fuerza vinculante y pueden ser invocados ante una autoridad judicial como cualquier otra norma vigente. Los tratados de derechos humanos contienen un preámbulo (el porqué del tratado), obligaciones generales (respetar y hacer respetar los derechos), enumeración de derechos (cuerpo) y un mecanismo de protección (que puede ser un mecanismo de información, como el establecido en la Convención de los Derechos de los Niños; un mecanismo cuasi contencioso, como el establecido en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos; o un mecanismo contencioso, como el reconocido en el estatuto de Roma).⁴⁰ El *soft law*, en cambio, implica simplemente una firma del estado; estos instrumentos no tienen un proceso de ratificación, enumeran derechos pero no tienen un mecanismo de protección internacional. Se dice, por tanto, que no son vinculantes y de ahí la denominación de “derecho suave”. Entre los documentos de *soft law* podemos enunciar las declaraciones, las resoluciones, las normas mínimas, las directrices. ¿Se puede invocar un derecho establecido en el *soft law* en Ecuador? Sin duda alguna la respuesta es sí. No solo porque en Ecuador se pueden invocar los derechos que emanen de la dignidad, que el *soft law* puede ayudar a enunciarla, sino también porque el artículo *in comento* de manera clara establece que los derechos que reconoce Ecuador están en los instrumentos de derechos humanos. Si la voluntad expresa era restringir las fuentes a los tratados, creemos que se hubiera expresado de ese modo.

(3) La referencia a la dignidad tiene sustento jurídico innegable, aunque también podría tener referencia al iusnaturalismo, que tanto fue criticado por el positivismo. La célebre fórmula kantiana de que nadie debe ser un medio para que otros cumplan sus fines salvo que sea medio y fin al mismo tiempo,⁴¹ ha dado ocasión para que, a nivel jurídico, se la desarrolle en más de 94 volúmenes de sentencias del Tribunal Constitucional Federal, como enseña el jurista alemán Robert Alexy, con ocasión del artículo uno de la Ley Fundamental alemana que proclama que el estado

40 Véase Villán Durán, Carlos. *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Madrid, Trotta, 2002, pp. 773-822.

41 Kant, Immanuel. “The doctrine of virtue”. *Metaphysics of morals*, citado por Steiner, Henry y Philip Alston. *International Human Rights in context. Law Politics and Morals*. Oxford University Press, 2ª ed., 2000, pp. 261-263.

tiene como fin realizar la dignidad;⁴² a nivel doctrinario, por ejemplo, Ferrajoli ha usado la fórmula kantiana para deslegitimar todos los argumentos a favor de la prevención como fin de la pena.⁴³ Esta cláusula que remite a la dignidad, que se denomina en la doctrina como “cláusula abierta”, abre la posibilidad para que los derechos no reconocidos en la Constitución ni en instrumento internacional alguno, puedan ser justiciables. La referencia a la dignidad, sin duda, nos ofrece parámetros más objetivos para la determinación de derechos. Por ejemplo, supongamos que la experimentación genética llegue a ser tan desarrollada que la dignidad pueda ser afectada. Una persona científica, modificando genes, puede dotar a un ser humano de características tan excepcionales que sea inmune a las enfermedades, sea clarividente y pueda anticipar la voluntad de otros. Una sociedad con estas personas sería inevitablemente jerárquica y en consecuencia discriminatoria. En estas circunstancias hipotéticas ¿puedo demandar el derecho a la no experimentación científica con el genoma humano?⁴⁴ Los derechos son una realización histórica. El derecho a la naturaleza, que reconoce Ecuador en un contexto de calentamiento global y de extinción de bosques primarios, era inconcebible hace cincuenta años cuando no se consideraba siquiera que el modelo de desarrollo podría implicar una destrucción de la naturaleza que afecte la subsistencia incluso del ser humano. En el liberalismo clásico del siglo XIX no estaba bajo discusión que las mujeres, los niños, niñas, indígenas, analfabetos tuvieran derechos y pudieran ser ciudadanos o ciudadanas. ¿Tienen derecho las generaciones futuras? ¿Pueden existir necesidades de reconocimiento de derechos, que el ser humano de ahora no puede visualizar con las amenazas de la técnica? De ahí la necesidad de una cláusula abierta en beneficio de los seres humanos y como herramienta de protección contra los males o amenazas no identificadas.

La Constitución de Bolivia parecería que reconoce explícitamente los derechos establecidos en la Constitución, sin referencia a los instrumentos

42 Alexy, Robert. “Derechos fundamentales y estado constitucional democrático”. *Neoconstitucionalismo(s)*. Ed. Miguel Carbonell. Madrid, Trotta, 2003, p. 45.

43 Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid, Trotta, 7ª ed., 2005.

44 Sobre los riesgos de la biotecnología, ver Fukuyama, Francis. “La dignidad”. *El fin de la historia y el último hombre*. Punto de lectura, 2003, pp. 241-285.

internacionales, y permite la proclamación de derechos no enunciados en ella (art. 13, II); la de Colombia establece que tienen vigencia los derechos reconocidos en la Constitución, tratados internacionales y los demás derechos inherentes a la persona humana (art. 94);⁴⁵ la de Perú también tiene una cláusula abierta de derechos y hace referencia a derechos de naturaleza análoga, sin especificar fuente, y a derechos “que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”(art. 3);⁴⁶ la de Venezuela también reconoce las tres fuentes comunes: Constitución, tratados internacionales y los inherentes a la persona.

Fuentes de los DD.HH.	Bolivia	Colombia	Ecuador 98	Ecuador 08	Perú	Venezuela
Constitución	X	X	X	X	X	X
Tratados		X	X	X		X
<i>Soft Law</i>			X	X		
“cláusula abierta” (dignidad, naturaleza)	X	X	X	X	X	X

2.10. La progresividad

La Constitución del 2008 recoge dos principios importantes en la teoría general de los derechos humanos: el principio de progresividad y el de no regresividad.⁴⁷ Tradicionalmente se ha considerado que los derechos económicos, sociales y culturales eran de desarrollo progresivo y que solo los derechos civiles eran de cumplimiento inmediato. Lo cierto es que todos

45 Art. 94.- La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.

46 Art. 3.- La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

47 Constitución del Ecuador de 2008, artículo 11, numeral 8.

los derechos humanos tienen dimensiones de cumplimiento inmediato y dimensiones de progresividad. Por ejemplo, nadie negará que la prohibición de la tortura es de cumplimiento inmediato pero que, al mismo tiempo, requiere de progresividad en su aplicación, conforme avanza la ciencia y la técnica, así como la sensibilidad social de la humanidad; la inviolabilidad de la correspondencia comprendía, en el pasado, la de la comunicación escrita, luego se extendió a la telefónica y ahora comprende a la que se realiza por medios electrónicos; de igual modo, el derecho a la libertad y el secreto del voto es de cumplimiento inmediato siempre, pero uno es el alcance cuando se emplea medios puramente mecánicos, y otro cuando se consideran medios electrónicos, que implicaría progresión hacia el perfeccionamiento de los instrumentos para emitir y registrar el voto; el derecho a la salud es de cumplimiento inmediato, pero de cumplimiento progresivo conforme las enfermedades aparecen o se extienden y la ciencia médica avanza en la prevención o tratamiento de ellas.

La Constitución de Bolivia reconoce que los derechos son progresivos (art. 13, I); la de Colombia reconoce la progresividad solo en dos derechos (seguridad social, art. 48; acceso a la propiedad de la tierra, art. 64); la de Perú reconoce la progresividad solo en la seguridad social (art. 10); la de Venezuela establece que el estado garantiza a las personas los derechos de acuerdo al principio de progresividad (art. 19).

Progresividad	Bolivia	Colombia	Ecuador 98	Ecuador 08	Perú	Venezuela
Todo derecho	X			X		X
Algunos derechos		Seguridad social y acceso a la propiedad			Seguridad social	
Ningún derecho			X			

2.11. La prohibición de regresividad

El complemento más importante del principio de progresividad es la prohibición de regresividad que proscribe desandar lo avanzado en las condiciones establecidas para el goce efectivo de los derechos. Al respecto se establece que: “será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de derechos”.⁴⁸ La regresividad está prohibida y solo podrá ser admisible si existe estricto escrutinio de sus causas y consecuencias. O sea, si se justifica adecuadamente, se podría admitir una regresión, en forma excepcional y por tiempo determinado, en el goce de derechos. De este modo, las políticas públicas y los servicios que permiten el goce de los derechos, como la inversión en educación o salud, o los establecimientos para proveerlas no pueden disminuir en cuanto a montos o coberturas, ni privar a quienes gozan de ellos. Si esto sucede, existiría una violación a menos que el gobierno justifique adecuadamente las causas y estas sean razonablemente aceptables. Se garantiza así la continuidad en las políticas y los servicios sin distinguir si se trata de un gobierno u otro, con una ideología determinada o la opuesta.⁴⁹

Sobre la no regresividad, las constituciones de Bolivia, Colombia, Perú y Venezuela no tienen referencia alguna.

	Bolivia	Colombia	Ecuador 98	Ecuador 08	Perú	Venezuela
Principio no regresividad				X		

⁴⁸ *Ibid.*, artículo 11, numeral 8, inciso segundo.

⁴⁹ Sobre la doctrina y jurisprudencia más actualizada sobre la prohibición de regresividad, véase Courtis, Christian. *Ni un paso atrás*. Buenos Aires, Editorial del Puerto, 2006.

2.12. La responsabilidad del estado

El último principio tiene referencia con la responsabilidad del estado. Se señala en la Constitución: (1) el más alto deber del estado, (2) la responsabilidad objetiva, (3) la repetición, (4) responsabilidad por violación a la tutela efectiva.⁵⁰

(1) El estado absoluto tenía como el más alto deber cumplir con la voluntad de la autoridad soberana; el estado liberal tenía como el más alto deber cumplir la ley; en el estado constitucional, en cambio, “el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución”.⁵¹ Los otros fines del estado son secundarios frente a este y deben entenderse funcionalizados a su cumplimiento. Por ejemplo, la defensa de la soberanía del estado⁵² tiene sentido en cuanto se defiende un estado que protege y garantiza los derechos de la gente; no tienen sentido la defensa de un estado por el estado, por el orden público, por seguridad nacional o, en general, por cualquier fin de carácter abstracto desvinculado de las personas.⁵³

La Constitución reproduce la forma tradicional de los tratados internacionales de derechos humanos de establecer las obligaciones generales frente a los derechos: respetar y hacer respetar. “Respetar” implica obligaciones de abstención frente a las manifestaciones positivas del ejercicio de los derechos; por ejemplo, cuando alguien está ejerciendo la libertad de movimiento, ningún agente del estado puede detenerlo; otro ejemplo, cuando una persona ejerce su derecho a la salud por medio de un régimen homeopático, el estado no puede imponer medicamentos. “Hacer respetar”, en cambio, implica obligaciones de hacer u obligaciones positivas. Esta obligación puede tener dos manifestaciones. La una es tomar medidas, por ejemplo, elaborar una política pública, un programa de capacitación, expedir una ley, construir una escuela, o ejecutar un plan de vacunación. La otra es

50 Constitución del Ecuador de 2008, artículo 11, numeral 9.

51 *Ibid.*, artículo 11, numeral 9, primer inciso.

52 *Ibid.*, artículo 3, numeral 2.

53 Sobre este tema y el debate sobre la legitimidad del estado para hacer una guerra y de las personas para involucrarse en ella, véase Walzer, Michael. *La ley y el orden en la sociedad internacional: guerras justas e injustas*. Paidós, 3ª ed., 1997, pp. 89-116.

impedir que terceros, con sus acciones u omisiones, provoquen violaciones a los derechos, y esto tiene que ver con tener un aparato de justicia eficiente que resuelva conflictos horizontales (delitos, deudas, contratos incumplidos, violencia intrafamiliar). Estas obligaciones se reiteran cuando la Constitución trata el tema de la reparación en la acción de protección de derechos: el juez o jueza tiene la obligación de “especificar e individualizar las obligaciones, positivas y negativas...”⁵⁴ Se incumplen las obligaciones de respeto cuando el estado realiza acciones y de “hacer respetar” cuando el estado omite actuar. En el primer caso cuando, por ejemplo, discrimina o tortura; en el segundo caso, cuando incumple un mandato claro y expreso del tipo “el Estado generará las condiciones de protección integral a sus habitantes a lo largo de sus vidas...”⁵⁵

(2) La responsabilidad objetiva es propia de los derechos humanos por oposición a la responsabilidad subjetiva del derecho civil. En la responsabilidad objetiva responde el estado cuando existe un daño sin más; en la subjetiva responde una persona y tiene que demostrarse que existe culpa o dolo. La formulación “El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos...”⁵⁶ expresa la responsabilidad objetiva. Aún cuando no aparezca expresamente el enunciado sobre la responsabilidad objetiva, sería un gran error interpretar y aplicar categorías del derecho privado en la institucionalidad de los derechos. La responsabilidad objetiva también la encontramos en el derecho ambiental: producido un daño ambiental, hay que repararlo, aún cuando el daño se produjo por negligencia o culpa.

(3) ¿Tiene sentido que una persona pague, mediante sus impuestos, por la reparación material que realiza el estado cuando ha sido condenado por torturar? Si bien el estado, por la responsabilidad objetiva, responde ante la víctima prescindiendo de la identificación y del grado de responsabilidad de los agentes del estado, no es menos cierto que tiene la obligación de repetir. “Repetir” quiere decir que tiene la obligación de investigar y sancionar a los agentes del estado que provocaron la violación de derechos, de tal forma que

54 Constitución del Ecuador de 2008, artículo 86, numeral 3.

55 *Ibid.*, artículo 341.

56 *Ibid.*, artículo 11, numeral 9, inciso segundo.

el responsable individual pague lo que el estado hizo a su nombre. La víctima de violación de derechos reclama al estado y no al agente. Cuando el estado es condenado tiene la obligación de reclamar al agente. En el derecho internacional de los derechos humanos cuando un estado es sancionado expresamente se determina en la sentencia que debe investigar y sancionar a quienes provocaron la violación y la subsiguiente responsabilidad del estado.

(4) Finalmente, la Constitución dedica especial atención a las violaciones relacionadas con el derecho a la tutela efectiva. La tutela efectiva puede ser considerada como un sinónimo de protección efectiva de los derechos. Si una persona ha sufrido la violación de un derecho, el estado tiene la obligación de ofrecer un recurso sencillo, rápido y eficaz. El estado le hace el daño y le tiene que ofrecer un mecanismo adecuado para repararlo. La Constitución ejemplifica algunas violaciones que puede provocar el uso de esta herramienta privilegiada de protección: detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado, inadecuada administración de justicia, violaciones de los principios y reglas del debido proceso, revocación de sentencia condenatoria y, en general, violación a la tutela judicial efectiva.⁵⁷

En el constitucionalismo andino, la obligación de respetar derechos se encuentra dentro del articulado que establece otras obligaciones en Bolivia (art. 9, numeral 4), Colombia (art. 2), Perú (art. 74) y Venezuela (art. 3); la responsabilidad objetiva se desprende de los textos normativos de todas las constituciones; la obligación de repetir contra el funcionario público que vulneró los derechos lo tienen Bolivia (art. 116, numeral 2) y Colombia (art. 90).

Responsabilidad Estado y derechos	Bolivia	Colombia	Ecuador 98	Ecuador 08	Perú	Venezuela
Objetiva tácita	X	X	X	X	X	X
Repetición	X	X	X	X		
Máximo deber del estado			X	X		
Deber DDHH, entre otros	X	X			X	X

57 *Ibid.*, artículo 11, numeral 9, último inciso.

III. Conclusiones

(1) Los principios son normas jurídicas, propias del constitucionalismo contemporáneo, que se caracterizan por su ambigüedad y amplitud en su aplicación, imprescindibles para colmar las lagunas jurídicas y para solucionar las contradicciones que se manifiestan en el sistema jurídico. El introducir un capítulo de principios generales para comprender y aplicar todos los derechos reconocidos en la Constitución del 2008 es, sin duda, importante. La Constitución de 1998 lo incorporó a su texto, y la Constitución del 2008 lo perfeccionó, al ampliar los principios y sus contenidos.

(2) Ecuador, en términos generales, se encuentra en la vanguardia constitucional, comparando con los textos constitucionales de la región andina. La Constitución del 2008 recoge principios que han sido ampliamente reconocidos por la doctrina y por los instrumentos internacionales de derechos humanos. Afirmaríamos, por la parte dogmática de la Constitución, y sus vínculos con la parte orgánica, que esta Constitución se la podría calificar como garantista. El modelo de estado proclama un catálogo de derechos ambicioso, tiene garantías para alterar la realidad y tiene un estado con fines claros en tanto su fin es realizar y proteger derechos.

(3) Nos encontramos ante una paradoja de legitimación del estado. En un país como el Ecuador, la Constitución, sus principios y derechos no van a transformar automáticamente la realidad. La aplicación de la Constitución requiere de múltiples condiciones, entre otras: el texto constitucional sustancial, la cultura legal, el compromiso de la gente dentro del estado, la participación ciudadana. Aun, en la hipótesis más favorable, con todas las condiciones y hasta con los recursos económicos, el cumplimiento de los principios y derechos serán incompletos. Mientras más derechos, más posibilidades de tener un estado y una sociedad que los incumpla. ¿Es esto un error histórico o una falsa promesa? ¿Los derechos son siempre papel mojado o letra muerta? Para responder estas preguntas, conviene hacer un breve análisis en perspectiva histórica.

Los regímenes autoritarios y despóticos no tienen problemas de legitimidad entre el sistema jurídico que implantan y su ejecución. El *anciane régime* no tenía contradicciones: se cumplía lo que se regulaba. En los regímenes liberales, que introducen pocos derechos y pocas garantías, en

cambio, tengo un sistema jurídico que puede ser ilegítimo por permitir contradicciones, pero estas son corregibles y eliminables. Pero en el sistema constitucional, las diferencias son permanentes e insalvables, y el sistema jurídico no deja de tener anomías y antinomías. En el régimen autoritario no hay conflictos, porque se los resuelve con la fuerza; en el régimen liberal, hay conflictos pero se los resuelve con la ley, la educación, el sistema. En el régimen constitucional, el sistema siempre está en conflicto, pero tiene los mecanismos para aminorarlos o combatirlos.

Por tanto, el hecho de tener principios y derechos lo que hace, en el fondo, es dar más herramientas para lograr una vida digna, en la que se realice y potencie el buen vivir.

IV. Bibliografía

- Alexy, Robert. “El derecho general de libertad”. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- . “Derechos fundamentales y estado constitucional democrático”. *Neoconstitucionalismo(s)*. Ed. Miguel Carbonell. Madrid, Trotta, 2003.
- Ávila Santamaría, Ramiro. “¿Pueden los jueces penales inobservar el Código Penal?” *Revista Foro*, 8. Quito, Universidad Andina Simón Bolívar/Corporación Editorial Nacional, 2008.
- Courtis, Christian. *Ni un paso atrás*. Buenos Aires, Editorial del Puerto, 2006.
- Durán Villán, Carlos. *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Madrid, Trotta, 2002.
- Facio, Alda. “La Carta Magna de las mujeres”. *Memorias del Diplomado en Derechos Humanos*. Quito, PUCE, 2003.
- Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid, Trotta, 7ª ed., 2005.
- Fukuyama, Francis. “La dignidad”. *El fin de la historia y el último hombre*. Punto de lectura, 2003.
- Kant, Immanuel. “The doctrine of virtue”. *Metaphysics of morals*, citado por Henry Steiner y Philip Alston, *International Human Rights in context. Law Politics and Morals*. Oxford University Press, 2ª ed., 2000.

- Peces-Barba, Gregorio. “La universalidad de los derechos humanos”. *Doxa* 15-16. Madrid, 1994.
- Santos, Boaventura de Sousa. *La caída del angelus novus: ensayos para una nueva teoría social*. Bogotá, ILSA, 2003.
- Trujillo, Julio César y Ramiro Ávila Santamaría. “Los derechos en el proyecto de Constitución”. *Revista la Tendencia. Análisis nueva Constitución*. Quito, ILDIS, 2008.
- Walzer, Michael. *La ley y el orden en la sociedad internacional: guerras justas e injustas*. Paidós, 3ª ed., 1997.

Normas

- Constitución del Ecuador, 2008.
- Constitución del Ecuador, 1998.
- Convención Americana de Derechos Humanos.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opiniones consultivas n.ºs 8 y 9.
- Convención contra todas las formas de discriminación contra la Mujer (CEDAW), artículo 1.

La clasificación de los derechos

Introducción

Los derechos en la Constitución de 1998 no hay que toparlos y son de avanzada en el constitucionalismo latinoamericano. Estas afirmaciones se escucharon con harta frecuencia. Sin embargo, la Asamblea Constituyente, según hemos podido apreciar por el texto aprobado en Montecristi, los ha reclasificado, revisado algunos y aumentado otros. En este ensayo comentaremos brevemente sobre los derechos enunciados por la Asamblea Constituyente y resaltaremos algunas “novedades” con relación a los derechos y a sus contenidos, sin que esto signifique que son todos ni que el constituyente no haya revisado, para mejorar, el contenido de otros derechos ya reconocidos en 1998.

La Constitución de 1998 dividió a los derechos en cuatro categorías: derechos civiles, políticos, económicos sociales y culturales, y colectivos. La división es clásica y tradicional. De hecho, los instrumentos internacionales de derechos humanos dividen los derechos en civiles y políticos y económicos, sociales y culturales. En el sistema de Naciones Unidas, en 1966, se estableció esta división al establecer dos pactos internacionales; lo propio hizo el sistema regional interamericano al determinar el Pacto de San José (derechos civiles y políticos) y el Protocolo de San Salvador (derechos económicos, sociales y culturales). Esta clasificación respondió a fenómenos de carácter político en la conocida como “guerra fría”; los EE. UU. pregonaban los derechos civiles y políticos y la Unión Soviética, por su lado, los derechos económicos, sociales y culturales.

La gran diferencia entre los dos instrumentos internacionales, y de esta clasificación, fue que los derechos civiles y políticos determinaban protección judicial, es decir que se podían demandar judicialmente, y los derechos económicos, sociales y culturales eran de cumplimiento progresivo en función de los recursos económicos de los estados. En la práctica, lo que sucedió fue que se establecieron derechos de primera categoría, plenamente exigibles, y derechos de segunda categoría, derechos programáticos que no podían exigirse judicialmente.¹

La clasificación, por otro lado, no era particularmente perjudicial para Europa occidental y para EE. UU., que lograron consolidar el estado de bienestar o estado social, que nunca pudo realizarse en Latinoamérica y en otros países periféricos. Históricamente, en países como Argentina, Colombia, Sudáfrica, India, Hungría, los derechos económicos, sociales y culturales han sido reivindicados judicialmente, de forma creativa y efectiva, en contra de la doctrina tradicional.² Por otro lado, la naturaleza de los derechos humanos enfatiza que los derechos —como ha quedado dicho— son indivisibles, interdependientes, interrelacionados y sin jerarquías.³ Además, la clasificación ocultaba procesos históricos distintos. Así, por ejemplo, lo que para Europa era primera generación, para los países andinos era tercera generación y viceversa; o sea, en nuestras culturas indígenas lo primero que se desarrolló fue lo que ahora conocemos como derechos colectivos, que se discuten en Naciones Unidas a final del siglo pasado. El resultado fue que teníamos derechos de primera generación que eran de primera categoría y derechos de tercera generación que eran de última importancia.⁴

Lo consecuente, por tanto, era evitar una clasificación clásica, con un contenido histórico que atenta contra los principios generales de los

1 Bolívar, Ligia. “Derechos Económicos, Sociales y Culturales: derribar mitos, enfrentar retos, tender puentes. Una visión desde la (in)experiencia de América Latina”. *Estudios Básicos de Derechos Humanos V*. Costa Rica, IIDH, 1996, pp. 85-136.

2 Véase Courtis, Christian y Ramiro Ávila Santamaría. *La protección judicial de los derechos sociales*. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.

3 Constitución, artículo 11, numeral 6, que recoge el principio establecido en la Declaración de Viena de 1993 y en la Declaración de Teherán de 1968.

4 Sobre una visión crítica de los derechos y las clasificaciones, véase Pisarello, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías: elementos para una reconstrucción*. Madrid, Trotta, 2007.

derechos humanos, y procurar tener una clasificación que evite establecer rangos o diferencias entre derechos.

La Constitución de 2008 clasifica a los derechos en siete categorías. Tenemos que reconocer que hubo debates intensos por la no clasificación. Al final se optó, por razones eminentemente de organización y comprensión, por una clasificación distinta a la clásica. Los derechos se clasifican en (1) derechos del buen vivir, (2) derechos de las personas y grupos de atención prioritaria, (3) derechos de comunidades, pueblos y nacionalidades, (4) derechos de participación, (5) derechos de libertad, (6) derechos de la naturaleza, y (7) derechos de protección.

1. El buen vivir

Los derechos del buen vivir equivalen parcialmente a los derechos económicos, sociales y culturales. Por un lado, enumera los *tradicionales* derechos sociales; por otro, dentro del contexto de la Constitución, estos derechos deben ser leídos desde la perspectiva intercultural.

En esta categoría encontramos el derecho al agua, alimentación, ambiente sano, comunicación, información, cultura, ciencia, educación, hábitat, vivienda, salud, trabajo y seguridad social. Lo importante del concepto del buen vivir es la relación directa entre derechos y modelo de desarrollo. Se trata de ejercer estos derechos al punto de vivir dignamente, sin que esto implique un régimen de opulencia y de un determinado sistema de acumulación o competencia. En otras palabras, el goce efectivo de los derechos humanos no es privativo de las potencias más ricas ni es incompatible con un sistema económico social y solidario.⁵

La Constitución de 1998 reconocía el derecho a la salud y consideraba que se lo garantizaba mediante la seguridad alimentaria, la provisión de agua potable, el fomento de ambientes saludables y el acceso a servicios (art. 42). La propuesta de 2008 reconoce como derechos autónomos a

5 Véase Acosta, Alberto y Esperanza Martínez. *El buen vivir. Una vía para el desarrollo*. Quito, Abya-Yala, 2009; y Serrano Pérez, Vladimir. "El buen vivir y la Constitución ecuatoriana", en Diego Pérez Ordóñez, *La Constitución ciudadana. Doce visiones sobre un documento revolucionario*. Quito, Taurus, 2009.

estos derechos que eran parte del contenido a la salud. El derecho al agua es un derecho en sí porque trasciende el derecho a la salud y aún a la salud humana porque de ella depende la subsistencia misma de todos los seres del universo. El agua no es susceptible de apropiación por nadie y, menos, con exclusión de alguien o dicho de otra manera no podrá privatizarse (art. 12). Este derecho ya constaba reconocido por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que desarrolló su contenido en una observación general, que es el medio a través del cual se hacen interpretaciones formales y oficiales sobre el contenido de los derechos del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.⁶

La Constitución de 2008 reconoce y garantiza el derecho a la alimentación y a la soberanía alimentaria (art. 13). Estos derechos se vinculan con el derecho a disponer de bienes no solo para llenar el estómago y matar el hambre, sino para proveer de los nutrientes necesarios para la salud física, psicológica y espiritual, fuerza y energía propias de la persona sana, acorde con su edad, talla y otras características; así como que el país disponga de los bienes suficientes en calidad y cantidad para alimentar a sus habitantes, sin necesidad de depender, para ello, de otros estados.

Estos derechos se complementan con el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado y se refuerza con la prohibición de producción, consumo o distribución de armas químicas, contaminantes orgánicos persistentes, agroquímicos y agentes biológicos perjudiciales para la salud humana. Estos derechos se distinguen de los derechos de la naturaleza. El titular del derecho en estos artículos es el ser humano en los segundos la naturaleza tiene entidad propia.

La educación es gratuita, universal y laica hasta el tercer nivel de la educación superior (art. 28). Mientras que en la Constitución de 1998 la gratuidad era solamente hasta el bachillerato y no se menciona el carácter de laicidad (art. 67).

La Constitución reconoce con claridad el derecho a la vivienda adecuada y digna, lo extiende al hábitat o condiciones físicas y factores biológicos del entorno en los que vida humana sea posible para la persona y aun para la comunidad cultural a la que pertenezca (art. 30), que también

6 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación general n.º 15.

ha sido motivo de desarrollo internacional mediante observaciones generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales;⁷ se conserva la facultad de los municipios para expropiar, reservar y controlar áreas para el desarrollo futuro y hacer efectivo del derecho a la vivienda, al hábitat y a la conservación del ambiente sano.

Las personas tenemos derechos al disfrute de la ciudad y de sus espacios públicos, que se basa en la gestión democrática y en el reconocimiento de las diversidades que habitan en una ciudad (art. 31).

El buen vivir, en general, comprende los derechos e instituciones que tienden a dotar a los habitantes del Ecuador para gozar efectivamente de los derechos humanos a vivir en armonía con sus semejantes y con la naturaleza para que esta sea el hábitat de las presentes y futuras generaciones. El conjunto está enunciado en la parte dogmática y, en la parte orgánica que, para garantizar la posibilidad de su ejercicio y el goce efectivo, establecen sistemas, políticas y servicios públicos y la planificación para el desarrollo.

2. Las personas y grupos de atención prioritaria

En las personas y grupos de atención prioritaria encontramos enumerados los derechos de las personas adultas, migrantes, embarazadas, menores de dieciocho años, jóvenes, con discapacidad, privadas de libertad, usuarias y consumidoras. Estas personas gozan de los mismos derechos que las demás, más ciertos derechos que tienen por su particular situación. Así, por ejemplo, los niños y niñas son vulnerables por factores particulares, en especial en sociedades adultocéntricas y patriarcales como las nuestras; así mismo, las personas privadas de libertad están sometidas al poder arbitrario de los encargados de los establecimientos de su prisión y, por tanto, es menester crear condiciones para que, sin menoscabo de las limitaciones impuestas por el juez, puedan ejercer el resto de derechos de forma autónoma y, al mismo tiempo, impedir los posibles excesos del poder punitivo. Nadie puede negar que los migrantes, ya inmigrantes ya emigrantes,

7 *Ibid.*, observación general n.º 7.

se encuentren en condiciones de particular vulnerabilidad, en especial cuando se les considera ilegales y sufren condiciones de explotación laboral. Se constitucionaliza el derecho de los refugiados y el derecho de las poblaciones desplazadas, que ha sido de desarrollo jurisprudencial en Colombia.⁸ Podríamos argumentar la necesidad de reconocimiento de sus derechos a cada uno de los otros grupos que están expuestos a relaciones opresivas de poder o de indefensión frente a terceros.

La Constitución de 1998 reconocía derechos específicos de tres grupos humanos: niños, niñas y adolescentes (arts. 48-52), personas con discapacidad (art. 53) y personas de la tercera edad, ahora denominados adultos mayores (art. 54), y tiene un artículo genérico que reconoce la atención prioritaria a las mujeres embarazadas, a las víctimas de violencia doméstica y a personas que adolecen de enfermedades catastróficas (art. 47). La Constitución de 2008 añade a los derechos de los grupos enunciados mayor contenido y suma a otros grupos que merecen protección. Por ejemplo, los derechos de los adultos mayores en la de 1998 merecen un artículo que reconoce el derecho a asistencia especial y que tendrán derecho a una adecuada asistencia económica y social; en cambio, la Constitución de 2008 especifica que la atención especial y la adecuada asistencia consiste en atención gratuita y especializada en salud, trabajo remunerado, jubilación universal, rebajas en servicios públicos, exenciones en el régimen tributario, exoneración del pago de costos notariales y registrales, el acceso a la vivienda, y además dedica todo un artículo sobre políticas públicas con nueve medidas específicas (arts. 36-38). Entre los grupos nuevos, están las personas expuestas a movilidad humana (arts. 40-42). Las personas que han tenido que movilizarse de un lugar a otro, tienen derechos en todas las posibilidades: personas ecuatorianas en el extranjero (derecho a asistencia, atención, asesoría, promoción de vínculos con el Ecuador, reunificación familiar, retorno voluntario, confidencialidad en los datos, protección a las familias transnacionales (art. 40), personas extranjeras en el Ecuador (tienen todos los derechos que los ecuatorianos, salvo ciertas restricciones en los derechos políticos (art. 9), personas que han huido de sus países por razones políticas

8 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia n.º T-025-2004.

(asilo) o por estar en peligro su vida, libertad o integridad física, refugio (art. 41), y personas que han tenido que desplazarse contra su voluntad dentro del territorio ecuatoriano (prohibición de desplazamiento y, excepcionalmente cuando se justifique, derecho a asistencia humanitaria específica (art. 42).

3. Las comunidades, pueblos y nacionalidades

Los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades recogen los derechos ya reconocidos en el año 1998 y añade algunos más, que están en concordancia con la Declaración Universal sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de Naciones Unidas (2006).

La Constitución de 2008 añade la palabra “libremente” al derecho a mantener, desarrollar y fortalecer su identidad. Elimina, en el derecho a conservar la propiedad imprescriptible de sus tierras, una salvedad que otorgaba poder al estado y relativizaba este derecho: “salvo la facultad del Estado para declarar su utilidad pública”. Al derecho a la posesión ancestral de las tierras se añade el mismo derecho sobre los territorios (art. 57).

El derecho a consulta se lo armoniza mejor con el Convenio 169 de la OIT que en la Constitución de 1998. Se añade criterios cualitativos al derecho a la consulta: pues esta debe ser “libre e informada”, los consultados expondrán sus observaciones u opinión “dentro de un plazo razonable”; las indemnizaciones han de abarcar a los daños culturales, sin perjuicio de las debidas a los daños ambientales y patrimoniales; en fin, la consulta es “obligatoria y oportuna”. En el empeño de armonizar el texto constitucional con la Declaración de las Naciones sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas se prescribe que: “si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley”, expresión que se ha de entender en el sentido de que el asunto será sometido a los jueces encargados de resolver los conflictos relativos a los derechos constitucionalmente garantizados y a los criterios de solución de las antinomias en materia de derechos humanos establecidos en la misma Constitución. Los beneficios de la prospección y explotación de recursos no renovables, en la Constitución de 1998, se tenían “en cuanto

sea posible”. En cambio, en la Constitución de 2008, al no existir esa condición, se entiende que siempre los pueblos indígenas tendrán derecho a los beneficios obtenidos por la extracción (art. 57, numeral 7).

En la Constitución de 2008, se les reconoce el derecho a mantener, proteger y desarrollar los conocimientos colectivos y mas cerca de la Declaración de las Naciones Unidas se hace mención específica a las ciencias, tecnologías y saberes ancestrales, recursos genéticos, que abarcan la diversidad biológica y la agrobiodiversidad; sus medicinas y prácticas de medicina tradicional, al conocimiento y de los recursos y propiedades de la fauna y de la flora, se prohíbe toda forma de apropiación de los conocimientos, innovaciones y prácticas.

En cuanto a la educación, la Constitución da mayor contenido a la educación bilingüe. Establece el derecho a “desarrollar, fortalecer y potenciar el sistema de educación intercultural bilingüe, con criterios de calidad, desde la estimulación temprana hasta el nivel superior, conforme a la diversidad cultural, para el cuidado y preservación de las identidades en consonancia con sus metodologías, de enseñanza y aprendizaje”; se garantiza, en este sistema, la carrera docente digna y se exige que la administración del sistema educativo sea colectiva y participativa, con alternancia y rendición de cuentas” (art. 57, numeral 14). Se revisa el derecho sobre su patrimonio cultural e histórico, como parte del patrimonio cultural del Ecuador.

Además, la Constitución del 2008 reconoce “nuevos derechos”: mantener y desarrollar contactos con otros pueblos, impulsar el uso de vestimentas, exigir que se refleje la diversidad en toda la educación pública, crear propios medios de comunicación en su idioma y acceso a los demás medios sin discriminación (art. 57, numerales 18-21) y se les garantiza que el estado limitará las actividades militares en sus territorios.

Merece destacar el reconocimiento a los derechos de los pueblos en aislamiento voluntario. Los pueblos en aislamiento tienen derecho a la posesión de sus tierras, a que no se realice actividad extractiva en sus tierras, el respeto a su autodeterminación y voluntad de permanecer en aislamiento. Finalmente, se dispone que el irrespeto a estos derechos, se sancionará como etnocidio. (art. 57, penúltimo inciso).

No menos importante es el derecho a constituir circunscripciones territoriales para la preservación de su cultura (art. 60).

Finalmente, además de los pueblos afroecuatorianos, se reconocen los derechos de los pueblos montubios, para que, con respeto a su cultura, puedan llevar adelante un proceso de desarrollo humano integral, sustentable y sostenible (art. 59).

Todos estos derechos deberán interpretarse en concordancia con la Declaración de la Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas, que forma parte del bloque de constitucionalidad del Ecuador.

4. Los derechos de participación

Los derechos a la participación corresponden a los derechos políticos (art. 61). Consideramos que los derechos de participación tienen que leerse en relación directa con el título IV de la Constitución, “Participación y organización del poder”. De este modo se entenderá el cambio del enunciado de manera más profunda. La participación se realiza mediante el derecho al voto, a ejercer funciones públicas, a la representación paritaria.

La participación incluye el derecho a participar en asuntos públicos, a la iniciativa popular para presentar proyectos de normas ante los órganos con facultad de expedirlas, a ser consultados, especialmente por medio del referéndum y el plebiscito, a fiscalizar los actos del poder público, a revocar el mandato de cualquier autoridad de elección popular, incluso del Presidente de la República, a conformar partidos y movimientos políticos, el derecho a intervenir en la discusión y aprobación de los presupuestos públicos, el derecho a la resistencia frente a los actos y decisiones que vulneren los derechos o su ejercicio y al ejercicio de las acciones constitucionales para demandar contra los actos del poder público y aun de los particulares, en casos específicos, por violaciones a los derechos humanos y de irrespeto a la Constitución.

Merece especial atención la concesión del derecho al voto a los extranjeros que han residido cinco años en el país. La participación entonces no se restringe a una democracia representativa, sino que tiene que ver con la participación en mecanismos de democracia directa y sustancial.

Además, la participación no solo es por medio del derecho al voto para conformar la voluntad general, sino también mediante procesos de veedurías y control social.

5. Los derechos de libertad

Los derechos de libertad corresponden a los derechos civiles, que son típicamente los derechos conquistados por el constitucionalismo clásico. La libertad es el nombre más apropiado para los derechos conquistados por el pensamiento liberal. En este capítulo encontramos la vida, la integridad, la igualdad formal, el libre desarrollo de la personalidad, las libertades de opinión y expresión, culto, de decisión, la reserva de convicciones, de asociación, la objeción de conciencia, de tránsito y circulación, la libertad económica y de mercado, el honor, la intimidad, la inviolabilidad de la correspondencia, domicilio, participar en la cultura, identidad personal y colectiva, la familia (arts. 66-70). Los derechos de la familia se encuentran en la libertad y no en los derechos sociales, bajo la premisa que las libertades de los miembros de la familia son importantes y que esas son las que merecen protección. La definición del matrimonio del año 1998 es mucho más amplia y menos discriminatoria que la Constitución del 2008. En la de 2008 solo los hombres y mujeres pueden contraer matrimonio (art. 67) y solo parejas de distinto sexo pueden adoptar (art. 68). Es decir, no cabe el matrimonio entre parejas homosexuales y se establece un prejuicio injustificable en contra de parejas del mismo sexo.

6. Los derechos de la naturaleza

Una de las innovaciones más interesantes es el reconocimiento de los derechos de la naturaleza (arts. 71-74). La Constitución reconoce el derecho a la naturaleza a su existencia y al mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos, además tiene derecho a la restauración. Desde la teoría actual de los derechos humanos, que se basa en la idea de la dignidad, reconocer el derecho a la naturaleza podría sonar ridículo. Si está proscrito usar a otros como medios para cumplir fines que no comparten, es obvio que la naturaleza no puede ser utilizada con riesgo de su destrucción o degradación, porque incluso sería imposible la supervivencia del ser humano. La naturaleza siempre será un medio para cumplir los fines de los seres humanos.

Pensemos, por ejemplo, en la utilización de la tierra para desarrollar megaciudades, en la producción extensiva de monocultivos y de animales para la alimentación de miles de millones de personas. Sin embargo, conviene reconocer que en la historia siempre que ha existido reconocimiento de derechos novedosos al momento, hubo oposición y rechazo. Así los derechos de la mujer, que fue inconcebible que puedan administrar patrimonio, estudiar en la universidad o votar a principios del siglo XX, derechos que fueron reconocidos plenamente a los hombres en el siglo XVIII; de igual modo, el derecho de los indígenas, a quienes se les consideraba tan incapaces que debían ser tutelados por la iglesia; así también los derechos de los niños y niñas, que tuvieron un régimen de excepción en el reconocimiento y goce de derechos a pesar de la existencia de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), hubo que esperar la Convención de los Derechos de los Niños (1989) para reconocer que tienen los mismos derechos que las personas adultas más los derechos específicos de su edad. La política siempre está más avanzada que la teoría el derecho. El déficit en la teoría de los derechos en la naturaleza no justifica su desconocimiento. Los derechos de la naturaleza sin duda van de la mano con el modelo de desarrollo. Al reconocer derechos a la naturaleza, en el fondo lo que estamos logrando es que se trate con mucho más cuidado su uso y explotación. El derecho limita y vincula cualquier tipo de poder. Ecuador, como todo país en el mundo, puede demostrar con cifras que el modelo económico extractivo no ha sido beneficioso para los seres humanos y mucho peor para la naturaleza. Finalmente, conviene recordar que casi todos los desastres ecológicos, como el calentamiento global, se deben a un trato irracional a la naturaleza. La naturaleza merece el respeto por ser parte del mundo en que vivimos, porque es un ser vivo, porque nos necesita para existir y nosotros necesitamos de ella para también existir. Por estas razones, y seguramente muchas más, tiene derechos.⁹

9 Véase Acosta, Alberto y Esperanza Martínez, comps. *Derechos de la naturaleza. El futuro es ahora*. Quito, Abya-Yala, 2009; y Gudynas, Eduardo. *El mandato ecológico. Derechos de la naturaleza y políticas ambientales en la nueva Constitución*. Quito, Abya-Yala, 2009.

7. Los derechos de protección

Los derechos de protección, finalmente, se inspiran en la clasificación ya ensayada para expresar un grupo de derechos de los niños y niñas.¹⁰ Los derechos de protección son un buen puente para luego tratar el tema de las garantías constitucionales. Los derechos de protección son una herramienta para remover los obstáculos que se presentan cuando los demás derechos son ejercidos. Entre los derechos de protección encontramos el derecho al acceso a la justicia, el derecho a la tutela efectiva, el derecho al debido proceso, el derecho a protección especial de las víctimas de violaciones a derechos, la imprescriptibilidad de los delitos considerados a nivel internacional como graves e imperdonables (agresión, lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra), la protección especial a personas víctimas de violencia familiar, crímenes de odio, delitos cometidos contra niños, niñas y adolescentes, personas con discapacidad, adultas mayores; finalmente, el derecho a la seguridad jurídica.

Merece destacarse el debido proceso como una garantía en cualquier proceso judicial, y administrativo; incluso que puede ser aplicado en cualquier ámbito, público o privado, y el debido proceso de las personas privadas de libertad. De este modo, se aclaran los elementos del debido proceso en cada caso. Por ejemplo, no es lo mismo el derecho a la defensa en un proceso penal cuando hay privación de libertad, al derecho a ser oído en un procedimiento administrativo en una escuela.

La clasificación, insistimos, no significa que existen unos derechos más importantes que otros ni que cada derecho debe leerse aislado de los otros. Los derechos, como toda la Constitución en general, deben leerse de forma sistemática y a la luz de los principios que iluminan la interpretación, la aplicación y el ejercicio de derechos. La clasificación simplemente es una forma útil para poder comprender y ubicar los derechos. La propuesta de Constitución es original y va a merecer más de un comentario de parte la doctrina jurídica, constitucional y de los derechos humanos.

10 La Convención de los Derechos de los Niños, y también el Código de la Niñez y Adolescencia, divide a los derechos en cuatro grupos: derechos de supervivencia, derechos de participación, derechos de protección y desarrollo.

Finalmente, conviene afirmar que, a diferencia de la Constitución de 1998, la Constitución vigente tiene un vínculo directo entre los derechos y la organización del estado. Este vínculo se evidencia, sobre todo, en las garantías; pero además, todas las instituciones del estado en el ejercicio de sus facultades han de cumplir los deberes del estado en el ámbito de su competencia y entre todas han de crear las condiciones para el buen vivir. La función legislativa tiene la obligación de adecuar el sistema jurídico a las normas constitucionales y han de tener especial cuidado que se adecue a la parte dogmática de la Constitución (garantías normativas); la función ejecutiva tiene la obligación de emitir políticas públicas inspiradas en los derechos (garantías de políticas públicas), organizar y mantener los servicios públicos que sean necesarios para que todos gocen de los derechos garantizados en la Constitución; la función de participación social protege el ejercicio y cumplimiento de los derechos; la función judicial y Corte Constitucional garantizan, en última instancia, que todo el estado respete, garantice y proteja los derechos humanos y así todas las otras instituciones estatales y paraestatales.

Los derechos, de esta forma, podrán ser efectivamente respetados, garantizados y protegidos y que, en caso de que no suceda así, sean exigidos por las personas y colectividades y esperamos que, de esta forma, dejen de ser simples declaraciones escritas de buenas intenciones, y que, a la vez limiten el poder político y legitimen las instituciones del estado.

8. Bibliografía

- Acosta, Alberto y Esperanza Martínez, comps. *El buen vivir. Una vía para el desarrollo*. Quito, Abya-Yala, 2009.
- . *Derechos de la naturaleza. El futuro es ahora*. Quito, Abya-Yala, 2009.
- Bolívar, Ligia. “Derechos Económicos, Sociales y Culturales: derribar mitos, enfrentar retos, tender puentes. Una visión desde la (in)experiencia de América Latina”. *Estudios Básicos de Derechos Humanos V*. Costa Rica, IIDH, 1996.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observaciones generales n.ºs 7 y 15.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia n.º T-025-2004.
- Courtis, Christian y Ramiro Ávila Santamaría. *La protección judicial de los derechos sociales*. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- Gudynas, Eduardo. *El mandato ecológico. Derechos de la naturaleza y políticas ambientales en la nueva Constitución*. Quito, Abya-Yala, 2009.
- Pisarrello, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías: elementos para una reconstrucción*. Madrid, Trotta, 2007.
- Serrano, Vladimir. “El buen vivir y la Constitución ecuatoriana”. *La Constitución ciudadana. Doce visiones sobre un documento revolucionario*. Pérez Ordoñez, Diego. Quito, Taurus, 2009.

Los derechos de la naturaleza: fundamentos

A Alberto Acosta y Esperanza Martínez

I. Introducción

La Constitución de 2008 tiene algunas novedades con relación al constitucionalismo ecuatoriano, regional y mundial. Una de ellas es el reconocimiento de la naturaleza como titular de derechos. Este reconocimiento ha sido motivo de más de una crítica por parte de los abogados y abogadas. Hay muchas inquietudes que van desde el escepticismo hasta la sorna. ¿Es realmente un derecho o más bien una declaración de buenos propósitos? ¿Puede un ser no humano ser sujeto de derechos? Si es que lo fuere, ¿cuál es el contenido del derecho? ¿Los derechos de la naturaleza debilitan la teoría de los derechos humanos? ¿Es exigible el derecho de la naturaleza?

Intentaremos afrontar esas preguntas desde una perspectiva jurídica para sostener, al final, que existen fundamentos para afirmar que tiene sentido el reconocimiento de la naturaleza como titular de derechos.

Este ensayo está dividido en cinco partes. La primera, “Todos los caminos conducen a Roma”, intenta describir los argumentos jurídicos que se podrían esgrimir para negar los derechos de la naturaleza. La segunda, “Estirar los pies hasta donde alcanza la sábana”, afirma que, usando los argumentos tradicionales, cabe reconocer los derechos de la naturaleza. La tercera, “Caminar alegremente hacia la fuente”, busca nuevos fundamentos que enriquecen no solo el debate sobre los derechos de la naturaleza sino también a toda la teoría del derecho. La cuarta parte, “Del agujero negro al *Big Bang*”, que es una entrada histórica, hace

referencia al desarrollo evolutivo de los derechos y considera que el reconocimiento de la titularidad de los derechos de la naturaleza es una etapa inevitable. Finalmente, se cierra el ensayo con unas reflexiones finales y conclusivas sobre el derecho y la naturaleza.

En un inicio nos propusimos abordar doctrinariamente los contenidos del derecho de la naturaleza. El espacio y el tiempo conspiraron contra este deseo, pero queda pendiente esta discusión importante, que ya Eduardo Gudynas la comenzó con bastante solvencia y profundidad.¹

II. Todos los caminos conducen a Roma

Se suponía, alguna vez en la historia, que Roma era el centro de la tierra y que, tarde o temprano, se llegaba a ella por cualquier camino que se tome. Lo mismo podría pensarse con relación a la teoría del derecho y a su relación con el derecho de la naturaleza. Todos los fundamentos de los derechos nos llevan a la conclusión de que la naturaleza no puede ser sujeto de derechos.

Pasemos revista a algunos argumentos jurídicos que se han esgrimido en la teoría del derecho para sostener que los seres humanos merecen una protección especial de parte del estado: (1) la dignidad, (2) el derecho subjetivo, (3) la capacidad, y (4) la igualdad.

2.1. La dignidad

Immanuel Kant hizo un esfuerzo enorme por encontrar normas morales que tengan validez universal y atemporal, que puedan ser aplicadas en cualquier tiempo y lugar. A esas normas las llamó imperativos categóricos. Por mencionar algunas de aquellas, la norma que imponía la obligación de cumplir con el deber sin otra motivación que su cumplimiento (el deber

1 Véase Gudynas, Eduardo. *El mandato ecológico: derechos de la naturaleza y políticas ambientales en la nueva Constitución*. Quito, Abya-Yala, 2009. Comparto todas las apreciaciones del autor, salvo aquella relacionada con la distinción entre restauración y reparación, creo que la visión restrictiva sobre la reparación que asume el autor, limitada a las indemnizaciones económicas y a los seres humanos, no es adecuada ni con la Constitución ni con la doctrina desarrollada por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Conviene una interpretación finalista y creo que el concepto de restauración que desarrolló Gudynas cabe exactamente en el concepto de reparación.

por el deber) es considerada como la causante de haber provocado la irracionalidad de cumplir órdenes en la Primera Guerra Mundial; la norma que impone que hay que obrar de tal manera que lo que se haga sea una máxima de comportamiento para cualquier persona es tan impositiva de valores de una cultura o de una personalidad que desconoce la diversidad.² Todas ellas han fracasado en su intento salvo una que perdura y es constantemente invocada. La norma que perdura se desprende de lo que Kant llamaba la doctrina de la virtud y que es la fórmula de la dignidad.³

Kant distingue entre dos tipos de leyes: las leyes de la naturaleza, de las que los seres humanos no tienen control alguno, y las leyes que regulan las relaciones entre los seres humanos. Estas leyes son estrictamente deberes y se dividen en tres. El deber de beneficencia, el de respeto y el del amor. El deber de beneficencia consiste en promover la felicidad de los otros que están en necesidad sin obtener ganancia inmediata, bajo el supuesto de que en algún momento podremos encontrarnos en estado de necesidad. El deber de respeto consiste en limitarnos por la dignidad de otras personas, esto es que no debemos hacer a otros medios para cumplir nuestros fines. El deber de amor consiste en convertirnos en un medio para la realización de los fines de otros. La clave para entender la dignidad está en la fórmula de medio y fin. En el primer caso, que es típico de los sistemas de seguridad social, somos un medio ahora para cumplir los fines de otros porque algún día las otras personas serán un medio para cumplir nuestros fines. En el segundo caso, que es propiamente el concepto de dignidad, solo podremos ser un medio para los fines de otros cuando siendo medio cumplimos nuestros fines. El tercer caso es propio de las personas santas, del tipo madre Teresa de Calcuta, que su fin era exclusivamente ser medio para otros, entregarse al puro y desinteresado servicio, como la madre lo hizo con las personas enfermas de lepra en la India.

2 Siempre pongo el ejemplo de mi gusto por la ópera; si aplicara este principio kantiano significaría que mi placer por la ópera debe ser compartido por cualquiera, pero lo cierto es que podría ser el peor castigo para una que no gusta de la ópera; lo mismo se puede predicar entre culturas, lo que para una es un valor para otra puede ser un gesto desagradable, como por ejemplo eructar en las comidas.

3 Kant, Immanuel. "The doctrine of virtue". *Metaphysics of morals*, citado por Steiner, Henry y Philip Alston. *International Human Rights in context. Law Politics and Morals*. Oxford University Press, 2ª ed., 2000, pp. 261-263.

La fórmula es realmente útil. Se la puede utilizar en cualquier tipo de relación humana. Por ejemplo, para analizar la esclavitud, la explotación laboral, el fenómeno delincriminal, y en general cualquier violación a los derechos humanos. En la tortura, por ejemplo, se utiliza el dolor del cuerpo de una persona para conseguir información que interesa a otra; en la violación, se irrespeta la integridad sexual de una persona para satisfacer los impulsos de otra. En esos casos, se afirma que se atenta contra la dignidad, por usar a unas personas como medios para cumplir los fines de otras, luego, se violan los derechos humanos. Este principio ha sido citado por casi todos los autores que tratan sobre el tema de derechos humanos.⁴

Si aplicamos esta fórmula a la naturaleza, podríamos concluir fácilmente que siempre la naturaleza tiene que ser un medio para cumplir los fines de los seres humanos. Piénsese, por ejemplo, en las ciudades que se montan sobre pedazos de tierra que quedan cubiertos por pavimento y cemento, en la dieta alimenticia que se basa en productos de la naturaleza, en los depósitos de basura y en general en la contaminación. La naturaleza siempre, por esencia e inevitablemente, es un medio. Como la naturaleza no puede ser un fin en sí mismo, porque los fines son siempre dados por los seres humanos, luego la naturaleza no puede ser digna y, en consecuencia, no puede gozar del *status* de titular de derechos.

2.2. El derecho subjetivo

La teoría sobre el derecho subjetivo, como toda área del derecho a decir verdad, no es pacífica. Utilizaremos el parámetro de un profesor que es conocido como progresista y que además es actual, Ferrajoli, para no remontarnos a exquisitos maestros, como Kelsen, del milenio pasado. El maestro italiano sostiene que un derecho subjetivo es una condición prevista por una norma jurídica positiva que sirve de presupuesto para ser

4 Una de las referencias y aplicaciones mejor logradas del principio de dignidad de Kant puede encontrarse en Roig, Arturo Andrés. "La dignidad humana y la moral de la emergencia en América Latina". *Ética del poder y moralidad de la protesta: la moral latinoamericana de la emergencia*. Quito, Corporación Editora Nacional/Universidad Andina Simón Bolívar, 2002, pp. 53-70.

titular de situaciones o autor de actos.⁵ En la lógica de Ferrajoli, el *status* de la persona para ser titular de derechos se desprende de una norma jurídica. En ese sentido, por ejemplo, una persona es titular del derecho político a elegir y a ser elegido si tiene el número de años determinado por el sistema jurídico; si una persona tiene 18 años, puede ser candidato a un cargo público que se designa por elección popular. El titular del derecho subjetivo, en este caso, sería una persona mayor de 18 años.

El efecto del derecho subjetivo es que podemos exigir las obligaciones que se desprenden de la norma jurídica. Si tenemos, por ejemplo, el derecho subjetivo al sustento alimenticio por tener la calidad de hijo y además tenemos una partida de nacimiento que lo demuestra, siendo menor de edad, podemos exigir de nuestro padre o madre, que cumplan con su obligación de pagar una pensión alimenticia.

La teoría del derecho subjetivo se aplica tanto para las relaciones horizontales entre particulares y para las relaciones verticales, entre particulares y el estado, llamándose a estas últimas derecho subjetivo público. La diferencia entre estas dos es que en las relaciones horizontales debemos demostrar nuestra calidad de titulares del derecho mediante un título (contrato, partida de nacimiento, sentencia, escritura pública, certificado de propiedad...) y que en los derechos públicos subjetivos la titularidad la tiene todo ser humano y, en consecuencia, no hay que demostrar la existencia del ser humano que demanda el cumplimiento de una obligación. Otra diferencia entre el derecho subjetivo privado del público, según Antonio M. Peña, la encontramos en que el primero otorga facultades a la persona y el segundo potestades. En el primero la tutela estatal depende de la voluntad del titular del derecho y, en el segundo, la tutela es una obligación del estado.⁶

Todo el diseño normativo se basa en el reconocimiento de la capacidad del ser humano de exigir un derecho, patrimonial o fundamental, ante los tribunales, que en última instancia es el garante de las obligaciones que emanan de los derechos. En esta lógica, toda la teoría se centra en una organización social creada y utilizada de conformidad con los parámetros

5 Ferrajoli, Luigi. "Derechos Fundamentales". *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid, Trotta, 2001, p. 19.

6 Peña Freire, Antonio Manuel. "Derechos subjetivos y garantía". *La garantía en el Estado constitucional de derecho*. Madrid, Trotta, 1997, pp. 132-135.

de los seres humanos. Siempre el *status* jurídico se refiere a las personas y, con suerte, a las colectividades o a los grupos de personas. Ningún teórico del derecho, clásico o contemporáneo, cuando define el derecho subjetivo, amplía el *status* a otros seres que no sean los humanos. Por consiguiente, la naturaleza no puede ser titular de derechos subjetivos.

2.3. La capacidad

El concepto de capacidad está íntimamente vinculado con el derecho a la libertad y es uno de los conceptos centrales en la teoría del derecho. Mediante la capacidad, el sistema normativo reconoce la posibilidad de contraer obligaciones y de disponer derechos. La capacidad está, además, vinculada al concepto de titularidad de derechos. Si tenemos capacidad para obrar, entonces podemos contratar, vender, comprar, disponer de nuestra propiedad, decidir ser candidatos, ejercer funciones públicas, expresarnos, estudiar en la universidad, contraer matrimonio, decidir el lugar de nuestro domicilio y hasta cometer infracciones penales.

La capacidad se adquiere cuando se cumplen las condiciones establecidas en la ley. Una de las condiciones más comunes es la edad. A cierta edad se puede trabajar, casar, viajar sin autorización o disponer de la propiedad. El sistema jurídico, particularmente en los derechos que tienen que ver con los derechos que son disponibles, puede exigir además otras condiciones, como la nacionalidad en caso de algunos derechos políticos.

Para el Código Civil, “la capacidad legal consiste en poderse obligar por sí misma y sin el ministerio ni la autorización de otra”.⁷ Si una persona es capaz, entonces puede obligarse con otra por un acto o declaración de voluntad.

¿Puede la naturaleza ser capaz? ¿Cumple acaso con las condiciones requeridas por el sistema jurídico? La primera y a veces única respuesta será de que no. Y mucho más contundente será la respuesta si nos remitimos a las categorías propias del derecho privado. Desde una entrada poco reflexiva, podría pensarse que es imposible que la naturaleza pueda

7 Código Civil, artículo 1461.

manifestar su voluntad y peor que pueda obligarse con otro ser. Sin duda, las personas legisladoras y los doctrinarios clásicos de los derechos humanos no se plantearon siquiera la hipótesis de que un animal o la naturaleza puedan tener capacidad para tener titularidad y peor ejercer derechos.

2.4. La igualdad

El concepto de igualdad ha sido un principio que ha sufrido un largo camino para ampliarse a la protección y a la promoción de lo diverso. Una primera acepción tiene que ver con la concepción aristotélica de igualdad, por la que se debe tratar igual a lo que tiene características iguales y diferente a lo que es diferente. Esta caracterización hizo que se distinga entre ciudadanos y esclavos en la antigua Grecia y, en nuestro mundo moderno, ha dado lugar a regímenes basados en el *apartheid* (piénsese por ejemplo en el fenómeno urbano de las ciudades que tienen barrios de ricos que son amurallados y barrios de pobres, en las escuelas de ricos y de pobres, en los clubes privados y exclusivos y en los parques públicos...). Luego, se ubicó a un ser ideal (*optimo iure*) y la igualdad se entendió como el acercamiento de lo diferente a ese ser ideal o a su eliminación; esta concepción dio lugar a la homologación o al exterminio; el método para lograr la igualdad en el primer caso fue la asimilación y, en el segundo, el genocidio.⁸ Ahora se habla de igualdad sin discriminación,⁹ que consiste en respetar la diferencia cuando la igualdad descaracteriza, y combatir la diferencia cuando la distinción subordina.¹⁰ Por ejemplo, en el primer caso, al declarar que existe un idioma único oficial, quienes hablan otras lenguas tienen el legítimo derecho de exigir un trato diferenciado; en el segundo caso, quien se encuentre en situación de marginalidad social y económica puede exigir un trato igual a quienes gozan de todos los derechos.

8 Ferrajoli, Luigi. "Igualdad y diferencia". *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid, Trotta, 3ª. ed., 2003, pp. 73-96.

9 Willian, Joan. "Igualdad sin discriminación". *Derecho y género*. LOM ediciones, 1999, pp. 75-97. El mismo artículo está publicado en Ávila Santamaría, Ramiro *et al.* *El género en el derecho: ensayos críticos*. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010.

10 Santos, Boaventura de Sousa. *La caída del angelus novus: ensayos para una nueva teoría social*. Bogotá, ILSA, 2003, p. 164.

Más allá de las diferencias teóricas entre las diferentes concepciones, la lucha por la igualdad ha sido siempre entre seres que tenían características comparables. Al final, por ejemplo, cuando Bartolomé de las Casas discutía sobre la humanidad o no de los indígenas hace algunos siglos atrás, partía de la premisa de que tanto indígenas como europeos eran humanos y por tanto tenían alma. Luego, si no se tenía alma, como la naturaleza, las cosas o los animales, no se era humano.

La lucha por el reconocimiento de la igualdad ha sido, en última instancia, la lucha por el reconocimiento de la calidad de ser humano. Jurídicamente, cuando los elementos a analizar no tienen características comparables, no se puede aplicar el principio de igualdad. ¿Se puede comparar un ser humano con la naturaleza? La respuesta aparentemente es no.

Pero, por un instante, detengámonos a pensar qué es lo que caracteriza a un ser humano para que goce de una protección especial y privilegiada frente a otros seres del planeta. Por el sentido común, nuestra racionalidad puede discernir entre un ser humano y un ser no humano. Cuando intentamos racionalizar, como lo trató el pensador Francis Fukuyama,¹¹ la respuesta no es tan sencilla. El ser humano debe tener una esencia que le distingue de otros seres. Ser hijo de Dios y creado a su imagen y semejanza no es un argumento racional y es una pésima entrada para quienes no creen o no les importa Dios. Fukuyama explora en la capacidad de ejercer poder, experimentar dolor y sufrimiento, en la condición humana, en la racionalidad, en la conciencia, en la capacidad de organizarse..., en todas ellas encuentra similitudes y acercamientos con los animales. Al final, en lugar de concluir que somos más animales de lo que nos creemos no serlo, concluye en que el ser humano es un todo complejo que nos distingue de otros seres vivos, que ha sido construido racional e intersubjetivamente.

Lo cierto es que todas las teorías sobre la igualdad están concebidas para ser aplicadas desde y para los seres humanos. El primer requisito del test de razonabilidad para determinar la igualdad¹² sería suficiente para descartar a la naturaleza como un ser comparable con el ser humano.

11 Fukuyama, Francis. "La dignidad". *El fin de la historia y el último hombre*, Madrid, punto de lectura, 2003, pp. 241-285.

12 El test de razonabilidad puede tener varios parámetros: (1) comparabilidad, (2) fin constitucional legítimo para establecer la diferencia, (3) idoneidad del medio empleado, (4) necesidad, y (5) proporcionalidad, sobre este aspecto se puede encontrar mayores detalles en Pulido, Carlos Bernal. *El derecho de los derechos*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 59-92.

La derivación del principio de igualdad en términos de organización política, que es la ficción más invocada por el estado moderno, es la teoría del contrato social. Se supone que, para una convivencia pacífica y mutuamente benéfica, las personas que deciden vivir en sociedad ceden parte de sus libertades para que el estado las administre y, en contrapartida, pueda obligar a estos para su propio beneficio. Si la naturaleza no puede ser considerada igual y tampoco puede ejercer su libertad, en consecuencia, el estado tampoco puede ser funcional a su protección. Por tanto, el estado se organiza para proteger a los seres humanos en sus múltiples relaciones.

Sin ánimo de agotar todos los fundamentos teóricos, y como una muestra de algunas reflexiones sobre el fundamento del derecho, podemos apreciar que todas las teorías son construidas *antropocéntricamente* y excluyen a todo ser que no sea considerado humano. La construcción del derecho es personalista y, desde esta perspectiva, la naturaleza debe ser calificada como un objeto.¹³ De ahí que se pueda entender que el haber reconocido derechos a la naturaleza es una verdadera locura.¹⁴ Afortunadamente, Roma no era el centro de la tierra ni todos los caminos llegaban a tan imponente ciudad. Así, por ejemplo, el camino del Inca lleva a Machu Picchu.

III. Estirar los pies hasta donde alcanza la sábana

Antes de explorar otros caminos, intentaremos forzar las teorías hasta donde más podamos para intentar sostener que, con un poco de humildad y también de creatividad, podría considerarse a la naturaleza como sujeto de derechos. La clave de lectura para encontrar los fundamentos, en las mismas teorías, la encontramos en la excepción o salvedad de la regla, que es parte sustancial de la norma, o, como suele decirse, la excepción confirma la regla.

13 Serrano Pérez, Vladimir. "El buen vivir y la Constitución ecuatoriana". *La Constitución ciudadana: doce visiones sobre un documento revolucionario*. Diego Pérez Ordóñez. Quito, Taurus, 2009, p. 197.

14 Sobre una réplica a la locura de reconocer derechos a la naturaleza, véase Galeano, Eduardo. "La naturaleza no es muda". *Derechos de la naturaleza: El futuro es ahora*. Comps. Alberto Acosta y Esperanza Martínez. Quito, Abya-Yala, 2009, pp. 25-29.

3.1. La dignidad

Nadie puede ser un medio para el cumplimiento de los fines de otros —regla general—, salvo que siendo medio sea un fin al mismo tiempo. El ejemplo por excelencia es el trabajo digno; por un lado, somos medios porque contribuimos a cumplir los fines económicos o sociales de la persona o empresa donde trabajamos, pero, por otro lado, al recibir un salario que se necesita para la subsistencia y al hacer algo que nos gusta, siendo medios cumplimos nuestros fines. Pongamos otro ejemplo relacionado con la paternidad o maternidad responsable: un niño o niña, para cumplir sus fines, que son el desarrollo al máximo de sus potencialidades, requiere de un padre o madre que cumpla sus responsabilidades; pero las personas (padre o madre) siendo un medio para promover y proteger los derechos de sus hijos o hijas, cumplen al mismo tiempo sus fines, si es que siempre han soñado con ser padres o madres. Trabajadores y empleadores, hijos e hijas y padres y madres, son todos dignos, son medios y a la vez cumplen sus fines.

En las relaciones sociales respetuosas de los derechos humanos resulta prácticamente imposible cumplir solo los fines y nunca ser medios o, por el contrario, ser solo medios y nunca cumplir fines propios. La interacción entre medio y fin es dinámica, permanente y siempre condicionada.

¿Puede aplicarse la excepción en la relación entre ser humano con otros seres? Ya afirmamos que la naturaleza siempre será un medio, ahora enfáticamente consideramos que el ser humano también siempre será un medio. La pregunta es ¿si la naturaleza tiene también fines propios, así como los seres humanos, como entes morales, puede determinarse a sí misma?

La primera constatación que tenemos que hacer es que la *Tierra* es un ser vivo,¹⁵ tiene incluso planes de vida,¹⁶ y como todo ser vivo tiende a la supervivencia y a la reproducción para garantizar su existencia, que serían

15 Martínez, Esperanza. “Los derechos de la naturaleza en los países amazónicos”. *Derechos de la naturaleza: El futuro es ahora*. Comps. Alberto Acosta y Esperanza Martínez. Quito, Abya-Yala, 2009, p. 96.

16 Gudynas, Eduardo. “Derechos de la naturaleza y políticas ambientales”. *Derechos de la naturaleza: El futuro es ahora*. Comps. Alberto Acosta y Esperanza Martínez. Quito, Abya-Yala, 2009, p. 43.

sus fines, desde nuestra limitada racionalidad para comprender a otros seres vivos con los que no tenemos iguales códigos de comunicación.

Según la cosmovisión indígena, todos los seres de la naturaleza están investidos de energía que es el SAMAI y, en consecuencia, son seres que tienen vida: una piedra, un río (agua), la montaña, el sol, las plantas, en fin, todos los seres tienen vida y ellos también disfrutaban de una familia, de alegrías y tristezas al igual que el ser humano.¹⁷ [...] en el mundo de los pueblos indígenas –La Tierra– no es sino *allpa-mama* que, según la traducción literal, significa madre-tierra. ¿Por qué esto de *allpa-mama*? Primero, hay una identidad de género: es mujer. Segundo, es lo más grande y sagrado, es la generadora de vida y producción; sin ella, caemos en la nada, simplemente somos la nada o no somos nadie, como dicen nuestros abuelos.¹⁸

Desde el lado científico, James Lovelock afirmó que incluso existe una “inteligencia planetaria: la Tierra no es un conjunto de rocas u otros elementos inertes, sino un sistema coherente, ligado a una intensión”.¹⁹ De este modo se cambió de un paradigma mecanicista, en el que la Tierra era una gran masa de piedra, por otro en el que se puede afirmar que la Tierra es un ser vivo. A esta tesis se la llamó Gaia, que era el nombre de la antigua diosa griega que generó a todos los seres que habitan en el planeta.

¿Necesita la naturaleza del ser humano? ¿Es decir, el ser humano puede ser un medio para que la naturaleza cumpla sus fines?

Recordemos la metáfora que utiliza Juan Ramón Capella para explicar la necesidad de armonía entre los distintos elementos de un conjunto: el jardín japonés.²⁰ A nuestra mente suelen venir las típicas estampas estáticas y armónicas, pero lo cierto es que los peces multicolores, las flores de loto, el nivel del agua tienen, entre todos, cierto equilibrio. ¿Qué pasaría si la flor de loto duplica su tamaño por día y acaba cubriendo la laguna?

17 Pacari, Nina. “Naturaleza y territorio desde la mirada de los pueblos indígenas”. *Derechos de la naturaleza: El futuro es ahora*. Comps. Alberto Acosta y Esperanza Martínez. Quito, Abya-Yala, 2009, p. 33.

18 *Ibid.*, p. 34.

19 Serrano Pérez, Vladimir. “El buen vivir y la Constitución ecuatoriana”. *La Constitución ciudadana: doce visiones sobre un documento revolucionario*. Diego Pérez Ordóñez. Quito, Taurus, 2009, p. 199.

20 Capella, Juan Ramón. *Entrada en la barbarie*. Madrid, Trotta, 2007, pp. 179-214.

Los peces morirían por falta de luz y lo mismo podríamos decir de los peces si se multiplican, acabarían destrozando la flor de loto. Con relación a la tierra, considerando que tanto naturaleza como ser humano somos elementos de un mismo conjunto, si uno altera el equilibrio, como lo estamos haciendo los seres humanos, la Tierra puede acabar no cumpliendo sus fines.

En ese sentido los seres humanos somos medios por omisión y por acción. La tierra nos necesita para que no la agotemos ni la destrocemos, es decir demanda un “no hacer”, un respeto de nuestra parte. De igual modo, nos necesita para lo que hagamos sea respetuoso con sus ciclos de regeneración, o sea, demanda un hacer racional, una actitud conservacionista y hasta ecologista. Al ritmo que vamos en lo que entendemos por desarrollo o progreso, acabaremos necesitando un lugar distinto a la Tierra para vivir. En palabras de Nina Pacari:

[...] la madre tierra o *allpa-mama*, al envolver en su vientre las semillas, que luego de sus respectivos procesos se constituyen en el alimento de los seres vivos, debe ser cuidada, respetada e igualmente alimentada. En esa relación con la *allpa-mama*, cuando se producen las cosechas, los pueblos indígenas entonan sus cánticos conocidos como el *Jahuai-jahuai*, se preparan rituales de agradecimiento, se brinda con ella regando en la tierra chicha (bebida de maíz fermentado) que no es otra cosa que el compartir el compromiso de seguir generando vida. Entonces, en la cosmovisión indígena, se entabla una relación de respeto mutuo, la tierra es parte del ser humano y viceversa, por eso, cuando nace un *wawa* (bebé) el cordón umbilical y la placenta se siembran bajo tierra junto a un árbol que luego florecerá, dará frutos y nos brindará cobijo o sombra. Asimismo, cuando se produce la muerte, que es otra forma de vivir, nuevamente volvemos a la tierra, a nuestra *allpa-mama* y volvemos a ser parte de ella.²¹

Por tanto, los seres humanos necesitamos de la naturaleza para vivir y esta necesita también de los seres humanos. En consecuencia, se puede aplicar con absoluta pertinencia el principio kantiano de la dignidad.

21 Pacari, Nina. *Naturaleza y territorio desde la mirada de los pueblos indígenas*, p. 35.

3.2. El derecho subjetivo

El derecho subjetivo es una categoría jurídica que ha ido evolucionando hacia la ampliación de su contenido. Si trazamos su camino histórico, podríamos encontrar su origen en la concepción del derecho natural o derecho moral.²² De hecho, lo que hacen las primeras declaraciones de derechos en el siglo XVIII es reconocer jurídicamente una reivindicación teórica, aunque, al momento, harto restringida (libertad y propiedad). Una vez formalizada la demanda de reconocimiento de ciertos derechos que eran importantes para un grupo social, convenía evitar la influencia del derecho natural (que tiene una tendencia expansiva). Se crea la teoría del derecho subjetivo, que se restringe a la titularidad basada en las condiciones normativas (edad, propiedad, educación, autonomía laboral y hasta pertenencia a una religión).²³ Con el aparecimiento del derecho social y con la posibilidad de demandar también al estado (y no solo a los particulares), se crea la noción del derecho subjetivo público, que abre la posibilidad de los amparos, tutelas o acciones de protección. A escala internacional, la noción de derecho subjetivo público que escapa de las esferas de protección del estado nacional, se torna en derecho humano. El profesor Hernán Salgado sostiene que los derechos humanos ya no pueden ser considerados como derechos subjetivos, porque “no favorece a éstos ni les da la jerarquía que tienen, pues no se trata de cualquier pretensión o facultad, son derechos esenciales, fundamentales como los ha calificado el derecho constitucional”.²⁴

22 Beuchot, Mauricio. “Abordaje filosófico del problema de la fundamentación de los derechos humanos”. *Filosofía y derechos humanos*. México, Siglo XXI Editores, 4ª ed., 2001, pp. 123-153.

23 Amparo Albán utiliza esta categoría, propia del siglo XVIII, para manifestar la dificultad de la naturaleza como titular de derechos que puede ejercerlos, al sostener que tanto en el derecho anglosajón como en el románico germánico “a cada derecho le corresponde en contraprestación una obligación y, en consecuencia, solo los entes deliberantes sean personas naturales o jurídicas, lo pueden ejercer”, véase Albán, Amparo. “El tema ambiental en el nuevo derecho constitucional ecuatoriano”. *La Constitución ciudadana: doce visiones sobre un documento revolucionario*. Diego Pérez Ordóñez. Quito, Taurus, 2009, p. 160. Albán desconoce que, desde la teoría del derecho de los derechos humanos, ciertos titulares pueden no tener obligaciones correlativas, como cuando se les reconoce derechos a los niños y niñas o a los pueblos indígenas, criterio que es propio de las relaciones jurídicas horizontales que son características del derecho civil.

24 Salgado Pesántez, Hernán. “La nueva dogmática constitucional en el Ecuador”. *Tendencias del constitucionalismo en Iberoamérica*. Coords. Miguel Carbonell, Jorge Carpizo y Daniel Zovatto. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, p. 983.

Como se puede apreciar, el concepto ha evolucionado hacia una mayor comprensión de los titulares, de los derechos, de los obligados y hasta de los órganos de protección. La tendencia teórica que domina la teoría contemporánea es el considerar al derecho como un derecho fundamental, en el que cabe la protección de los seres humanos y también de la naturaleza. La Constitución de Ecuador omite la calificación de subjetivo, humano o fundamental. La primera no cabía por las razones expuestas por el profesor Salgado, la segunda porque la naturaleza también tiene derechos y la tercera porque no era necesario al estar establecido en el texto jurídico de mayor jerarquía.²⁵

Volviendo a Ferrajoli, y desde la doctrina del derecho positivo, el *status*, las condiciones y las expectativas que se derivan del reconocimiento del derecho dependen de la norma jurídica positiva. En esta lógica, el mismo Ferrajoli sostiene, al enunciar su teoría formal o estructural con pretensión universal, que nada impide para que sea constitucional el esclavismo en algún período de la historia o que se introduzcan derechos que, para algunos doctrinarios, se puedan considerar como no fundamentales (como suele suceder con la visión europea de las constituciones andinas de Bolivia, Venezuela y Ecuador, a las que atribuyen un nivel de detalle y de enumeración de derechos exagerada, en particular en cuanto al énfasis de los derechos sociales o del buen vivir, o también se dice que los amplios catálogos de derechos “expresan preocupaciones locales, las cuales son resultado de proyectos políticos concretos”).²⁶ El *status* del titular de derecho ha cambiado con el tiempo. En un inicio, en el constitucionalismo moderno, solo tenían *status* jurídico el burgués propietario; este se fue expandiendo, con el constitucionalismo social, al obrero y campesino; se integró la mujer, el indígena y los mayores de edad; últimamente, se ha ampliado el *status* a todas las personas. Finalmente, el *status* se ha extendido a la naturaleza.

25 El profesor Salgado sostiene que fue un error la omisión de la palabra “humano”, véase Salgado, Hernán. “La nueva dogmática constitucional en el Ecuador”. *Tendencias del constitucionalismo en Iberoamérica*. Coords. Miguel Carbonell, Jorge Carpizo y Daniel Zovatto, pp. 984, pero fue intencional no ponerla, si se reconoce a la naturaleza como sujeto de derechos, no cabría establecer una palabra que iba a ocasionar confusión.

26 Carbonell, Miguel. “Derechos fundamentales en América Latina”. *Tendencias del constitucionalismo en Iberoamérica*. Coords. Miguel Carbonell, Jorge Carpizo y Daniel Zovatto. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, p. 37.

En otras palabras, el concepto de derecho subjetivo y las condiciones evolucionan hacia la expansión y mayor integración de sujetos protegidos y, en últimas, dependen del debate democrático en un estado constitucional. Desde la historia del concepto, e incluso desde la teoría positivista, se cumplen los presupuestos para que se considere a la naturaleza como sujeto de derechos.

3.3. La capacidad

La capacidad también es un concepto que ha evolucionado y que tiene excepciones. En algún momento de la historia debe haber sido tan obvio que solo los propietarios, que trabajaban sin relación de dependencia, educados, con acceso a la lectoescritura y que eran hombres, eran los únicos considerados jurídicamente capaces. Y debe haber costado, como a veces se escucha que cuesta, aceptar que la mujer también puede ser considerada capaz y que puede ejercer sus libertades prescindiendo de los hombres o incluso de sus esposos. También debe haber costado, y debe seguir costando, comprender que los niños y las niñas no son, como me dijo alguna vez un alumno en una clase, como animalitos (denotando una subcategoría dentro de una lógica antropocéntrica), que no opinan, que no tienen racionalidad “madura” o que no entienden nada. Debe haber costado, y debe seguir costando, para seguir ampliando los ejemplos, considerar que los indígenas no son unos ignorantes, irracionales, incivilizados, salvajes y que pueden ejercer funciones públicas, ser diputados y que pueden aspirar legítimamente a ser presidentes. De igual modo, en la lucha de las personas que antes eran calificadas como minusválidas, ahora se las considera que tienen capacidades diferentes. Pero, jurídicamente, todos estos seres que fueron considerados incapaces ahora se les reconoce capacidad. Es decir, una vez más, el concepto de capacidad, como cualquier categoría jurídica positiva, es convencional (depende de decisiones) y evoluciona en el tiempo. Así como la ampliación del concepto de capacidad no ha sido fácil ni imposible, ha costado racionalmente aceptarla y, casi siempre cuando se exponía, se ha considerado una barbaridad jurídica y hasta una insensatez, lo mismo ha sucedido con el reconocimiento de la naturaleza como titular de derechos.

Pero para evitar el argumento de que la naturaleza nunca podrá ejercer por sí misma sus derechos, pasemos revista a la excepción del concepto de capacidad. Todas las personas son capaces para ejercer derechos y para contraer obligaciones, salvo que sean calificadas como incapaces. La incapacidad, según el derecho civil, puede ser relativa si es que existe alguna razón superable para ejercer la capacidad, o absoluta cuando se considera que las razones que impiden tener conciencia y voluntad son definitivas.

Los seres humanos podemos estar en circunstancias de incapacidad relativa y absoluta, de acuerdo al derecho civil. La regla es que todos somos capaces salvo que la ley diga lo contrario.²⁷ La ley civil enumera los absolutamente incapaces, que son los dementes, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito; y son relativamente incapaces las personas menores de edad y las personas jurídicas.²⁸ Nótese que la naturaleza no se encuentra entre las excepciones y podría entenderse, desde una interpretación fácil y malintencionada, que se aplica la regla general y que, por tanto, al no haber una excepción legal la naturaleza tiene capacidad. Pero, obviamente, quienes escribieron el Código no pudieron imaginar el alcance de la evolución de los derechos fundamentales y si lo hubieran concebido, le hubieran enumerado como incapaz.

Estos conceptos, no podía ser de otra manera, son también relativos. Ciertas tendencias del pensamiento en la psiquiatría consideran que quizá los locos no sean tan locos como pensamos. Siempre recuerdo la discusión de un loco con un psiquiatra en una película maravillosa que se llama *Hombre mirando al sudeste*,²⁹ en la que Rantés, el loco, que tenía sensibilidad para apreciar el dolor y la necesidad ajena, le interpelaba al profesional diciendo quién es el loco, ustedes, los que están afuera del hospital psiquiátrico, y no sienten emoción alguna ante tanto dolor o miseria, o los que están adentro felices en su mundo. A veces simplemente, quien opina y vive de forma distinta a la mayoría podría ser considerado incapaz.

27 Código Civil, artículo 1462.

28 *Ibid.*, artículo 1463.

29 Subiela, Eliseo. *Hombre mirando al Sudeste*. Buenos Aires, 1986.

Pero lo importante de la figura de la incapacidad es el respeto al *status* de sujeto de derechos por intermedio de la institución que se denomina *representante legal* o la *tutela*.³⁰ La persona, por incapaz que se considere, no deja de ser titular de derechos; el problema es que ciertos derechos dejan de ejercer por sí mismos y lo hace un tercero al que se le denomina representante. Un bebé de cinco meses, al que se le mueren sus padres, tiene derecho a la herencia, pero su administración requerirá de un representante. Una persona considerada demente, tampoco deja de ser propietaria o deja de ser padre o madre o ciudadana, sino que se le designará un representante. Aún en el supuesto de la incapacidad absoluta, se deja de ejercer derechos. La mayoría de sujetos incapaces siguen ejerciendo los derechos tales como vivir, expresarse, alimentarse, recrearse, descansar, relacionarse. Los derechos que requieren representación tienen que ver con la facultad de obligarse y de exigir su cumplimiento. No se puede suscribir contratos ni plantear juicios, dependiendo de las condiciones determinadas por la ley.

La incapacidad de las personas se suple con la representación. El efecto de la representación es que “lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por ley para representarla, surte respecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado él mismo”.³¹ ¿Puede aplicarse el mismo argumento para la naturaleza? Sin duda que sí, la naturaleza no necesita de los seres humanos para ejercer su derecho a existir y a regenerarse. Pero si los seres humanos la destrazan, la contaminan, la depredan, necesitará de los seres humanos, como representantes, para exigir la prohibición de suscribir un contrato o convenio mediante el cual se quiera talar un bosque primario protegido o para demandar judicialmente su reparación o restauración.

El derecho ampliamente ha reconocido el derecho a la representación y la capacidad a las personas jurídicas, que son entes abstractos, ficciones, intangibles, y nada obstaculiza que se pueda reconocer los derechos a la naturaleza que, en cambio, es material, real y tangible. Desde otro ángulo,

30 La tutela es una institución del derecho civil, obviamente no pensada para la naturaleza, que consiste en el “cargo impuesto por ciertas personas a favor de aquellos que no pueden gobernarse por sí mismos o administrar competentemente sus negocios [...]”, Código Civil, artículo 367.

31 Código Civil, artículo 1464.

las personas jurídicas, históricamente, tienen una existencia temporal muy limitada; en cambio, la naturaleza tiene una duración ilimitada y su temporalidad es casi absoluta, en el sentido de que es anterior a la humanidad y posiblemente la trascenderá.³² “No hay razón –como sostiene Melo– para no innovar en materia de derechos”.³³

Esta discusión está saldada a nivel constitucional, que establece la representación en todas las personas para poder comparecer en juicio a nombre de la naturaleza: “Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza”.³⁴

3.4. La igualdad

La igualdad, como toda categoría jurídica, seguimos insistiendo, es convencional y puede evolucionar. Alguna vez se consideró que jurídicamente no eran comparables los indígenas del nuevo mundo con los europeos, y de igual modo, en los EE. UU., los afrodescendientes con los considerados blancos, que justificó un tratamiento jurídico de segregación. El avance hacia convertir dos sujetos en comparables, dependió de un consenso argumentativo y de una categoría jurídica poderosa que se llamó discriminación (en todas sus variantes: racismo, machismo, adultocentrismo...). En el primer caso se llegó a reconocer que los indígenas tenían alma y, en el segundo, que tenían dignidad. La comparabilidad, en todo caso, fue entre seres humanos.

Ahora nos encontramos ante un fenómeno un poco más complejo, pero no por ello insolucionable. Con relación a los animales, Peter Singer³⁵ nos ayuda con el análisis al crear una categoría discriminatoria y que la

32 Elizalde Hevia, Antonio. “Derechos de la naturaleza: ¿Problema jurídico o problema de supervivencia colectiva?” *Derechos de la naturaleza: El futuro es ahora*. Comps. Alberto Acosta y Esperanza Martínez. Quito, Abya-Yala, 2009, p. 7.

33 Melo, Mario. “Los derechos de la naturaleza en la nueva Constitución ecuatoriana”. *Derechos de la naturaleza: El futuro es ahora*. Comps. Alberto Acosta y Esperanza Martínez. Quito, Abya-Yala, 2009, p. 53.

34 Constitución de la República de Ecuador, 2008, artículo 71, inciso 2.

35 Singer, Peter. *Liberación animal*. Madrid, Trotta, 1999, pp. 19-59.

denominó especifismo. El especifismo es una actitud favorable de una especie en desmedro de otra, que lleva a desconocer el principio de igualdad. Casi todos los seres humanos somos *especifistas*, unos con conocimiento y consentimiento, otros por omisión y hasta por ignorancia. El *especifismo* se refleja en nuestras dietas alimenticias (carnívoros), en nuestro trabajo (industria alimenticia basada en la crianza y muerte de animales), en nuestra forma de hacer deporte (caza de animales) y hasta en nuestra afectividad (mascotas). El principio de igualdad es una categoría que admite interpretación y que no necesariamente se infiere que deba ser aplicada entre seres humanos. Como se puede apreciar, la comparabilidad no es exclusivamente restringida a seres humanos sino que permite su apertura entre especies o seres vivos. En esta lógica, la inteligencia, la racionalidad, la esencia humana es irrelevante. Peter Singer acude a la capacidad de sufrir, que es común entre los animales y los seres humanos. Los animales expresan el dolor físicamente, se retuercen, gritan, huyen, atacan y esto se deduce de una simple observación. No hay que apelar a si los seres pueden pensar, hablar o comunicarse, sino si pueden sufrir. Pero además, como lo han demostrado los últimos descubrimientos científicos, las semejanzas genéticas entre seres humanos y otros animales son mayores que las diferencias.³⁶ Pero hay un argumento más fuerte aún: todo ser humano es un animal. Luego la comparabilidad, para aplicar el principio de igualdad, es posible.

Pero la naturaleza es una categoría mucho más extensa y todo depende de si consideramos a la Tierra como un ser vivo. Si un ser vivo es un ente que nace, vive, reproduce su vida y muere, todo nos haría pensar que nuestro planeta, al igual que las estrellas y hasta el universo, es un ser vivo. “La Tierra, nuestro hogar, está viva con una comunidad singular de vida [...] la protección de la vitalidad, diversidad y la belleza de la Tierra es un deber sagrado”.³⁷

Siendo un ser vivo, entonces la categoría no es ser humano, ser una especie, sino existir como: “ser vivo”. Esta ampliación del principio de

36 Véase Sagan, Carl y Ann Druyan. *Shadows of forgotten ancestors*. New York. Ballantine Books, 1992, en particular los capítulos que se denominan “What is Human?” y “The animal within”, pp. 361-408.

37 Naciones Unidas. *La Carta de la Tierra*, 2000. Internet. www.earthcharterinaction.org. Acceso: 7 mayo 2010.

igualdad, que puede tener sus resistencias, haría viable un trato más respetuoso entre todos los seres. Al final, la preocupación por otros seres no dependería de condición alguna que no sea convencionalmente decidida por quienes tienen el poder de decidir.

La calidad de ser vivo la reconoce la Constitución del Ecuador al establecer que “La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos”.³⁸

Por otro lado, las convenciones de derechos y las constituciones contemporáneas siempre albergan una categoría abierta para prevenir la discriminación, que se enuncia, después de enumerar las categorías sospechosas que son problemáticas en ciertos contextos sociales, como “cualquier otra distinción [...]”.³⁹ Esa distinción permitiría la introducción de la especie o simplemente del ser vivo. El lenguaje de derechos, y en este caso, el de la igualdad es útil políticamente para lograr una convivencia menos desastrosa y dolorosa entre los seres que compartimos este planeta.

Hay un cuento de Dr. Seuss, que se llama Horton,⁴⁰ que trata de la vida de un elefante que, un buen día, escucha un llamado de *auxilio* que viene de una partícula de polvo. Este grano de polvo era un planeta entero que tenía vida adentro y que estaba en peligro de extinción si es que no vivía en armonía con los seres externos. Esa partícula no podía expresarse por sí misma ante los seres vivos que vivían en la Tierra y necesitaron de Horton para poder ser escuchados, protegidos y respetados. Al final del cuento, uno de los seres que vivían en la partícula escucha, a su vez, en una partícula de su polvo un grito de auxilio. Se puede deducir que la Tierra es también una partícula de polvo y que también necesitamos de cierta armonía interna como externa y, sobre todo, que la Tierra, partícula de polvo en el universo, es un ser que merece ser respetado y protegido. El mensaje del libro es que una persona es una persona, no importa cuán pequeña es y, con relación a la Tierra como ser vivo, podríamos decir incluso cuán grande es.

38 Constitución de la República de Ecuador, 2008, artículo 71.

39 *Ibid.*, artículo 11, numeral 2.

40 Seuss, Theodor Geisel. *Horton hears a Who!* New York, Random House, 1986.

El contrato social, derivación de las normas de convivencia entre los seres que deciden respetarse, debe ser ampliado suponiendo que esta teoría liberal nos podría ser útil, hacia un contrato que incluya la participación aun con representación de otros seres no humanos. En este sentido estaríamos hablando de una ampliación de la democracia y, por tanto, de un contrato existencial que supera al contrato social.

Podríamos concluir que las teorías existentes son útiles en cuanto, con una interpretación evolutiva, convencionalmente justifican a la naturaleza como titular de derechos. Sin embargo, ello sería estirar los pies hasta donde llega la sábana, cuando lo que se puede hacer también es proponer tener una sábana lo suficientemente amplia para no restringirnos teóricamente. Existen otros caminos y otras teorías que nos pueden ayudar, no solo a justificar la titularidad de derechos de la naturaleza, sino también para encontrar otros fundamentos para los derechos y para su teoría jurídica.

IV. Caminar alegremente hacia la fuente

El principito tenía sed y debía caminar un trecho largo para llegar a una fuente de agua y satisfacerse. Aparece uno de esos seres grises⁴¹ que comercian con el tiempo libre de la gente (el tiempo es oro), y le propone al principito tomar una cápsula para calmar la sed. ¿Para qué sirve?, le pregunta el principito, y le contesta que para no perder el tiempo en ir a la fuente. El principito entonces contesta que prefiere caminar alegremente a la fuente.⁴²

Las píldoras son las respuestas rápidas e inútiles que dan las teorías tradicionales y que, desde una aproximación superficial, rechazarían las nuevas concepciones como la ampliación de la titularidad a la naturaleza. Un jurista que pretende estar comprometido con un cambio de paradigma, por otro lado, no puede ni debe tragarse la píldora. El caminar alegremente hacia la fuente significa explorar y estar abierto a lo que en el camino de fundamentar se puede encontrar.

41 Ende, Michael. *Momo*. Madrid, Alfaguara, 2010.

42 De Saint-Exupéry, Antoine. *El Principito-Le Petit Prince*. Trad. Joelle Eyhéramonno. Madrid, Enrique Sainz Editores S.A., 1994, pp. 100-101.

En el camino se puede encontrar un argumento que podría ser considerado *utilitarista*. Este consiste en otorgar una protección reforzada constitucionalmente, que se la da por medio del reconocimiento de la titularidad de derechos, por conveniencia. En la fundamentación utilitarista, se recurre a la evidencia científica⁴³ que existe en relación al entorno insostenible del ser humano y al colapso de nuestro estilo de vida, que pone en riesgo la supervivencia de nuestra especie.⁴⁴ Entonces podemos constatar el fenómeno del calentamiento global, la contaminación ambiental, la desertificación, las inundaciones, la sobrepoblación y la presión sobre los recursos naturales, y más datos para acabar concluyendo que se necesita proteger urgentemente a la naturaleza.

El camino que nos permitimos escoger para llegar a la fuente que sustente el derecho de la naturaleza, Josef Estermann lo llama *Filosofía Andina*,⁴⁵ libro del que sacaremos algunos principios que podrían sustentar la necesidad de esta protección poderosa del derecho occidental que se llama derechos. De *Filosofía Andina* utilizaremos cuatro principios de su *lógica*: (1) la relacionalidad, (2) la correspondencia, (3) la complementariedad y (4) la reciprocidad.

4.1. La relacionalidad⁴⁶

En la lógica racional occidental, se pueden separar las categorías y distinguirse. Dentro de la lógica simbólica, por ejemplo, la base de la estructura es *p* y *no p*, que ha hecho que nuestra forma de concebir el mundo siempre sea una contraposición entre opuestos y dual: hombre y mujer, bueno y malo, positivo y negativo, blanco e indígena, animal y ser humano, espacio privado y público, urbano y rural, selva y desierto, individuo y sociedad, yo

43 Sobre los datos relacionados al desarrollo sustentable en Ecuador, véase Larrea, Carlos. "Naturaleza, sustentabilidad y desarrollo en el Ecuador". *Derechos de la naturaleza: El futuro es ahora*. Comps. Alberto Acosta y Esperanza Martínez. Quito, Abya-Yala, 2009, pp. 75-84.

44 Borja Ortiz, Andrés. "Derechos de la naturaleza". *Nuevas instituciones del Derecho Constitucional Ecuatoriano*. David Cordero y otros. Quito, INREDH, 2009, p. 125.

45 Estermann, Josef. *Filosofía Andina: estudio intercultural de la sabiduría autóctona andina*. Quito, Abya-Yala, 1998.

46 *Ibid.*, pp. 114-122.

y el otro... Cada elemento tiene una sustancia particular y diferente. Para la filosofía andina, en cambio, lo importante es la relación.

Para la filosofía andina, el individuo como tal no es ‘nada’ (un ‘no ente’), es algo totalmente perdido, si no se halla dentro de una red de múltiples relaciones [...] Desconectarse de los nexos naturales y cósmicos (un postulado de la Ilustración), significaría para el *runa* de los Andes firmar su propia sentencia de muerte.⁴⁷

Este principio tiene que ver con una concepción holística de la vida. Todo está relacionado, vinculado, conectado entre sí. Este principio puede ser enunciado de forma negativa y positiva. De la primera forma, no existe ningún ente carente de relaciones y, por tanto, todo ente es necesitado. En la forma positiva, lo que haga o deje de hacer un ente afecta a los otros. La relación no es causal sino ontológica. Esto quiere decir que lo importante no es que un ente tiene capacidad de alterar al otro, sino que todos los entes “son”. No existe una relación causalista sino escencialista. El conocimiento y la vida misma es integral y no compartimentalizado por las categorías, como lo hace la filosofía occidental.

La consecuencia de este principio es que la naturaleza requiere de los seres que la habitan, y los seres no podrían vivir sin la naturaleza. Además, el ser humano no está en la naturaleza —o la naturaleza alberga al ser humano—, sino que el ser humano es la naturaleza. No se puede desintegrar el concepto de ser humano con la naturaleza, ambos son uno, de ahí que hacer daño a la naturaleza es hacerse daño a sí mismo.

4.2. La correspondencia⁴⁸

El pensamiento andino implica una correlación mutua y bidireccional entre dos elementos, que se manifiestan en todo nivel y en todos los aspectos de la vida. Pongamos un ejemplo de la medicina indígena y también de la medicina homeopática: la curación y la enfermedad están

⁴⁷ *Ibid.*, pp. 97-98.

⁴⁸ *Ibid.*, pp. 123-125.

estrechamente relacionadas, se considera que la enfermedad es causada por sustancias similares a ella, por eso se dice que el enfermo puede recuperarse por la dinámica de su propio organismo.

El pensamiento occidental pone énfasis, en cambio, en el principio de causalidad: dado un fenómeno se sigue un efecto inevitable. Esta reducción de la realidad, que es base de la ciencia, utiliza múltiples categorías, tales como la semejanza, la adecuación, la identidad, la diferencia, la equivalencia, la implicación, la derivación o la exclusión. El ser humano occidental tiene que encontrar una respuesta lógica y verificable entre la realidad y su explicación racional. Siempre me acuerdo de mi maestro en lógica simbólica, el filósofo Emilio Cerezo, quien cuando aplicaba la lógica simbólica al análisis de textos, solía afirmar que la lógica no explica ni podrá explicar todo el fenómeno humano, que no es lógico y que escapa afortunadamente de las reglas. Las emociones, los sentimientos, la causalidad, lo inimaginable, lo imprevisto, el caos... todo sucede en la vida.

Para la filosofía andina, la explicación racional o causal es solamente una forma –y no exclusiva– de entender el mundo y de conocer. Si la interpretación occidental causal se la hace mediante métodos cuantitativos, cualitativos, comparativos o exegéticos, la interpretación andina es, además, simbólica, ritual, *celebrativa* y afectiva.

Al manifestarse la correspondencia en todos los ámbitos de la vida, existe una realidad cósmica, una realidad terrenal y una infraterrenal.

[...] hay correspondencia entre lo cósmico y humano, lo humano y extrahumano, lo orgánico e inorgánico, la vida y muerte, lo bueno y malo, lo divino y humano, etc. El principio de correspondencia es de validez universal, tanto en la gnoseología, la cosmología, la antropología, como en la política y ética.⁴⁹

Las explicaciones que se puedan hacer sobre la forma de pensar andina, siempre desde una lógica occidental, son difíciles de comprender. Se separan los elementos para afirmar que no se pueden separar. De ahí que, una vez más, respetar la naturaleza tiene un impacto directo en el respeto

49 *Ibid.*, p. 125.

del ser humano y, por contrapartida, irrespetar a cualquier ser humano significa indefectiblemente el irrespeto a la naturaleza.

4.3. La complementariedad⁵⁰

Todos los entes coexisten. Un elemento depende de todos los restantes para ser pleno o completo. Esto nos recuerda a ese clásico dibujo de la filosofía oriental que es el *yin* y el *yang*. Para ser un elemento se requiere del que se podría considerar opuesto, y dentro del opuesto, precisamente para no considerarlo de ese modo, se tiene en el centro el punto del diferente. Es decir, los elementos no son precisamente opuestos, sino complementarios y armónicos. Todos los elementos *sufren* de una deficiencia ontológica. Esto me recuerda aquel principio del maestro Boaventura de Sousa Santos⁵¹ que afirma la inexistencia de sociedades subdesarrolladas y personas ignorantes. Por el principio de complementariedad, el subdesarrollo de unos implica el desarrollo de otros, y la ignorancia de unos el conocimiento de otros. Es decir, los países centrales son desarrollados en tecnología pero subdesarrollados en comunitarismo social; la ignorancia de conocimiento racional puede significar la sabiduría emocional. Mi conocimiento de la lengua española, por ejemplo, es diametralmente opuesto a mi ignorancia en el quichua.

En la racionalidad occidental, por el principio de identidad, un elemento siempre es coincidente consigo mismo y distinto a los demás. Si *p* es verdadero no puede ser al mismo tiempo *no p*, es decir, no puede ser falso; además *p* no es *q*. Esta lógica no se identifica con el principio de complementariedad por el que los opuestos se integran, se completan y, por tanto, se complementan. La relación sería *p ? no p* y *p ? q*. La contradicción occidental es para los indígenas contrariedad. Si *p* y *q* son distintos, pueden coexistir como partes complementarias de una tercera entidad que los concilia y que, en estricto sentido, es un *todo* que los comprende. Los opuestos están dinámicamente unidos.

50 *Ibid.*, pp. 126-131.

51 Santos, Boaventura de Sousa. *De la mano de Alicia: lo social y lo político en la postmodernidad*. Bogotá, Siglo del Hombre Editores/Ediciones Uniandes/Universidad de los Andes, 1998, p. 122.

[...] los complementos en sentido andino no son ‘posiciones’ abstractas y logo-mórficas, sino experiencias parciales de la ‘realidad’. Y tampoco son ‘antagónicas’ en un sentido de irreconciliación racional; se requieren mutuamente, no como ‘motor dinámico’ para elevarse a otro nivel, sino para complementarse en el mismo nivel.⁵²

En este sentido, cielo y tierra, sol y luna, claro y oscuro, verdad y falsedad, macho y hembra, naturaleza y ser humano no pueden excluirse, sino más bien complementarse necesariamente para su afirmación como entidad superior e integral.

En la lógica de derechos, entonces, sería profundamente inadecuado proteger a uno de los elementos que conforman el complemento porque generaría un desequilibrio indeseable e inadecuado. De ahí, entonces, que tenga sentido que tanto seres humanos como naturaleza gocen de igual protección jurídica.

4.4. El principio de reciprocidad⁵³

El principio de reciprocidad es la forma práctica como interactúan los demás principios brevemente enunciados. En todo tipo de interacción, humana y no humana, cada vez que se produce un acto o fenómeno se manifiesta un acto recíproco como una contribución complementaria. Toda actuación humana tiene trascendencia cósmica y forma parte de un orden universal. Esta forma de ver el mundo no tiene sentido para el pensamiento occidental que es profundamente individualista y que promueve, por el contrario, la autonomía de la voluntad y la libertad para tomar decisiones.

Los actos de los seres humanos, al igual que los de la naturaleza, se condicionan mutuamente, “de tal manera que el esfuerzo o la ‘inversión’ en una acción por un actor será ‘recompensado’ por un esfuerzo o una ‘inversión’ de la misma magnitud por el receptor”.⁵⁴ De ahí se desprende, por ejemplo, que el trueque tenga mucho sentido en las relaciones económicas entre personas.

52 Josef Estermann, *op. cit.*, pp. 130-131.

53 *Ibid.*, pp. 131-135.

54 *Ibid.*, p. 132.

La base de la reciprocidad es lo que Estermann denomina “justicia cósmica”, que aglutinaría todas nuestras formas compartimentalizadas de entender la justicia (económica, judicial, social...). Por ello, la base de toda relación es el orden cósmico. Un acto indebido puede alterar el orden global.

El equilibrio cósmico (armonía) requiere de la reciprocidad de las acciones y la complementariedad de los actores. Esto no quiere decir que los *relata* de una relación recíproca siempre sean ‘equivalentes’ y ‘con-naturales’, sino que a la iniciativa de un *relatum* corresponde una reacción complementaria de otro *relatum*. Una relación (unilateral) en la que una parte sólo da o sólo es activa, y la otra únicamente recibe o es pasiva, para el *runa* andino no es imaginable ni posible.⁵⁵

El principio de reciprocidad se lo puede apreciar, vivir y aplicar en cualquier campo de la vida, desde lo cotidiano y aparentemente personal hasta lo trascendente y cósmico.

En cuanto a la relación con la naturaleza, el ser humano cuando se interrelaciona con la tierra, al sembrar o cosechar, no la hace como con un objeto, sino como un sujeto, con el que trabaja, se transforma, tiene rostro. El rito de la siembra es una interrelación de profundo respeto y reciprocidad.

Del principio de reciprocidad se deriva, en la teoría de los derechos humanos, la idea de valor y respeto. Lo que se tiene que cuidar, proteger y promover tiene que ser protegido por el derecho, que es una noción abstracta que genera vínculos y límites al accionar humano. Si la naturaleza es recíproca con el ser humano y viceversa, conviene preservar esa interrelación por medio de la noción de derecho. Descuidar, desproteger y dañar la naturaleza afectaría irremediablemente al principio de reciprocidad. Además, si las relaciones son recíprocas, existe pues una razón más para poder aplicar la noción de igualdad y, por tanto, de no discriminar a una de las partes en relaciones equivalentes. La categoría de derecho fundamental es una especie de antídoto⁵⁶ que neutraliza lo patético que puede ser el uso indiscriminado de la naturaleza.

55 *Ibid.*, p. 134.

56 Nino, Carlos Santiago. Introducción. *Ética y derechos humanos*. Buenos Aires, Editorial Astrea, 2ª ed., 2005, p. 4.

Como se puede desprender de este acápite y contrastando con los anteriores, la filosofía andina no parte desde la concepción de que el ser humano es el único y exclusivo receptor de los beneficios del discurso de derechos. Al contrario, la lógica andina no considera y, por tanto, en la fundamentación se descarta el antropocentrismo. Gudynas ha denominado al nuevo paradigma como *biocéntrico* por oposición al dominante en el derecho.⁵⁷

Al ser la naturaleza un elemento universal que se complementa, se corresponde, se interrelaciona y con la que se tiene relaciones recíprocas, la consecuencia obvia es que debe protegerse. No hacerlo significaría alterar o descuidar las interrelaciones entre los elementos de la vida que son absolutamente necesarias.

V. Del agujero negro al *Big Bang*

En el principio era la nada o todo contraído, o algo que era una singularidad espacio temporal de densidad infinita matemáticamente paradójica, lo cierto es que sucedió una gran explosión y el universo, desde entonces, se ha ido expandiendo; de ahí el porqué los planetas y las estrellas se van alejando. De igual modo, en el principio jurídico no había teoría hasta que a algún filósofo se le ocurre crear una institución y esta va desarrollándose y sus postulados originales se multiplican y se alejan entre sí. Algo así sucede con el tratamiento jurídico de la naturaleza.

El agujero negro quizás era la completa integración entre el ser humano con la naturaleza hasta que se instituyó el mandato bíblico, al menos en la tradición judeo-cristiana que es la que influye determinadamente en la cultura occidental, de dominar la tierra y someterla.⁵⁸ El ser humano se convierte en una especie de mayordomo de la tierra y de la naturaleza. En la historia bíblica del origen del universo, el ser humano es la creación a imagen y semejanza de Dios y ejerce ese poder en la tierra, además de usarla, la debe fructificar, debe multiplicarse y llenar la tierra.⁵⁹ Someter a la naturaleza significa dominar la tierra, los peces del agua, las aves del cielo, los animales y, en suma, ejercer autoridad sobre todo ser no

57 Gudynas, Eduardo. *El mandato ecológico: derechos de la naturaleza y políticas ambientales en la nueva Constitución*. Quito, Abya-Yala, 2009, pp. 39, 58, 63, 65.

58 Génesis 1:28.

59 Goto, Rafael. *Reflexiones sobre Biblia y medio ambiente*, 11 septiembre 2007. Internet. <http://www.radioevangelizacion.org/spip.php?article1008>, Acceso: 16 abril 2010; además de hacer una interpretación clásica, este autor hace una referencia contemporánea basada en la responsabilidad.

humano. Esta norma, de carácter moral, es la que primará y se aplicará durante gran parte de la historia de la humanidad.

En términos de derecho positivo, podríamos afirmar que, dentro de la lógica liberal, estaba permitido hacer cualquier actividad con relación a la naturaleza. La naturaleza estaba bajo la categoría del derecho a la propiedad. En este sentido, la naturaleza se compartimentaliza en tantas partes cuantos propietarios existen. El destino de la naturaleza depende de la forma de disposición de los dueños. Los propietarios pueden usar, usufructuar y disponer (prestar, vender o abandonar) un bien, mueble o inmueble sin que exista restricción alguna. Si somos dueños de un pedazo de tierra, lo podemos sembrar, quemar, pavimentar, talar, vender, descuidar, proteger. Hay una máxima que dice que, en las relaciones privadas, como el ejercicio de los derechos de propiedad, se puede hacer todo lo que no esté prohibido. Como puede constatarse en las legislaciones penales del siglo pasado, desde el derecho liberal, cualquier atentado contra los derechos de la naturaleza no estaba penalizado, luego se entiende que se puede hacer cualquier actividad u omisión que a uno se le ocurra.

En cuanto a aquellos bienes que no tienen propietarios privados, se considera que los estados ejercen los derechos de los propietarios. Esto sucede, por ejemplo, con los páramos, con los mares, con el subsuelo, con el aire y el espacio, con los ríos, con las aguas y en general con aquella naturaleza que, dentro del territorio nacional, no tiene propietario privado. El estado puede, como cualquier dueño, disponer de la propiedad; en unos casos no puede vender, sin embargo puede autorizar su uso y usufructo.

Un problema aparte, y sumamente complejo, es el de los bienes que no tienen dueños privados ni estatales, y se trata de los bienes comunes (*common goods*), tales como el mar intercontinental, el espacio aéreo y en general todos aquellos bienes que no tienen control por el principio de soberanía estatal y que se comparten entre todos los seres humanos y entre todos los estados. Hay quienes, desde una perspectiva liberal, consideran que el no tener un dueño que cuide el bien, estos están condenados a ser destruidos (*the tragedy of the commons*).⁶⁰ Hay otros que dicen que al apropiarse

60 Norman Wray cuenta que, en las discusiones en la Asamblea Constituyente de Ecuador se esgrimió, al respecto, el siguiente argumento: “Se han preguntado ustedes ¿por qué las ballenas desaparecen? Y a continuación, ¿por qué las vacas no? La respuesta fue inmediata: en el primer caso nadie es dueño de ellas, por lo tanto ¿quién las cuida?”, en Wray, Norman. “Los retos del régimen de desarrollo. El buen vivir en la Constitución”. *El buen vivir. Una vía para el desarrollo*. Comps. Alberto Acosta y Esperanza Martínez. Quito, Abya-Yala, 2009, p. 52.

inmediatamente se convierten en bienes excluyentes. Lo cierto es que el derecho permite su uso y usufructo y que cada vez hay un llamado a respetar y cuidar estos bienes. De cualquier forma, en estas dos concepciones (la bíblica y la civil), la naturaleza es un objeto, un bien, mueble o inmueble, que puede ser utilizado o dispuesto sin restricción alguna.

La Declaración de Estocolmo sobre el medioambiente humano, aprobada el 16 de junio de 1972, marca el inicio de una nueva era en la concepción del derecho y la naturaleza. Sin duda esta pieza jurídica es la culminación de un lento y decisivo movimiento ambientalista sensible ante los problemas ecológicos que se estaban comenzando a constatar. En la declaración se reconoce que el ser humano tiene una enorme capacidad para transformar el medioambiente que le rodea y que no siempre lo hace de forma constructiva. Se admite que ese poder de transformar, basado en la ciencia y en la tecnología...

Aplicado errónea o imprudentemente, el mismo poder puede causar daños incalculables al ser humano y a su medio ambiente. A nuestro alrededor vemos multiplicarse las pruebas del daño causado por el hombre en muchas regiones de la Tierra: niveles peligrosos de contaminación del agua, el aire, la tierra y los seres vivos; grandes trastornos del equilibrio ecológico de la biósfera; destrucción y agotamiento de recursos insustituibles y graves deficiencias, nocivas para la salud física, mental y social del hombre, en el medio ambiente por él creado, especialmente en aquél en que vive y trabaja.⁶¹

El hito estuvo en llamar la atención sobre el problema ambiental ya generado y en el establecimiento de mínimos normativos para prevenir peores daños. Sin embargo, la entrada sigue siendo desde la centralidad del ser humano. “El hombre es a la vez obra y artífice del medio ambiente que lo rodea⁶² [...] La protección y mejoramiento del medio ambiente humano es una cuestión fundamental que afecta al bienestar de los pueblos y al desarrollo económico del mundo entero [...]”.⁶³ En otras palabras, el ser humano sigue el mandato bíblico de ser mayordomo de la Tierra, pero tiene que hacerlo con cuidado porque le puede afectar a su propio desarrollo.

61 Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano, numeral 3.

62 *Ibid.*, numeral 1.

63 *Ibid.*, numeral 2.

Podríamos afirmar que la *Declaración de Estocolmo* es la piedra angular del derecho ambiental moderno y el impulsor definitivo del movimiento social denominado *Verde*. El derecho ambiental ha tenido un desarrollo conceptual notable tanto a nivel doctrinario (existen incluso especializaciones universitarias, en varias disciplinas, sobre el ambiente), como a nivel normativo. Además, podríamos afirmar, sin temor a equivocarnos, que casi todos los países de influencia occidental cuentan con códigos ambientales, que tienen como objeto establecer restricciones y salvaguardas al medioambiente. Existen reglas, directrices, autoridades administrativas y prohibiciones en relación con la forma como se debe tratar al medioambiente. El derecho a la propiedad ha sufrido serias restricciones y controles. No existe, pues, plenas facultades de disposición, ni de uso y usufructo.

A la par del derecho ambiental, se ha desarrollado también una protección (represión) extra, que es la rama penal-ambiental. Se ha considerado que el daño producido al medioambiente debe tener una protección extraordinaria. Por un lado, podría pensarse que el medioambiente se ha convertido en un bien jurídico digno de respuesta penal; por otra parte, podría discutirse sobre la efectividad de este severo mecanismo para producir cambios de conducta y la proporcionalidad en el uso de penas, particularmente la privación de la libertad, con relación al daño que produce la conducta considerada delictiva.

Un paso más adelante ha sido, otra vez desde el derecho internacional, la expedición de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, aprobada el 14 de junio de 1992, que determinó que: “Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza”.⁶⁴

Es decir, de ahí en adelante el lenguaje de derechos humanos se incorpora a la consideración jurídica de la naturaleza. El potente lenguaje de derechos tendrá como contrapartida la demanda de una obligación vinculante por parte de los estados. El eco de esta declaración no se hizo esperar. En los mismos años noventa, particularmente algunas constituciones de Latinoamérica, como las más recientes andinas, reconocerán que todo ser

64 *Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*, Principio 1.

humano tiene derecho a un medioambiente sano. Esta perspectiva, que es un gran adelanto conceptual –se sigue expandiendo el panorama teórico-jurídico–, sin embargo sigue considerando a la naturaleza como un medio indispensable para la sobrevivencia del ser humano. La naturaleza goza de protección especial en tanto es el humano el que se beneficia de ella. Es decir, la visión antropocéntrica sigue siendo la que prima.

La Constitución de Ecuador, pionera en la ruptura de la concepción tradicional de derechos humanos, reconoce por primera vez el derecho de la naturaleza como un derecho autónomo del ser humano. Algunas rupturas conceptuales, comenzando por la denominación. No cabe ya el término genérico de “derechos humanos” para referirse a los derechos que tienen una protección especial en las constituciones. Conviene denominarlos derechos fundamentales o derechos constitucionales. Otra ruptura es que la protección a la naturaleza no se la hace porque conviene al ser humano, sino por la naturaleza en sí misma. En consecuencia, la concepción jurídica de los derechos deja de ser antropocéntrica. Tercera ruptura, la teoría jurídica tradicional para entender el derecho tiene que buscar nuevos fundamentos y renovadas lecturas, que tienen que ver con la ruptura del formalismo jurídico y con una superación de la cultura jurídica imperante.

Sin embargo, estamos convencidos, al menos con lo que hemos analizado de la filosofía andina, que este avance no será el último ni el definitivo. La concepción de derechos, al ser manifiestamente occidental, distinguirá entre derechos de los humanos y no humanos, y creará dos categorías que pueden ser analizadas de forma distinta y separada. Esta concepción sigue fortaleciendo la lógica dualista y categorial propia del pensamiento occidental.

Paralelamente al desarrollo conceptual del pensamiento occidental, han existido y existen formas de concebir a la naturaleza. Como hemos visto, de acuerdo con la filosofía andina, la naturaleza no es un ente separado del ser humano ni viceversa. Hemos afirmado que defender los derechos de la naturaleza es defender al ser humano y que defender al ser humano es defender la naturaleza. No es suficiente la creación de la categoría “derechos de la naturaleza” sino que se tiene que, algún momento, superar estas distinciones que, al dividir, debilitan la concepción holística de la existencia, de la vida, del universo.

El maestro Zaffaroni nos recuerda la concepción griega de la Gaia, que era la diosa griega Tierra y que consideraba al planeta como un ser vivo, como un sistema que regula y recrea la vida, que se renueva y que está en constante cambio, que es tan importante que es una diosa, que tiene que ser venerada y cuidada.⁶⁵

Así como los *runas* andinos, los griegos antiguos, estamos seguros de que otros pensamientos no dominantes deben haber desarrollado hace mucho tiempo ya, normas que disponen el trato armónico y respetuoso con la naturaleza. Ahí tenemos un camino por explorar, además sabiendo que en muchos casos esa sabiduría que existe posiblemente no esté escrita. El derecho, una vez más, tiene que aprender de otras ciencias, como la antropología, la historia y la sociología, para seguir mejorando el sistema jurídico y, en este caso, desarrollando el contenido del derecho de la naturaleza.

VI. Reflexiones finales

Conviene plasmar algunas palabras sobre la utopía de los derechos y también sobre la “lógica” indígena invocada en este ensayo. Toda declaración de derechos constitucional siempre –y no puede dejar de serlo– debe ser utópica y plantear una realidad que, siendo difícil o hasta imposible de alcanzar, es deseable luchar porque se la consiga. Todos y cada uno de los derechos significan una aspiración y un problema por superar. Si se establece que hay derecho a la nutrición es porque hay niños y niñas desnutridos crónicos; si se reconoce la dimensión positiva del derecho a la vida es porque hay mortalidad infantil; si se establecen los derechos del buen vivir es porque hay un modelo de desarrollo que aplasta e impide el ejercicio de todas las potencialidades del ser humano; si se

65 Eugenio Raúl Zaffaroni, véase “La naturaleza como persona: Pachamama y Gaia” en Ávila Linzan, Luis, ed. *Política, Justicia y Constitución*. Quito, Corte Constitucional/Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2011. No podemos dejar de reconocer que este ensayo, que lo hemos difundido con entusiasmo en más de una clase que hemos podido compartir con nuestros alumnos de derechos humanos y en un doctorado en Salud Pública, ha sido una motivación inmensa para seguir apreciando nuestra Constitución ecuatoriana y para emprender el desafío teórico de dar contenido al derecho a la naturaleza.

establece la igualdad material es porque vivimos en una sociedad que perenniza la exclusión. Si se establece los derechos de la naturaleza es que la capa de cemento que nos separa de la tierra no solo nos separa dos centímetros, sino un millón de años luz de lo que realmente somos: tierra o polvo.

Por otro lado, los derechos son siempre una herramienta contra el poder que tenemos, en terminología de Ferrajoli, los más débiles. Desde la lógica del poder, los derechos subvierten el statu quo y se convierten en un arma para eliminar “privilegios fundados en inequitativas relaciones de poder”.⁶⁶

Así que no solo son falsas promesas, sino que son instrumentos de lucha y mundos en los que queremos vivir.

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

En cuanto a la naturaleza, nos permitimos resumir un extracto de una novela que para nosotros ha sido muy aleccionadora: *La rebelión de la granja*, y que consideramos nos puede ayudar para cerrar este ensayo.

Una noche el señor Jones, propietario de una granja, cierra el gallinero. Enseguida, alborotados, los animales de la granja se reúnen para escuchar el sueño un cerdo bonachón y majestuoso, que ha llegado a entender el sentido de la vida. El cerdo, Viejo Mayor, que tiene doce años ya —nos cuenta George Orwell—⁶⁷ siente la necesidad de contar un sueño extraño a todos los animales de la granja. Pero antes Mayor hace algunas preguntas que despiertan la conciencia de los animales. ¿Cuál es la realidad de nuestras vidas? Las gallinas tienen huevos que no son destinados a

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

67 Orwell, George. *La rebelión de la granja*, capítulo I. Madrid, Ediciones Escolares, 2ª ed., 2004, pp. 25-33.

ser gallinas, sino a ser vendidos en el mercado; las vacas tienen leche que no es para robustecer a sus terneros, sino para que se tomen los humanos; los cerdos son engordados para ser muertos y comidos, los caballos sirven para transportar, los perros para cuidar... nadie es dueño de su vida y de su libertad. ¿Esta realidad forma parte del orden natural? No, mil veces no, insiste el cerdo Mayor. ¿Por qué continuar en esta mísera condición? El ser humano arrebató todo, consume sin producir, da lo mínimo, acumula sin compartir. El cerdo enuncia su sueño que es una vida donde cada animal sea dueño de su piel, de su trabajo, de su libertad, de su vida y hasta de su muerte. Todos se consideran iguales y comparables. Y comienza la rebelión de la granja por la dignidad.

La lectura de este cuento, que puede ser metáfora de las relaciones entre seres humanos o patéticamente real cuando uno aplica a las formas de relacionamiento entre los seres humanos y otros seres vivos no humanos incluidos, por supuesto, la naturaleza, nos habla de una forma de interactuar que no es adecuada y que provoca justificadamente una rebelión.

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

El derecho a la naturaleza establecido en la Constitución del Ecuador es al mismo tiempo un hito en una lucha de movimientos sociales y un comienzo. Los derechos al final siempre son armas ficticias, etéreas y abstractas que pretenden regular relaciones basadas en el poder. Es más fácil exigir cuando un sistema jurídico ha reconocido un derecho que hacerlo

sin él. Pero el derecho, como las garantías jurídicas, no es suficiente. Estas conquistas jurídicas se nutren de las luchas y de los movimientos sociales. También los grandes cambios se nutren y requieren “esfuerzos audaces y mentes abiertas”.⁶⁸ Se ha demostrado históricamente que los poderosos nunca han cedido sus privilegios de forma voluntaria, sino que lo han hecho gracias a la lucha y a la presión de la gente.⁶⁹ Esa lucha en Ecuador tiene múltiples caras y organizaciones, muchas de ellas que ni siquiera conocemos, sin embargo queremos dedicar este pequeño esfuerzo académico a Alberto Acosta y a Esperanza Martínez, quienes de alguna manera tuvieron el merecido honor, después de haberlo pregonado en Ecuador muchos años antes, de impulsar su reconocimiento constitucional.

VII. Bibliografía

Acosta, Alberto. “Los grandes cambios requieren de esfuerzos audaces”. *Derechos de la naturaleza: El futuro es ahora*. Comps. Alberto Acosta y Esperanza Martínez. Quito, Abya-Yala, 2009.

Acosta, Alberto y Martínez Esperanza, comps. *El buen vivir, una vía para el desarrollo*. Quito, Abya-Yala, 2009.

———. *Derechos de la naturaleza: El futuro es ahora*. Quito, Abya-Yala, 2009.

Albán, Amparo. “El tema ambiental en el nuevo derecho constitucional ecuatoriano”. *La Constitución ciudadana: doce visiones sobre un documento revolucionario*. Diego Pérez Ordoñez. Quito, Taurus, 2009.

Bernal Pulido, Carlos. *El derecho de los derechos*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

68 Acosta, Alberto. “Los grandes cambios requieren de esfuerzos audaces”. *Derechos de la Naturaleza: El futuro es ahora*. Comps. Alberto Acosta y Esperanza Martínez. Quito, Abya-Yala, 2009, p. 15.

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

- Beuchot, Mauricio. "Abordaje filosófico del problema de la fundamentación de los derechos humanos". *Filosofía y derechos humanos*. México, Siglo XXI Editores, 4ª ed., 2001.
- Borja Ortiz, Andrés. "Derechos de la naturaleza". *Nuevas instituciones del Derecho Constitucional Ecuatoriano*. David Cordero y otros. Quito, INREDH, 2009.
- Capella, Juan Ramón. *Entrada en la barbarie*. Madrid, Editorial Trotta, 2007.
- Carbonell, Miguel. "Derechos fundamentales en América Latina". *Tendencias del constitucionalismo en Iberoamérica*. Coords. Miguel Carbonell, Jorge Carpizo y Daniel Zovatto. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009.
- Elizalde Hevia, Antonio. "Derechos de la naturaleza ¿Problema jurídico o problema de supervivencia colectiva?" *Derechos de la naturaleza: El futuro es ahora*. Comps. Alberto Acosta y Esperanza Martínez. Quito, Abya-Yala, 2009.
- Ende, Michael. *Momo*. Madrid, Alfaguara, 2010.
- Estermann, Josef. *Filosofía Andina: estudio intercultural de la sabiduría autóctona andina*. Quito, Abya-Yala, 1998.
- Ferrajoli, Luigi. "Derechos fundamentales". *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid, Trotta, 2001.
- . "Igualdad y diferencia". *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid, Trotta, 3ª ed., 2003.
- Fukuyama, Francis. "La dignidad". *El fin de la historia y el último hombre*. Punto de lectura, 2003.
- Galeano, Eduardo. "La naturaleza no es muda". *Derechos de la naturaleza: El futuro es ahora*. Comps. Acosta, Alberto y Esperanza Martínez. Quito, Abya-Yala, 2009.
- Goto, Rafael. "Reflexiones sobre Biblia y medio ambiente". Internet. <http://www.radioevangelizacion.org/spip.php?article1008>. Acceso: 16 abril 2010.
- Gudynas, Eduardo. "Derechos de la naturaleza y políticas ambientales". *Derechos de la naturaleza: El futuro es ahora*. Comps. Alberto Acosta y Esperanza Martínez. Quito, Abya-Yala, 2009.
- . *El mandato ecológico: derechos de la naturaleza y políticas ambientales en la nueva Constitución*. Quito, Abya-Yala, 2009.

- Kant, Immanuel. "The doctrine of virtue". *Metaphysics of morals*, citado por Steiner, Henry y Philip Alston. *International Human Right in context. Law Politics and Morals*. Oxford University Press, 2ª ed., 2000.
- Larrea, Carlos. "Naturaleza, sustentabilidad y desarrollo en el Ecuador". *Derechos de la naturaleza: El futuro es ahora*. Comps. Alberto Acosta y Esperanza Martínez. Quito, Abya-Yala, 2009.
- Martínez, Esperanza. "Los derechos de la naturaleza en los países amazónicos". *Derechos de la naturaleza: El futuro es ahora*. Comps. Alberto Acosta y Esperanza Martínez. Quito, Abya-Yala, 2009.
- Melo, Mario. "Los derechos de la naturaleza en la nueva Constitución ecuatoriana". *Derechos de la naturaleza: El futuro es ahora*. Comps. Alberto Acosta y Esperanza Martínez. Quito, Abya-Yala, 2009.
- Nino, Carlos Santiago. Introducción. *Ética y derechos humanos*. Argentina, Editorial Astrea, 2ª ed., 2005.
- Orwell, George. *La rebelión de la granja*. Madrid, Ediciones Escolares, 2ª ed., 2004.
- Pacari, Nina. "Naturaleza y territorio desde la mirada de los pueblos indígenas". *Derechos de la naturaleza: El futuro es ahora*. Comps. Alberto Acosta y Esperanza Martínez. Quito, Abya-Yala, 2009.
- Peña Freire, Antonio Manuel. "Derechos subjetivos y garantía". *La garantía en el Estado constitucional de derecho*. Madrid, Trotta, 1997.
- Pérez Ordoñez, Diego. *La Constitución ciudadana: doce visiones sobre un documento revolucionario*. Quito, Taurus, 2009.
- Pisarello, Gerardo. "Los derechos sociales y sus garantías: por una reconstrucción democrática participativa y multinivel". *Los derechos sociales y sus garantías*. Madrid, Trotta, 2007.
- Roig, Arturo Andrés. "La dignidad humana y la moral de la emergencia en América Latina". *Ética del poder y moralidad de la protesta: la moral latinoamericana de la emergencia*. Quito, Corporación Editora Nacional/Universidad Andina Simón Bolívar, 2002.
- Sagan, Carl y Ann Druyan. *Shadows of forgotten ancestors*. New York, Ballantine Books, 1992.
- Saint-Exupéry, Antoine de. *El Principito-Le Petit Prince*. Trad. Joelle Eyhéramonno. Madrid, Enrique Sainz Editores S.A., 1994.

- Salgado Pesántez, Hernán. “La nueva dogmática constitucional en el Ecuador”. *Tendencias del constitucionalismo en Iberoamérica*. Coords. Miguel Carbonell, Jorge Carpizo y Daniel Zovatto. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009.
- Serrano Pérez, Vladimir. “El buen vivir y la Constitución ecuatoriana”. *La Constitución ciudadana: doce visiones sobre un documento revolucionario*. Diego Pérez Ordoñez. Quito, Taurus, 2009.
- Seuss Geisel, Theodor. *Horton hears a Who!* New York, Random House, 1986.
- Santos, Boaventura de Sousa. *De la mano de Alicia: lo social y lo político en la postmodernidad*. Bogotá, Siglo del Hombre Editores/Ediciones Uniandes/Universidad de los Andes, 1998.
- . *La caída del angelus novus: ensayos para una nueva teoría social*. Bogotá, ILSA, 2003.
- Singer, Peter. *Liberación animal*. Madrid, Trotta, 1999.
- Subiela, Eliseo. *Hombre mirando al Sudeste*, 1986.
- Williams, Joan. “Igualdad sin discriminación”. *Derecho y género*. LOM ediciones, 1999. *El género en el derecho, ensayos críticos*. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010.
- Wray, Norman. “Los retos del régimen de desarrollo: el buen vivir en la Constitución”. *El buen vivir. Una vía para el desarrollo*. Comps. Alberto Acosta y Esperanza Martínez. Quito, Abya-Yala, 2009.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. “La naturaleza como persona: Pachamama y Gaia”. *Política, Justicia y Constitución*. Quito, Corte Constitucional/Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2011.

Los derechos sociales y el activismo judicial: la situación de los Estados Unidos y su jurisprudencia

I. Introducción

La Corte Suprema de los Estados Unidos, desde el caso *Marbury contra Madison*, en 1803, asumió la competencia de controlar constitucionalmente los actos del poder público. Desde ahí se tiene una imagen de una Corte poderosa, ejemplar, progresista, sabia, respetable, única, digna de ser emulada. También, después de la expedición de uno de los más famosos precedentes, considerado como el más importante caso en la historia de la Corte,¹ el caso *Brown versus Board of Education*, se tiene la idea de que los derechos sociales han tenido cabida en las decisiones de la Corte. Finalmente, se cree que por el mentado *american dream*, en los Estados Unidos, país sin duda de los más ricos del mundo, se tienen todos los derechos sociales satisfechos. La verdad es que, si uno se acerca un poco a la realidad de la Corte y de los Estados Unidos, hay más mitos que verdades.

En primer lugar, la Corte a lo largo de la historia ha sido —como la denominó Jefferson—² la rama más débil comparándola con la ejecutiva y la legislativa, por no tener el control sobre la fuerza ni disponer directamente recursos del estado.³ En segundo lugar, los derechos sociales en los Estados Unidos no tienen reconocimiento legislativo ni tampoco han

1 Urofsky, Melvin. "Racial discrimination and preference". *The bill of Rights, the courts and the law*, third edition. David Bearinger. 1999, p. 182.

2 Hamilton, Alexander, Madison, James and Jay John. *The Federalist*. Barnes & Noble Classics, 2006, p. 427.

3 Powe Jr, Lucas A. *The Warren Court and american politics*. Belknap Harvard, 2000, p. xi.

merecido la atención sostenida y coherente de las cortes; los casos sobre derechos sociales, exigidos por medio de lo que se denomina como enfoque indirecto (utilización de normas procesales para proteger los derechos sociales⁴), han invocado la famosa enmienda catorce denominada *Equal protection of law*, y han sido extraordinarios. La excepción que confirma la regla, y que es la que crea el mito, se llama Corte Warren. Finalmente, según se desprende de los informes de Naciones Unidas, en Estados Unidos existen datos sobre violaciones a los derechos sociales que se manifiestan, por ejemplo, en la extrema pobreza de un gran sector de la población y en la falta de acceso de estos a servicios públicos básicos.

En este ensayo apreciaremos, en el acápite primero sobre los derechos sociales en los Estados Unidos, el panorama general de los derechos sociales y sobre las posibilidades de exigibilidad por medio de la Constitución norteamericana; constataremos, con datos que podrían considerarse suficientes aunque no exhaustivos, que los sistemas de salud, educación, seguro social, vivienda y de otros derechos sociales, no son los más adecuados y que, más bien, arrojan cifras de lo que se podría denominar, desde la perspectiva de instrumentos internacionales sobre derechos humanos, violaciones a los derechos sociales. En la segunda parte, como una luz en medio de la sombra, destacaremos a la Corte denominada como Warren —por ser el juez que la encabezaría en su etapa más progresista y sin duda única en la historia de los Estados Unidos— para judicializar lo que podríamos denominar justicia social. En este acápite hablaremos algo sobre su conformación, su jurisprudencia más relevante y el legado histórico a la jurisprudencia norteamericana. Actualmente, podríamos afirmar que lo conseguido por la Corte Warren ha sido práctica y progresivamente dismantelado por las cortes que le sucedieron. En tercer lugar, analizaremos el caso más importante de la jurisprudencia norteamericana, que ha influido en las políticas públicas y hasta en la vida cotidiana de los Estados Unidos, que es el caso *Brown*. Relataremos los antecedentes, las vinculaciones con los movimientos sociales, los presupuestos de hechos, la sentencia y su impacto político y social. En un cuarto acápite, como para demostrar que la Constitución está íntimamente vinculada, al igual que

4 Melish, Tara. *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Quito, 2003, p. 216.

el derecho, a la ideología, describiremos los avatares de la interpretación de la cláusula catorce, que en un momento expandió derechos y, en otro, los restringió. Finalmente, como conclusión, resaltaremos los factores que hicieron a la Constitución como un campo de disputa de significados a favor de los derechos sociales.

Lo que pretendemos demostrar en este ensayo es que cuando los jueces asumen un compromiso con los derechos del “buen vivir” y la justicia social, existen los mecanismos y la posibilidad de hacerlo. La Corte Warren sin duda es un ejemplo de corte activista comprometida con los sectores más vulnerables de los Estados Unidos. Su legado jurídico y político no solo que debe inspirar a los jueces de los Estados Unidos, sino a los jueces de la región y, en particular, a los del Ecuador.

Este ensayo tiene algunas limitaciones, que conviene advertirlas para evitar falsas expectativas. La primera es que, dado que el sistema jurídico norteamericano es complejo, solo trataremos la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos y no la jurisprudencia de las máximas cortes estatales;⁵ tampoco se aborda el tema de los desarrollos legislativos a nivel estatal. La segunda, que también tiene que ver con la abundante jurisprudencia y doctrina sobre la Corte producida en los Estados Unidos, es que hemos analizado la jurisprudencia que algunos autores destacan como la más importante y que tiene que ver con la Corte Warren; esto último porque en los años setenta y por obra de las cortes *poswarren* se cerró la posibilidad de la intervención judicial en políticas públicas bajo interpretaciones conservadoras de la Constitución por parte de la Corte Suprema. Finalmente, analizar y valorar a un país, una Corte y su jurisprudencia, siempre es una labor bastante audaz y riesgosa, en particular cuando se la hace desde fuera de los Estados Unidos y sin ser un especialista sobre el tema; pueden, por tanto, existir errores y hasta superficialidades. Pese a ello no quiero desmotivar al lector o lectora. Lo que he investigado y plasmo en este ensayo pretende ser una breve introducción a un sistema que siempre le hemos visto desde lejos, dar luces sobre posibles investigaciones y, sobre todo, demostrar que exigir derechos sociales en circunstancias tan adversas como en los Estados Unidos es posible.

5 El sistema judicial norteamericano es, como todo el sistema político, federal. Existen dos sistemas judiciales, uno estatal y otro federal. Cada estado tiene su Corte Suprema, y los Estados Unidos tiene, a nivel federal y por todo el país, una Corte Suprema.

1. Los derechos sociales en los Estados Unidos

Estados Unidos, a propósito de una propuesta de presidente Obama para reformar el sistema de salud,⁶ se encuentra debatiendo sobre el problema de la salud pública. Obama afirma que 47 millones de personas que viven en los Estados Unidos no tienen cobertura alguna en salud, que 14 000 personas, por lo elevado de los costos de cobertura de salud privada, dejan de tener protección diariamente, que los seguros privados, cuando la enfermedad es grave y costosa, no cubren los gastos necesarios, como tampoco cubren los gastos de salud preventiva.⁷ El presidente norteamericano sostiene, además, que este problema, junto con los problemas de vivienda, con la poca cantidad —comparando con otros países— de personas graduadas en el sistema de educación, la falta de trabajo y los déficit de cobertura en los seguros de desempleo, está afectando a la economía del país, y que, simplemente, los Estados Unidos no están listos para ser un país competitivo en el siglo XXI y que una reforma en el sistema de salud es central en su gobierno.

No queremos abundar con datos, que siempre son aburridos, particularmente para juristas no habituados a los números. Solo mencionaremos algunos para demostrar que en materia de derechos humanos un gran grupo de gente no vive su “sueño americano”. Usaremos, por considerar que tienen autoridad e imparcialidad, algunos datos producidos en sede de Naciones Unidas sobre los Estados Unidos.⁸ Argun Sengupta, experto independiente sobre extrema pobreza, en su informe remitido a la

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

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

8 Todos los informes producidos por diferentes agencias relacionados a los derechos humanos en los Estados Unidos se los encuentra en <http://www.ohchr.org/SP/Countries/ENACARRegion/Pages/USIndex.aspx>.

Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas,⁹ afirma que los índices de pobreza y extrema pobreza son altos comparados con otros estados ricos; por señalar un par de cifras: aproximadamente el 30 por ciento de la población afroamericana vive en barrios en los que están excluidos de gozar condiciones adecuadas de vivienda, educación, salud, trabajo y transporte; 38,2 millones de personas viven en condiciones de inseguridad alimentaria; se estima que existen 3,5 millones de personas que no tienen casa ni familia (*homeless*)... las cifras podrían continuar, pero me detengo con una historia de vida, recogida por el mismo experto, que sintetiza la vida y las dificultades por las que atraviesan muchas personas en los Estados Unidos:

Soy Jean Rice, un ciudadano americano, nacido en 1939 en Carolina del Norte... soy una de las millones de personas residentes en Estados Unidos que estamos en lo más bajo desde hace 25 años... estamos en un estado de sitio que es como vivir un terrorismo doméstico. Para sobrevivir, recojo latas, pero sólo para sobrevivir, que es mi ingreso actual, todavía con ese ingreso no puedo alcanzar a satisfacer el costo de mis necesidades básicas, como tener una vivienda... Ser un *homeless* significa que uno está forzado a llevar una vida de sobrevivencia como dormir en espacios públicos y usar los baños públicos. Algunos actos, que quienes no son *homeless* lo hacen con impunidad, como beber en espacios públicos, es un factor de criminalización... Usualmente recojo latas y ganó 12 dólares al día... busco alimentos en la basura y duermo entre cartones. El peor escenario es cuando soy victimizado por la policía que, arbitrariamente, confisca mis latas, mi trabajo y me arresta... entonces estoy excluido de vivienda, trabajo y de votar.

Una de las situaciones que más me han llamado la atención de los Estados Unidos, en el verano, era ver personas que “vivían” en las bancas de los parques. Resultaba chocante estudiar en una de las universidades

9 Véase del experto independiente sobre derechos humanos y pobreza, Sengupta, Argun. “Reporte sobre la misión a los Estados Unidos entre el 24 de octubre y 4 de noviembre del 2005”, presentado el 26 marzo 2006. Internet. <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/G06/122/70/PDF/G0612270.pdf?OpenElement>. Acceso: 23 julio 2009.

con mayores recursos económicos, en medio de tanta pobreza.¹⁰ Podría continuar con los datos y seguir mencionando las terribles circunstancias de vida de los inmigrantes, de las cárceles, de los barrios marginales y hasta de las películas que esto reflejan. Por estas razones, se podría afirmar que “la democracia constitucional es realmente imposible aquí, como en cualquier otro lugar, sin que se pongan límites a la privación de derechos sociales y económicos... los básicos preceptos constitucionales son un engaño cuando permite tales inequidades salvajes como en los Estados Unidos”.¹¹

Ahora bien, dicho lo anterior que pretendía desmitificar el *american dream*, volvamos con el derecho. Las violaciones a los derechos humanos, como las descritas, se enfrentan desde dos perspectivas: la una estatal, mediante (1) la adopción de normas jurídicas, (2) definición y aplicación de políticas públicas, y (3) la justiciabilidad judicial; la otra social, por medio de los movimientos de derechos humanos, que contribuyen directamente a satisfacer derechos o promover un rol efectivo de parte del estado. Veamos la perspectiva estatal.

(1) En cuanto a las normas jurídicas adoptadas por los Estados Unidos, a nivel federal, la Constitución de dicho país no reconoce los derechos sociales explícitamente en ninguna de sus enmiendas. Se sostiene que los “padres fundadores” de los Estados Unidos —al igual que todos los revolucionarios liberales del siglo XVIII— solo se preocuparon de los derechos que tenían relación con sus necesidades para su sobrevivencia y que estaban relacionados con la libertad de contratación y con la propiedad.¹² Este régimen liberal se reeditó a principios del siglo XX, cuando la Corte Suprema de los Estados Unidos resolvió que la propiedad y la libertad de contrato eran tan importantes que cualquier ley social (ley que protegía

10 Columbia University está localizada en un barrio llamado Morningside Highs, que algún día fue Harlem; de hecho limita con Harlem y ahí uno puede ver, solo cruzando calles, los grandes contrastes entre riqueza y pobreza, ninguna diferencia a lo que estamos acostumbrados a ver en nuestras ciudades latinoamericanas. Los homeless estaban en todas las bancas del East River Park. De igual modo, y quizá más dramático, chocaba ver homeless durmiendo en los puentes de la ciudad de Austin.

11 Forbath, William E. “Social and economic rights in the american grain”. *The Constitution in 2020*. Jack M. Balkin y Reva B. Siegel. Oxford University Press, 2009, p. 56 (traducción libre).

12 *Ibid.*, p. 55.

salud de panaderos) lo cual era una interferencia irracional, innecesaria y arbitraria en la libertad de comercio (*Lochner era*).¹³

Las necesidades de sociedades urbanas e industrializadas hacían necesario una actualización en las enmiendas. El presidente Truman, en 1954, intentó hacer una enmienda —que jamás se ha realizado— para introducir los derechos sociales, en particular el derecho a una atención en salud y a una protección adecuada de las personas adultas, enfermas, desempleadas, que se denominó Economic bill of rights, y que no tuvo éxito alguno. Sin embargo, se aprobaron importantes leyes, como el *Social Security Act*.

Si nos referimos a los compromisos internacionales, Estados Unidos es famoso por no comprometerse internacionalmente mediante la ratificación de tratados internacionales¹⁴ y mucho peor de la aceptación de la competencia de organismos internacionales para la supervisión de compromisos. Como es fácil deducir, Estados Unidos no ha ratificado el Pacto de derechos económicos, sociales y culturales (DESC)¹⁵.

(2) Con relación a las políticas públicas para promover los DESC, nos podemos remontar a los años 30, cuando el presidente Franklin D. Roosevelt promovió políticas económicas —que se le denominó el *New Deal*— que se caracterizaron por una intervención notable del estado en la economía para superar la crisis de 1929; y a las políticas implementadas por el presidente Lyndon Johnson, que declaró la guerra contra la pobreza, afirmando que esta es un síntoma que se produce por la falta de educación, formación, atención médica, vivienda, de comunidades decentes en donde vivir y criar a los niños y niñas. Actualmente existen numerosos programas y políticas para garantizar los DESC,¹⁶ que se caracterizan por

13 *Lochner v. New York*, 198 US (1905).

14 Sobre el estado de las ratificaciones de los Estados Unidos a las convenciones de derechos humanos, ver <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/newhvstatusbycountry?OpenView&Start=1&Count=250&Expand=187#187>. Acceso: 23 julio 2009.

15 Estados Unidos suscribió el Pacto el 5 de octubre de 1977.

16 Argun Sengupta, *op. cit.* Existen, según el informe del experto, 80 programas oficiales, a los que se puede acceder si se cumplen determinados requisitos de admisión. Entre los programas se puede mencionar: asistencia para familias necesitadas, programas de crédito, suplemento de ingresos para seguridad, programas de alimentación, suplementos de nutrición para mujeres y niños, ayuda médica federal y estatal, aseguramiento de salud para niños y niñas, programa habitacional para personas muy pobres. Entre los múltiples programas existentes, con coberturas no universales, resulta difícil comprender y aplicar para uno de estos, según observa el experto de ONU (párrafo 21).

no tener una cobertura universal y por ser subsidiarios a la cobertura dada por el sector privado. En palabras de un tratadista, el sistema de seguridad social es miserable, racializado y diseñado para asistir a pobres.¹⁷

(3) Finalmente —y es la intervención estatal que nos interesa en este libro y este ensayo— la judiciabilidad de los DESC. Mencionamos que existen dificultades reales para que esto suceda en los Estados Unidos porque no existen derechos sociales formal y positivamente reconocidos. Esta dificultad se superaría por la estrategia de litigación que se denomina indirecta, que requiere de juezas y jueces creativas, activistas y comprometidas. Nos detendremos un instante en esta litigación indirecta. Esto quiere decir que, cuando no existen derechos reconocidos o cuando, estando reconocidos, no son aceptados por las juezas y jueces como justiciables, se tiene que hacer un esfuerzo por integrar el contenido de los derechos sociales en los derechos civiles; por ejemplo, en lugar de invocar directamente el derecho a la salud, recurrir al derecho a la vida, o el debido proceso en lugar de la educación, o la prohibición de no discriminación por la seguridad social. Esto es precisamente lo que sucedió una época en los Estados Unidos y que, lamentablemente, ha dejado de acontecer desde los años setenta hasta nuestros días. En los Estados Unidos se logró, al menos en un período destacable de su historia judicial, exigir derechos sociales mediante la enmienda catorce, que trata sobre la protección de la igualdad, conocida como *equal protection of law*. En lo que sigue, para demostrar la posibilidad de jueces activistas en contextos adversos, trataremos sobre la Corte Warren en primer término y, luego, el caso considerado como el más importante e incontrovertible de la Corte Suprema: el caso *Brown*.

2. La Corte Warren y el movimiento de derechos civiles

La Corte Warren, que ha sido reconocida como aquella que inició “un único y revolucionario capítulo en la historia constitucional americana [...] y que transformó la doctrina americana constitucional y, además,

17 William E. Forbath, *op. cit.*, p. 58.

afectó profundamente a la sociedad americana”,¹⁸ tuvo dieciséis años de influencia, entre 1953 y 1969, y toma este nombre por su presidente, Earl Warren. Para nosotros esta Corte representa el ejemplo de lo que podría ser una corte activista, en el sentido de impulsar la exigibilidad de derechos sociales.

Se puede afirmar que los jueces no son seres ajenos a la sociedad ni a la historia. Hay jueces que tienen la sensibilidad y la sabiduría para adaptarse a los contextos históricos y a las luchas sociales. La Corte Warren fue de aquellas que pudo sintonizar con el movimiento de derechos civiles.

Se considera, por otro lado, que el movimiento de derechos civiles comienza públicamente cuando en 1955 Rosa Parks se rehusó a ubicarse en la sección de negros en un bus de transporte público en Montgomery, Alabama. El movimiento liderado por Martin Luther King logra conquistas significativas, como la concentración masiva en Washington cuando pronunció su famoso discurso denominado *I have a dream* y la expedición, en 1964, de la ley sobre derechos civiles; en 1965, la ley sobre el derecho al voto, y en 1968, la ley sobre vivienda justa. Las tácticas del movimiento iban desde tomas pacíficas de espacios públicos hasta movilizaciones en masa, promoviendo el respeto a la Constitución pero la desobediencia a las leyes injustas. Además, sin ser menos importante, comenzaron a realizar lo que ahora llamaríamos litigios estratégicos ante las cortes. En este punto es donde converge el movimiento de derechos civiles con la Corte Warren.

El primer caso paradigmático resuelto por la Corte y promovido por el movimiento, como se explica en el siguiente acápite, fue el caso *Brown* (1954), por medio del cual se asestó un duro golpe contra la segregación racial. Le siguieron varios casos.

La *National association for the advancement of colored people* (NAACP), una de las organizaciones más importantes en la lucha por los derechos civiles, estaba siendo perseguida por agentes gubernamentales, que tenían listas de sus miembros. En el caso *NAACP v. Alabama* (1958), la Corte Suprema garantizó el libre ejercicio del derecho de asociación de la NAACP y determinó que las listas que mantenían agencias de Policía eran ilegales. De igual modo, en el caso *Shelton v. Tucker* (1960) estableció que

18 Horwitz, Morton J. *The Warren Court and the pursuit of justice*. Hill and Wang, 1999, p. 3.

los profesores de instituciones públicas no debían declarar a qué organizaciones pertenecían. En el caso *NAACP v. Button* (1963), se estableció que no era ilegal la motivación que hacía la organización para encontrar gente que quisiese demandar contra el estado.

Uno de los casos más importantes, por ser un precedente sobre la libertad de expresión no solo en Estados Unidos, sino en el mundo entero, tenía que ver también con el movimiento de derechos civiles: el caso *New York Times v. Sullivan* (1964) por el que la Policía de Montgomery enjuició al *New York Times* por publicar un comunicado en el que se sostenía que Martín Luther King era víctima de abusos por parte de la Policía. La Corte sostuvo que la libertad de expresión, en un sistema democrático, es un derecho que se puede ejercer aún contra la honra de funcionarios públicos, salvo que exista real malicia en la difusión de la expresión.¹⁹ Este caso es considerado como uno de esos raros casos de la lucha por los derechos en los que la Corte Suprema simpatizó con la crítica contra el gobierno.²⁰

En el caso *Bell v. Maryland* (1964), la Corte consideró que las condenas penales por entrar en propiedad privada no fueron constitucionales en el contexto de manifestaciones públicas pacíficas. Esta resolución dividió a la Corte liberal (el juez Black, demócrata, votó junto con los magistrados republicanos). De igual modo, en el caso *Brown v. Louisiana* la Corte decidió que una protesta contra la segregación en los servicios de una biblioteca pública era constitucional.

El apoyo público y social a la Corte poco a poco fue decreciendo, debido a que en los años sesenta la atención pública y el movimiento de derechos civiles se dirigió hacia la guerra de Vietnam. Por eso se explica que en casos como *Adderley v. Florida* (1966), la Corte confirme la condena de 32 estudiantes que protestaban pacíficamente fuera de una universidad por la segregación racial, cuando la Policía arrestó a otros estudiantes afro-americanos.

Sin embargo, la Corte siguió promoviendo fallos en los que se combatió la segregación y la injusticia. Por ejemplo, el famoso caso *Miranda v.*

19 *New York Times v. Sullivan* 376 US 254 (1964). *The bill of Rights, the courts and the law*, third edition. David Bearinger, 1999, p. 52.

20 Morton J. Horwitz, *op. cit.*, p. 37.

Arizona (1966) en el que se limitó el poder de la Policía y se establecieron los derechos que ahora se conocen como debido proceso en la privación de libertad (*Miranda's rights*)²¹ y el caso *Loving v. Virginia* (1967), en el que se declaró inconstitucional las leyes que prohibían en Virginia el matrimonio interracial.

Este período histórico, y hasta ahora no repetido en los Estados Unidos, demuestra que un movimiento de derechos civiles es imprescindible en la lucha y conquista judicial de derechos, y que una Corte progresista requiere, para legitimar su actuación, de un movimiento social organizado; por ello no es exagerado cuando se afirma que “el movimiento de derechos civiles se tomó las calles para cuestionar las prácticas sociales —después del Caso Brown—... y estos individuos eran los soldados de pie de la Corte”.²²

3. El caso *Brown v. Board of Education* y el derecho a la educación²³

El caso Brown hay que entenderlo en su contexto histórico y normativo. Hay que recordar que las enmiendas del siglo XIX surgen después de la Guerra Civil y que fueron diseñadas para abolir la esclavitud y proteger a todas las personas que se consideraron como libres. Sin embargo, la Corte Suprema dio el alcance más restringido posible a estas normas, particularmente en el caso conocido como *Slaughterhouse Cases* (1873), que eliminó prácticamente la protección constitucional para quienes fueron esclavos, y el caso *Plessy c. Ferguson* (1896)²⁴ que interpretó la enmienda catorce en el sentido de permitir la segregación racial bajo el principio de “*equal but separate*”.

El caso *Plessy* merece cierto detalle. En junio de 1892, Homer A. Plessy compró un pasaje de tren para viajar de New Orleans a Covington, Louisiana, se sentó en el vagón que correspondía solo a blancos. Las autoridades le pidieron que se traslade al vagón de afroamericanos, por

21 *Miranda v. Arizona* 384 US 436 (1966). *The bill of Rights, the courts and the law*, third edition. David Bearinger, 1999, p. 137.

22 Owen, Fiss. *The law as it could be*. New York University Press, 2003, p. 244 (traducción libre).

23 *Brown v. Board of Education of Topeka*, 349 US 294 (1954).

24 *Plessy v. Ferguson*, 163 US 537 (1896).

considerar que no era blanco, y Plessy se negó. Plessy fue detenido y trasladado a la cárcel de New Orleans. En el juicio se determinó que Plessy tenía un octavo de sangre negra y que la detención fue legal. Plessy argumentó, ante la Corte Suprema, que se violó la enmienda catorce y que se le trató como una persona inferior al separarlo del vagón de blancos. El fiscal general sostuvo que separar a blancos y negros no significaba tratar como inferior a los segundos, sino que simplemente se estaba cumpliendo la ley y el principio que determina que siendo iguales hay que tratarlos diferente. La Corte determinó que el trato distinto no destruye el principio de igualdad. La Corte confirmó la sentencia contra Plessy (25 dólares de multa y 20 días de cárcel), reafirmando así, en términos obligatorios, la doctrina del *equal but separate*. Hubo una opinión disidente, la del juez John Marshall, que predijo —como todo buen voto salvado— la doctrina opuesta: la Constitución no tiene color y no tolera ni distingue entre ciudadanos, la decisión es perniciosa, estimulará la violencia entre grupos y la creencia de que es posible, incluso a través de actos del estado, anular los beneficios de los derechos establecidos en la Constitución.²⁵

La Corte Suprema avaló entonces, con sus interpretaciones, el sistema de vida del sur de los Estados Unidos, que se basó en la discriminación (*Southern way of life*). Esto en la práctica significó ser tolerante con la distinción y en la segregación entre blancos y afroamericanos en las universidades, las escuelas, hoteles, los lugares públicos y hasta con formas violentas de relacionamiento como los linchamientos contra personas negras.²⁶ En suma, la Corte formalizó, en términos constitucionales, una forma de organización social.

En los años cincuenta, además de que los afroamericanos demostraron heroísmo en la Segunda Guerra Mundial y se destacaron en los deportes, la situación de la población afroamericana se visibilizó por medio del movimiento de derechos civiles liderado por Martin Luther King y por el NAACP.

El objetivo del NAACP era revocar *Plessy*. Dos precedentes motivaron al movimiento a intentar con el caso Brown. Uno era *Sweatt v. Painter*

25 Knappman, Edward W., ed. *Great American Trials, Visible Ink*. Detroit, 1994, pp. 218 y ss.

26 El 73 por ciento de los linchamientos sucedía en el sur y era —en una proporción parecida— contra afroamericanos. Véase Horwits Morton J., *op. cit.*, p. 18.

(1950), en el que la Corte comparó el prestigio de los graduados de la universidad de Texas y una universidad creada reciente y exclusivamente para afroamericanos, y ordenó la admisión de un estudiante afroamericano en la universidad para blancos. El otro caso era el *Maclaurin v. Oklahoma Board of Regents*, que analizó, en una misma universidad, los efectos de la segregación en el rendimiento en la vida académica de los estudiantes (por ejemplo, el comer en mesas y estudiar en escritorios separados).

Las distinciones perjudiciales para la población afroamericana se iban haciendo cada vez más evidentes, y de esto lo atestigua el famoso pie de página n.º 11 del caso Brown, donde se enumeraron varios estudios serios sobre las diferencias entre los sistemas educativos para blancos y para negros (sociológicos y psicológicos): dinero invertido, calificación y salarios de los profesores, número de estudiantes por profesor, antigüedad y mantenimiento de las escuelas, número de libros en las bibliotecas. Las escuelas para afros estaban en desventaja a tal punto que estaban violando sus derechos.

Thurgood Marshall, abogado del NAACP que se convertiría años más tarde en juez de la Corte Suprema, estableció una estrategia para litigar un caso paradigmático (y así evitar tener tantos casos cuantas instituciones que segregaban existían, lo cual hubiese consumido la energía del movimiento) y bajarse para siempre el precedente establecido en *Plessy*; objetivo que, visto desde la perspectiva histórica de la Corte, era utópico. La estrategia jurídica de Marshall estaba estrechamente vinculada a una victoria legal que significaba el fortalecimiento del movimiento social por los derechos civiles.

El señor Oliver Brown, un afroamericano, vivía en Topeka, Kansas, trabaja en la estación de tren del lugar y tenía su casa cerca de su lugar de trabajo. No solo que debían escuchar los trenes de día y de noche, sino que además sus hijos tenían que atravesar los rieles de tren para dirigirse a su escuela para personas afroamericanas que quedaba a una milla de distancia. En 1950, por cuestiones de seguridad y por cercanía, el señor Brown intenta matricular a su hija Linda en una escuela solo para personas blancas. El director de la Escuela le niega la matrícula por ser afroamericana.²⁷

27 Edward W. Knappman, ed., *op. cit.*, pp. 466 y ss.

El señor Brown, que no tenía un pasado de activista por los derechos civiles, acude a uno de los locales del NAACP y estos, siendo el caso perfecto que estaban esperando para revertir Plessy, presentaron una demanda ante la Corte distrital de Kansas pidiendo que termine la segregación racial en las escuelas públicas.

La parte demandada, la Dirección de Educación de Topeka (*Board of education of Topeka*), esgrimió tres argumentos: (1) la segregación racial en la escuelas preparaban a los niños y niñas afroamericanos para asumir la realidad como personas negras cuando llegaren a ser adultas; (2) no era competencia de la Corte Suprema pronunciarse sobre la legalidad de la segregación escolar, sino que era exclusivamente del Congreso; y (3) no existe evidencia de que la segregación tenga efectos negativos en los estudiantes afroamericanos.

En 1951 la Corte local, sosteniendo que el caso se gobernaba por el precedente *Plessy* y que este no ha sido seriamente cuestionado por la Corte Suprema, negó la demanda.

En 1952 el Caso Brown fue argumentado ante la Corte Suprema. En 1953, de forma unánime, revertió el precedente *Plessy*.

En la Corte se utilizaron dos métodos para interpretar el alcance de la enmienda catorce relacionada con la igual protección ante la ley (*equal protection of law*). El primero relacionado con el espíritu de la ley y la intención de quienes enmendaron la Constitución; el otro con el contexto histórico. La primera interpretación fue esgrimida por la Dirección de Educación de Topeka y, en general, por quienes defendían el sistema de segregación racial. Se dijo que al momento de la expedición de la enmienda existía el régimen de segregación y que no fue prohibido expresamente; además que el aspecto educativo no era un aspecto de preocupación legal y que, incluso, se toleraba la prohibición de la educación de personas afroamericanas. La Corte sostuvo que no podía determinarse con certeza cuál era el espíritu de la ley de los congresistas de la época y que, por tanto, no se podía sacar conclusiones claras en relación con la educación y la enmienda catorce.

Los demandantes y la Corte acogieron el segundo método de interpretación, el contextual, cuando afirmaron que existen factores tangibles de diferencias entre la educación de personas blancas y de afroamericanas, y que el caso tiene que analizarse a la luz del desarrollo de la educación

pública en la actualidad, no se puede dar marcha atrás el reloj a 1896, tiempo en el que se resolvió el caso *Plessy*:

Actualmente, la educación es tal vez la más importante función del estado y de los gobiernos locales. La obligación de la educación primaria y los grandes gastos para la educación demuestran el reconocimiento de la importancia de la educación en nuestra sociedad democrática. La educación es un requisito para el ejercicio de cualquier responsabilidad social y pública, incluso en el servicio militar. Es la base para una buena ciudadanía. Actualmente es el principal instrumento para el despertar del niño a los valores culturales, para prepararle para la posterior formación profesional y para ayudar a las personas a adaptarse con normalidad a su medio. En estos días, no es posible que un niño pueda razonablemente triunfar en la vida si se le ha negado la oportunidad de una educación. Esta oportunidad, que el estado tiene la obligación de ofrecer, es un derecho que tiene que ser accesible a todas las personas en condiciones de igualdad.²⁸

La Corte, además, sostuvo que la política y la práctica de segregación tenían un impacto negativo tanto en la vida de los niños y niñas, al producir un sentimiento de inferioridad, en la percepción que tienen unos frente a los otros, que afecta los corazones y las mentes de forma inadecuada, como en la vida de los grupos humanos, cuestiones que se superarían con la integración racial.

Por todas estas razones, la Corte concluyó que la doctrina *equal but separate* no tiene cabida en el sistema educativo y que este sistema viola la enmienda catorce sobre la igual protección ante la ley.

Como se puede desprender de este breve resumen, el caso no se agota en la litigación de la discriminación, sino en el acceso, en el contenido y en los efectos del derecho a la educación pública. De hecho, el acceso, el contenido y los efectos son los argumentos que utiliza la Corte para considerar que hubo discriminación. Es decir, la sentencia de la Corte abordó el derecho a la educación desde una perspectiva sustancial o material.

La ejecución de la sentencia no fue fácil. Un tiempo más tarde, en lo que se conoce como *Brown II*, la Corte determinó que el proceso de

28 *Brown v. Board of Education of Topeka*, 349 US 294 (1954). *The bill of Rights, the courts and the law*, third edition. David Bearinger, 1999, p. 186 (traducción libre).

desagregación tenía que ser aplicado por las cortes federales con deliberada velocidad. En algunos casos, la implementación política y hasta la aplicación judicial tardó en cumplirse varias décadas. Conviene mencionarse que el caso generó resistencias. Por ejemplo, todos los senadores de los estados del Sur, dos años después del fallo, firmaron un manifiesto en que proclamaron que el Caso Brown era contrario a la Constitución.

Judicialmente se discutió sobre la resistencia al Caso Brown en el conocido como *Cooper v. Aaron* (1958). El gobernador de Arkansas prohibió la entrada a nueve estudiantes afroamericanos a una escuela de Little Rock, en franca desobediencia a lo prescrito en el Caso Brown. La Corte argumentó sobre su autoridad para determinar el alcance de la Constitución y ordenó el acceso de los estudiantes a la Escuela. El presidente Eisenhower ordenó que elementos de la fuerza pública ejecutaran la sentencia de la Corte. Aunque las resistencias continuaron, poco a poco los estados del Sur aceptaron el precedente establecido en el Caso Brown.²⁹

Sin duda, si la Corte Warren solo hubiese escrito el caso Brown, sería recordada aun como una corte excepcional.

4. Los avatares de los derechos sociales por medio de la cláusula “igual protección de la ley”

Los derechos sociales no pueden ser exigidos directamente ante las cortes federales por no estar reconocidos en la Constitución, como ha quedado dicho. Este gran obstáculo obliga a que la tutela de derechos sociales, en los Estados Unidos, se haga a través de otros medios.³⁰ El más utilizado en los Estados Unidos por el movimiento de derechos, después del caso *Brown*, es el principio de igualdad y no discriminación, que corresponde a la enmienda catorce.

29 Horwitz Morton J., *op. cit.*, p. 31.

30 Abromovich y Courtis sugieren el principio de igualdad y no discriminación, el debido proceso, la protección de derechos económicos, sociales y culturales por medio de derechos civiles y políticos, la protección de derechos sociales por otros derechos sociales, los límites a los derechos civiles y políticos justificados por derechos sociales y la información como vía de exigibilidad de derechos sociales. Véase Abramovich, Víctor y Christian Courtis. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid, Editorial Trotta, 2002, pp. 117-248.

¿Tienen la enmienda catorce y el principio de igualdad relevancia para exigir derechos sociales? La respuesta a esta pregunta, como sugiere Robin West, depende de cómo interprete la Corte Suprema la enmienda.³¹ En la historia de la jurisprudencia de la Corte Suprema encontramos dos posibilidades. Por un lado, la enmienda puede ayudar a transformar la situación social y económica de afroamericanos, mujeres y otros grupos marginados por medio de la expansión de su interpretación; por otro lado, la misma enmienda puede ser usada por judiciales conservadores para mantener el *statu quo*.³²

4.1. Expansión de derechos

Mencionaremos algunos casos que demuestran la potencialidad de la enmienda catorce, cuando se interpreta a favor de las personas y de la expansión de sus derechos.

(1) *Serrano v. Priest* (1971):³³ los padres de familia de niños y niñas que estudian en el condado de Los Ángeles demandan a las autoridades que manejan el sistema público de educación del lugar que reparen los daños ocasionados por violar la enmienda catorce, por considerar que el sistema de financiamiento de las escuelas públicas, basado en los impuestos locales, genera discriminaciones entre las escuelas donde los padres son ricos y contribuyen con más impuestos y las escuelas donde los padres son pobres y no pueden contribuir; las primeras tienen mejores condiciones que las otras.

La Corte Suprema de California confirmó que el sistema de financiamiento generaba diferencias; así, por ejemplo, en la escuela a la que pertenecían los demandantes cada niño recibía un promedio de 577 dólares por año, mientras que la escuela de Beverly Hill recibía 1 231 dólares por niño. La Corte concluyó que la forma de financiamiento aumentaba la

31 West, Robin. "The missing jurisprudence of the legislated Constitution". *The Constitution in 2020*. Jack M. Balkin y Reva B. Siegel. Oxford University Press, 2009, p. 79.

32 Balkin, Jack M. and Siegel Reva B. "Remembering how to do equality". *The Constitution in 2020*. Jack M. Balkin y Reva B. Siegel. Oxford University Press, 2009, p. 93.

33 5 Cal.3d 584 (1971). Fellmeth, Roberth C. *Child rights & remedies. How the U.S. Legal system affects children*. Clarity Press Inc, 2002, p. 190.

brecha social entre ricos y pobres. Entre los argumentos usados por la Corte, para determinar la violación de la cláusula de igual protección ante la ley, están: (1) la consideración de la riqueza como una categoría sospechosa que puede provocar actos discriminatorios; (2) la calidad de la educación no puede depender de la buena o mala fortuna de quienes habitan en un barrio; (3) la educación es de interés primordial para el estado, y es fundamental para que los individuos tengan oportunidades, se desarrollen como ciudadanos y aseguren la participación de los niños y niñas en la vida política y cultural de la sociedad; el estado tiene la obligación de garantizar el acceso y la mejor calidad de educación posible a los niños y niñas; (4) la educación es un derecho que representa más que el mero acceso a una aula: es esencial para ejercer las libertades en democracia, tiene que ser universal (para todas las personas), debe durar un largo período en la vida (entre 10 y 13 años), debe ser obligatoria.

(2) *Plyler v. Doe* (1982):³⁴ el demandante sostiene que el negar el acceso de un niño o niña indocumentado al sistema de educación pública en Texas, que está disponible para niños y niñas nacionales de los Estados Unidos o extranjeros que tienen su situación migratoria legalizada, viola la enmienda catorce.

La Corte Suprema reconoce que en Estados Unidos siempre ha habido control migratorio y restricciones a los inmigrantes ilegales, que va desde la criminalización hasta la deportación, y admite además que los parlamentos de los estados tienen la potestad para establecer medidas de control migratorio. Sin embargo, el problema a resolver no tiene que ver tanto con el control migratorio sino más bien con los recursos económicos destinados al sistema educativo. A mayor cantidad de migrantes, menos recursos, y afirman los demandados que el sistema de educación está saturado de migrantes ilegales mexicanos.

La Corte sostuvo que un inmigrante antes de tener el *estatus de legal* o ilegal es una persona. En casos anteriores la Corte reconoció que las personas con *estatus ilegal* tienen derecho al debido proceso establecido en la enmienda quinta y catorce. En el presente caso la Corte manifestó que la población inmigrante ilegal puede constituir una “población sombra” por

34 *Plyler v. Doe*, 457 US 202 (1982). *Child rights & remedies. How the U.S. Legal system affects children*. Fellmeth, Robert C. Clarity Press Inc, 2002, p. 200.

la cantidad de personas, y que estas están expuestas a condiciones de vida deplorables, como recibir salarios bajos y no disfrutar de los beneficios que tienen las personas ciudadanas. La existencia de este grupo marginal presenta un grave problema jurídico puesto que se atenta con el principio de igualdad ante la ley. Las niñas y los niños demandantes pertenecen a este grupo de personas. A pesar de que en ciertas circunstancias se puede admitir que nadie puede beneficiarse de su propia conducta ilegal, este principio del derecho no se aplica con las niñas y los niños. Si bien sus padres asumieron el riesgo y las consecuencias de haber entrado ilegalmente a los Estados Unidos, la situación de los niños y las niñas no puede compararse ni ser asimilada a su conducta. El estatus migratorio de los padres y su conducta no debe afectar a la situación de sus hijos o hijas. Actuar contra los padres por intermedio de los niños y niñas, incluso si hay actos legislativos, no puede considerarse adecuado a la justicia.

La Corte Suprema reconoció que el derecho a la educación no está reconocido en las enmiendas a la Constitución, pero esto no significa que no se considere como un servicio público importante, tal como los servicios de seguridad social. El servicio de educación pública es una institución básica y su funcionamiento tiene impacto —y puede marcar distinciones— en la vida de los niños y niñas. Las escuelas públicas son las instituciones cívicas más importantes para la preservación del sistema democrático de gobierno. La educación juega un rol fundamental en el mantenimiento de la sociedad. En consecuencia, negar la educación a un grupo de niños y niñas es una afrenta contra la cláusula de igual protección ante la ley. Al privar a un grupo de niños y niñas —en este caso los inmigrantes ilegales— de la educación, se afecta a su posibilidad de integrarse al grupo mayoritario. La Corte sostuvo que mientras los niños y niñas estén presentes en el país, aun suponiendo que podrían estar sujetos a deportación —lo cual no es un hecho cierto para todos los inmigrantes ilegales—, deben tener acceso a la educación.

La Corte Suprema, finalmente, reflexionó sobre los costos de la educación y sostuvo que el método utilizado por el estado de Texas no es el más adecuado. Por un lado, no hay prueba convincente de que los niños y niñas sean realmente una carga fiscal que afecte en la calidad de la educación; al contrario, existe evidencia de que los inmigrantes ilegales tienden

a no utilizar servicios públicos. Los inmigrantes ilegales, por otro lado, entran en los Estados Unidos para trabajar y aportar en la economía, mas no a saturar el servicio de educación pública. Por tanto, el costo de privar de la educación a estos niños y niñas es mucho mayor que el que el estado de Texas se ahorraría por no atenderles.

En este caso, y como sería usual hasta tener mayoría con la “Corte Rehnquist”, los jueces republicanos disintieron bajo el clásico argumento de que la Corte no puede interferir en asuntos propios de los parlamentos y que, como en otros casos, se ha abusado de la enmienda catorce al considerarla una norma omnipotente y omnipresente. Los jueces sostuvieron categóricamente que la educación no es un derecho y que, como cualquier potestad que depende de los parlamentos, como las leyes de seguridad, pueden ser reguladas según convenga a estos. No conviene, por otro lado, dar atención particular a la educación, porque esto significaría que también hay que considerar como fundamental servicio público a la alimentación, la vivienda o la atención médica. Finalmente, sostienen, que las personas ilegales no tienen derecho a estar en el país y que el estado, en consecuencia, no tiene responsabilidad constitucional para darles servicios a expensas de personas que legalmente pertenecen y habitan en el estado. Por tanto, la opción elegida por el estado de Texas no siendo la más adecuada tampoco es inconstitucional.

Este voto salvado constituye un buen puente para el segundo uso e interpretación de la enmienda catorce.

4.2. Restricción de derechos

La enmienda catorce que dispone que todas las personas tienen igual protección de la ley no autoriza a los estados a intervenir y peor a dar contenido a derechos no contemplados en la Constitución. Lo único que dispone la enmienda es la limitación a los parlamentos para expedir normas que sean discriminatorias contra ciertos grupos por motivos irracionales. La enmienda debe ser interpretada de forma restrictiva y no puede ampliarse su espectro para evitar males o peligros, tales como la violencia doméstica, las catástrofes, la guerra, la pobreza, o cualquier otra interferencia en los

sistemas de seguridad delineados por los estados.³⁵ En suma, la cláusula está destinada solo a la racionalidad legislativa y no tiene pretensión alguna para procurar la igualdad entre las personas y los grupos.

Robin West sostiene que parecería que el *equal protection of law* se interpretó como *equal protection against law*. En el primer sentido, que sería el literal, la enmienda permite interpretar que el “*of*” hace referencia no solo al derecho, sino al estado y hasta al legislador. En cambio, el segundo sentido lo restringe a la protección contra una mala ley.³⁶ De este modo, quien siempre ha tenido privilegios se protege de un mal legislador que pueda privarle de ellos. Esta interpretación formal, por supuesto, perjudica a las personas menos favorecidas económicamente porque, simplemente, no están protegidas. Así, las personas podrían estar en las peores condiciones de vida y solo tendrán derecho a reclamar cuando hay ley, y esa ley les discrimina de forma evidente. Si no hay ley, su condición social no podrá cambiar jamás por la vía judicial, y la Corte no tendría competencias para pronunciarse.

Varias explicaciones pueden hacerse con relación a la opción de la Corte Suprema por la interpretación formal y restrictiva de la enmienda catorce. Una explicación es la institucional: la Corte ha escogido exigir las normas y los derechos que efectivamente pueden ser cumplidas. La justiciabilidad de derechos sociales por medio de la enmienda catorce simplemente, en última instancia, depende de la voluntad de los gobiernos. Robin West sugiere otra explicación, que la llama jurisprudencial. La Corte interpreta la enmienda de la misma manera que el Parlamento lo hace; es decir, las leyes las hacen los parlamentos y no los jueces; los legisladores tienen la libertad para legislar y, cuando lo hacen, para determinar el contenido de las leyes; la Corte no tiene esa libertad. De este modo, se respeta al máximo la división de poderes y la Corte precisa su competencia

35 United States v. Morrison, 529 US 598 (2000): la enmienda catorce no determina proteger contra la violencia; Washington v. Davis, 426 US 229 (1976): la enmienda catorce no determina eliminar las diferencias raciales; *San Antonio Indep. Sch. Dist. v. Rodriguez*, 411 US 1 (1973): la enmienda catorce no determina la obligación de tener educación pública, al respecto véase West, Robin. “The missing jurisprudence of the legislated Constitution”. *The Constitution in 2020*. Jack M. Balkin y Reva B. Siegel. Oxford University Press, 2009, p. 90.

36 West, Robin. “The missing jurisprudence of the legislated Constitution”. *The Constitution in 2020*. Jack M. Balkin y Reva B. Siegel. Oxford University Press, 2009, p. 81.

de revisión constitucional. La enmienda catorce exclusivamente protege la igualdad formal ante la ley expedida por el Parlamento.³⁷ La realidad de injusticia o violación a condiciones de vida digna no importan, solo las leyes; el contenido de las leyes tampoco importa siempre que no sea discriminatorio; de igual modo, no tiene relevancia para control judicial, la omisión de legislar ante la exclusión o la pobreza. En este sentido, la enmienda catorce no solo que no es un vehículo para desarrollar derechos sociales, sino que es un obstáculo. Se puede invocar la enmienda para retroceder en derechos sociales.

Se suele pensar erróneamente que solo las cortes que promueven los derechos sociales, como la Corte Warren, son activistas y estas son vistas de forma sospechosa por los juristas y políticos conservadores. Sin embargo, esto suele esconder un activismo reaccionario de las cortes bajo el argumento de la interpretación original de la Constitución.

El profesor Cass Sunstein sostiene que existe un error en afirmar que la Corte Warren fue la única activista en la historia de los Estados Unidos, y afirma que la Corte Rehnquist, corte evidentemente republicana y conservadora, ha sido mucho más activista que la criticada Corte Warren. Sunstein demuestra que la Corte Rehnquist ha declarado inconstitucional casi todos los programas federales que establecen acciones afirmativas, que ha invalidado casi todas las leyes que han restringido las actividades financieras y han establecido control gubernamental sobre las actividades comerciales, que ha considerado que las leyes que establecen control ambiental y protección de especies son sospechosas por violar la Constitución y la cláusula de comercio, que ha restringido los poderes del Congreso para legislar sobre la enmienda catorce, y que hasta ha sostenido que el Congreso carece del poder para determinar si los contribuyentes pueden decidir hacia dónde se dirigen sus impuestos.³⁸

Parecería, entonces, que la afirmación de que la Corte es la instancia interpretativa última y única para saber el contenido de la Constitución es también un mito (*Marbury v. Madison*).

37 *Ibid*, p. 84.

38 Sunstein, Cass R. "The minimalist Constitution". *The Constitution in 2020*. Jack M. Balkin y Reva B. Siegel. Oxford University Press, 2009, pp. 39-40.

5. La lucha por los significados y el legado de la Corte Warren

En Estados Unidos, como en cualquier otra parte del mundo, el derecho es un campo de disputa por los significados. Atrás de los significados hay intereses, ideologías, tendencias movimientos. Lo que hemos descrito demuestra cómo una norma constitucional puede servir tanto para proteger como para restringir derechos, lo mismo puede suceder incluso con la invocación directa de los derechos cuando estos son utilizados en el litigio. A veces sucede que para evitar aplicar las normas sustantivas cuando son explícitas, se utilizan normas procesales como aquellas de la legitimidad procesal o del incumplimiento de plazos.

No es casual que en Estados Unidos la composición de la Corte sea una cuestión política evidente. El nombramiento de la magistrada Sonia Sotomayor abre la puerta para que en dicho país la Corte recupere el legado de la Corte Warren.

El significado que restauraría el sentido —según Balkin y Siegel— de la enmienda catorce implica algunos cambios de perspectiva: (1) Históricamente la enmienda fue creada para hacer justicia frente a la omisión de los “padres fundadores” por haber permitido el esclavismo y, en términos contemporáneos, frente a la omisión del parlamento; (2) La interpretación actual de la Corte Suprema protege la libertad de unos privilegiados en desmedro de la mayoría; la interpretación debe orientarse hacia la protección de las personas en términos universales; (3) La Corte no puede ser indiferente a la inequidad existente en los Estados Unidos; (4) El estándar de estricto escrutinio —que se convirtió en una camisa de fuerza para la Corte— para determinar si hay violación a la enmienda debe ser flexibilizado porque fortalece las clasificaciones de personas, favorece a los grupos dominantes, inhibe a los jueces a considerar otros grupos desaventajados distintos a los tradicionales (raza, sexo, religión), desalienta las posibilidades de diálogo intergrupar; (5) Finalmente, evitar la utilización de la enmienda catorce para declarar la inconstitucionalidad de programas de acción afirmativa.³⁹

39 Balkin, Jack M. and Siegel Reva B. “Remembering how to do equality”. Jack M. Balkin y Reva B. Siegel, *op. cit.*, p. 99.

La época de la Corte Warren nos dejó algunas enseñanzas, que conviene no olvidar, que son aplicables para exigir derechos tanto en Estados Unidos como en cualquier parte del mundo, y que nos habla sobre el triunfo de uno de los significados de un principio constitucional:

1. Todos los órganos del estado tienen la obligación de cumplir y expandir los contenidos de derechos establecidos en la Constitución. En la época de la Corte Warren, el Legislativo expidió leyes que promovieron la igualdad en el voto, la vivienda, los derechos y la educación; el Ejecutivo las implementó y la Corte Suprema estableció estándares que fueron observados por las otras funciones. De hecho, el Congreso desarrolló legislativamente los precedentes de la Corte en las leyes mencionadas. Se puede afirmar, en estas circunstancias, que lo que existe no es precisamente una separación de poderes, sino una coordinación entre ellos. La Corte, en la época Warren, prácticamente invitó a los otros poderes a participar en la “reconstrucción” de la Constitución. La Corte comprendió que casos difíciles de implementar, como el caso *Brown*, solo se podía lograr si los otros poderes se alineaban a su precedente.⁴⁰

2. La igualdad sustancial se puede promover por medio de la libertad y del principio de igualdad formal. Los derechos están íntimamente relacionados entre sí; de hecho, en los casos de educación, no solo se discutió el acceso sino la calidad, la finalidad y el desarrollo del contenido del derecho a la educación.

3. Las cortes pueden optar por proteger a los más vulnerables. La Corte Warren demostró que puede extender el ámbito de la protección judicial a los afroamericanos, a los procesados, a los inmigrantes, a las mujeres, a los niños y niñas, a los pobres.

4. Los movimientos sociales contribuyen a hacer visibles los casos, a demandar creativamente y hasta a dar seguridad cuando las cortes resuelven cuestiones sensibles a los intereses políticos o económicos.

5. El derecho, la Constitución y las leyes son instrumentos importantes para alterar la realidad de exclusión y pobreza. No son y no pueden ser los únicos instrumentos, aunque sin duda son instrumentos cruciales. Todas las luchas terminan o comienzan con el derecho. El derecho tiene que empatarse con discursos, juezas o jueces comprometidos,

40 Owen, Fiss. *The law as it could be*. New York University Press, 2003, p. 246.

movimientos sociales. Sin uno de estos elementos puede suceder que la transformación no suceda. La relación entre derecho, cultura y política ha sido desarrollada por Alda Facio⁴¹ y, con claridad, sostiene que los elementos se interrelacionan entre sí. No hay uno que sea determinante en los otros ni tampoco que uno sea innecesario.

41 Facio, Alda. "Metodología para el análisis de género del fenómeno legal". ILANUD. Género y derecho. Facio Alda y Fries Lorena (editoras), American University y La Morada, pp. 99-136.

Bibliografía

- Abramovich, Víctor y Courtis Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid, Trotta, 2002.
- Balkin, Jack M. y Siegel Reva B. “Remembering how to do equality”. *The Constitution in 2020*. Balkin Jack M. y Siegel Reva B. Oxford University Press, 2009.
- Facio, Alda. “Metodología para el análisis de género del fenómeno legal”. *ILANUD. Género y derecho*. Eds. Facio Alda y Fries Lorena. American University y La Morada, 1992.
- Fellmeth, Roberth C. *Child rights & remedies. How the U.S. Legal system affects children*. Clarity Press Inc, 2002.
- Forbath, William E. “Social and economic rights in the american grain”. *The Constitution in 2020*. Jack M. Balkin y Reva B. Siegel. Oxford University Press, 2009.
- Hamilton, Alexander, Madison James and Jay John. *The Federalist*. Barnes & Noble Classics, 2006.
- Horwitz, Morton J. *The Warren Court and the pursuit of justice*. Hill and Wang, 1999.
- Knappman, Edward W., ed. *Great American Trials*. Visible Ink, Detroit, 1994.
- Melish, Tara. *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Quito, Center for International Human Rights y Cides/Sergrafic, 2003.
- Moore, Michael. Internet. <http://www.michaelmoore.com/sickol/blog/>. Acceso: 23 julio 2009.
- Owen, Fiss. *The law as it could be*. New York University Press, 2003.
- Powe, Lucas A. Jr. *The Warren Court and american politics*. Belknap Harvard, 2000.
- Sengupta, Argun. “Reporte sobre la misión a los Estados Unidos entre el 24 de octubre y 4 de noviembre del 2005”. Internet. <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/G06/122/70/PDF/G0612270.pdf?OpenElement>. Acceso: 23 julio 2009.
- Sunstain, Cass R. “The minimalist Constitution”. *The Constitution in 2020*. Balkin Jack M. y Siegel Reva B. Oxford University Press, 2009.

Urofsky, Melvin. "Racial discrimination and preference". *The bill of Rights, the courts and the law*. David Bearinger. Distributed for Virginia Foundation for the Humanities and Public Policy, third edition, 1999.

West, Robin. "The missing jurisprudence of the legislated Constitution". *The Constitution in 2020*. Jack M. Balkin y Reva B. Siegel. Oxford University Press, 2009.

Casos de análisis

Brown v. Board of Education of Topeka, 349 US 294 (1954). *The bill of Rights, the courts and the law*. David Bearinger. Distributed for Virginia Foundation for the Humanities and Public Policy, third edition, 1999.

Miranda v. Arizona, 384 US 436 (1966). *The bill of Rights, the courts and the law*. David Bearinger. Distributed for Virginia Foundation for the Humanities and Public Policy, third edition, 1999.

New York Times v. Sullivan, 376 US 254 (1964). *The bill of Rights, the courts and the law*. David Bearinger. Distributed for Virginia Foundation for the Humanities and Public Policy, third edition, 1999.

Internet

New York Times, "Obama fifth news conference". Transcript, 22 julio 2009. Internet. http://www.nytimes.com/2009/07/22/us/politics/22-obama.transcript.html?_r=1. Acceso: 23 julio 2009.

Sobre el estado de las ratificaciones de los Estados Unidos a las convenciones de derechos humanos. Internet. <http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/newhustatusby-country?OpenView&Start=1&Count=250&Expand=187#187>. Acceso: 23 julio 2009.

Todos los informes producidos por diferentes agencias relacionados a los derechos humanos en los Estados Unidos se los encuentra en <http://www.ohchr.org/SP/Countries/ENACARegion/Pages/USIndex.aspx>.

Capítulo 2

Las garantías

Las garantías normativas como mecanismo de protección de los derechos humanos

I. Introducción

La Constitución de Montecristi ha sido calificada como *garantista*. Este término puede tener varias valoraciones dependiendo desde qué perspectiva teórica se la juzgue. Si se la analiza desde la idea de que los derechos que la Constitución reconoce no deben ser declaraciones que permanezcan en el papel y que deben materializarse, no cabe duda que dicha realización no puede realizarse si no es mediante el reconocimiento y el funcionamiento también de las garantías.

La Constitución de 2008 es garantista porque tiene garantías para todos los derechos reconocidos y contra todo poder. Una de las innovaciones de la Constitución de 2008 es el reconocimiento de las garantías normativas, como parte de las garantías constitucionales.¹

La Constitución determina que:

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.²

1 Constitución de 2008, título III, cap. I

2 *Ibid.*, artículo 84.

¿Realmente se trata de una garantía constitucional? ¿Cuál es la relación entre los derechos y esta garantía? ¿Cuál su alcance? ¿En qué consiste la adecuación formal y material de las normas al derecho constitucional? ¿Cuáles son las normas necesarias para proteger la dignidad? ¿Frente a esta garantía, qué sucede con la legislación secundaria que está vigente? ¿Qué sucede si se incumple esta garantía? Intentaremos dar respuesta a estas preguntas y nos proponemos demostrar que las garantías normativas complementan el elenco de las garantías constitucionales desarrolladas por el constitucionalismo contemporáneo y constituyen un mecanismo importante para la realización de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

II. Elementos de la Constitución de 2008

Tradicionalmente se ha considerado que la Constitución se divide en dos partes, una dogmática y otra orgánica. Esta división, en el ámbito del derecho y de su reproducción a nivel universitario, supuso también un nivel de especialización del derecho constitucional orgánico en desmedro del dogmático, por razones difíciles de explicar. Aunque los derechos humanos o fundamentales han estado en casi todas las constituciones republicanas, su estudio siempre ha sido marginal, superficial y dentro de un contexto histórico relacionado con la Revolución francesa del siglo XVIII, como que los derechos fuesen un asunto del pasado y limitados exclusivamente a las libertades.

El estudio del derecho constitucional ha estado centrado en las instituciones clásicas que surgen por la división de poderes, la democracia formal y en aspectos procedimentales. Saber derecho constitucional implicaba conocer la conformación y designación de las autoridades, las facultades y competencias del presidente, del Parlamento y de la función judicial, las formas de elaboración de las leyes (la iniciativa legislativa, el número de debates, la promulgación) y las formas de control del estado. En fin, cuestiones que no requerían más que una o dos lecturas atentas de la Constitución vigente.

De ahí se entiende que en la región en general, y en Ecuador en particular, no tengamos un desarrollo doctrinario notable sobre la teoría de los derechos humanos y que, en consecuencia, el desarrollo jurisprudencial haya sido pobre y errático.

En la lógica de un estado constitucional de derechos y justicia, como se define nuestro país, a la dogmática constitucional le complementa no solo la parte orgánica sino también un sistema de garantías. De este modo, la parte dogmática determina el fin de la organización política, las garantías establecen los mecanismos jurídicos para acortar la brecha entre los derechos y la realidad, y la institucionalidad es el medio para promover y desarrollar el ejercicio de derechos y la operatividad de las garantías. Entonces tenemos (1) los fines, que son determinados por los derechos, y que corresponde a la parte dogmática de la Constitución; (2) los medios, que son los órganos y las instituciones, que es la tradicional e inevitable parte orgánica, y (3) las garantías y cuya originalidad y tratamiento otorga merecidamente el calificativo de garantista a la Constitución.

Pasemos revista, brevemente, a estos elementos que se desprenden del texto constitucional de 2008:

1. La parte dogmática de la Constitución tiene un listado extenso de derechos de las personas, pueblos y naturaleza. Algunos críticos han dicho que es un listado *generoso*, bajo la lógica paternalista de que la Asamblea Constituyente otorgó esos derechos como un acto de desprendimiento, como una ilusión para legitimar un régimen autoritario o como una ingenua creencia de que el estado puede dejar de ser un instrumento de poder.³ Lejos de aquello, al menos de lo que se desprende del texto constitucional (no de la práctica, eficacia o aplicación, que es otra dimensión del análisis), los derechos reconocidos en la Constitución son respuestas jurídicas a sentidas necesidades y problemas que sufren las personas que viven en Ecuador. A través de los derechos lo que se pretende es ofrecer una herramienta, actualmente la más poderosa que ha desarrollado la teoría jurídica

3 Véase Aguilar, Juan Pablo. "Derechos de participación y derecho a participar". *¿Estado constitucional de derechos? Informe sobre derechos humanos, Ecuador 2009*. Quito, Universidad Andina Simón Bolívar/ Abya-Yala, 2010, p. 227.

del derecho, para provocar transformaciones. Cuando, por ejemplo, se reconoce el derecho al agua es porque hay gente que no tiene agua o la que tiene disponible está contaminada; o el derecho a la alimentación, es porque hay gente que no tiene que comer o lo que come es inadecuado para un desarrollo físico o mental. Creo que se me ocurre decir esto porque no es tan obvio para algunas personas, como mis estudiantes del pregrado en la Facultad de derecho donde enseñé Fundamentos de los derechos humanos, que tienen la vida más fácil y es natural comprar una botella de agua en el bar de la universidad, abrir la llave de agua y ducharse con agua caliente, tener un comida caliente y fresca tres veces al día. Cuando uno se pregunta por qué la revolución burguesa del siglo XVIII no desarrolló los derechos sociales, precisamente fue porque esas necesidades vitales o esos problemas de la vida, quienes ejercían la ciudadanía, los tenían resueltos. Los derechos que se desarrollan son los que se necesitan para tener una vida personal y colectiva más plena y digna.

Los derechos propugnados por las teorías liberales y el mismo estado liberal, que era su reflejo y que se restringían a la propiedad, a la libertad para contratar y a la protección de la autonomía individual, han ido ampliándose y modificándose en tanto se expandía el concepto de ciudadanía.

Los derechos de los burgueses se fueron expandiendo hacia otras personas. La famosa lucha de clases, basada en la teoría marxista de la economía política, incorporó en el concepto de ciudadanía a los obreros. Posteriormente, a partir de los años sesenta, con los movimientos de cambio (revolución cultural en Francia, movimiento feminista, movimiento de los derechos civiles, movimiento de los derechos de los niños y, entre otros, los movimientos indígenas), existe una eclosión de identidades y de reclamaciones por la inclusión en el concepto de ciudadanía.⁴ Los derechos humanos son considerados ahora como universales, independientes e interrelacionados.⁵

4 Sobre la revolución cultural, en donde la reivindicación por identidades es muy importante, ver Touraine, Alain. *Un nuevo paradigma*. Buenos Aires, Paidós, 2006.

5 Declaración y programa de Acción de Viena, 12 de julio de 1993, párr. 5; Constitución, artículo 11, numeral 6.

Esa parte dogmática recoge, entonces, todas las aspiraciones que quisiéramos realizar. En esta parte dogmática encontramos la diversidad de nuestro país, las demandas de los movimientos sociales, los derechos tradicionalmente reconocidos por el constitucionalismo clásico, emergentes derechos y hasta nuevos titulares de derechos. Por otro lado, los derechos otorgan la capacidad a una persona o grupos de personas para poder ejercer actos o exigir abstenciones de quienes ejercen poder.⁶

Los derechos se han multiplicado en número y se han engrosado en contenido. El impacto de los derechos humanos en el derecho y en el estado es enorme. Por un lado, la teoría del derecho se ha visto afectada por lo que se denomina ahora neo constitucionalismo;⁷ y el estado ahora se legitima solo si cumple con los objetivos que constan en los principios determinados en la parte dogmática, que no son otros que los derechos humanos y que establecen límites constitucionales a todos los poderes.⁸

2. La parte orgánica organiza al estado y divide al poder público, de acuerdo con la Constitución ecuatoriana, en cinco funciones. Se añaden a las clásicas tres funciones—legislativa, ejecutiva y judicial— la función electoral y la función de transparencia y control. La novedad es relativa y en algunos aspectos cuestionable. Estas funciones, con distinto rango y regulación, ya existían y existen en otros diseños constitucionales. Sin alterar el modelo de poderes o la intención de la propuesta, nada cambiaba si es que la justicia electoral formaba parte de la función judicial y si la función de control formaba parte de otra función o eran órganos autónomos. Además, con relación a la función de transparencia y control, que tiene el mandato de promover la participación ciudadana, llama la atención que su conformación no sea de una manera participativa en la forma como se la entiende en regímenes democráticos. Tenemos que asumir que, a pesar de estas deficiencias, hubo la intención de crear una institucionalidad distinta. Pero el esfuerzo no fue suficiente.

6 Tamayo y Salmorán, Rolando. "El sujeto del Derecho". *El derecho y la justicia*. Ernesto Garzón Valdés y Francisco J. Laporta. Madrid, Trotta, 2000, p. 299.

7 Sobre la teoría del derecho en el neoconstitucionalismo véase Carbonell, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid, Trotta, 2005; también del mismo autor *Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales*. Quito, Cevallos Editora Jurídica, 2010.

8 Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid, Trotta, 7ª ed., 2005, p. 365.

La institucionalidad que tenemos sigue siendo la misma que pensaron los liberales del siglo XVIII para proteger el derecho a la propiedad y a las libertades que demandan obligaciones negativas del estado. ¿Cuál es la institucionalidad adecuada para garantizar todos los derechos que en la parte dogmática se reconocen? Sin duda no puede ser la misma que se creó y desarrolló en los siglos pasados y hay que hacer un esfuerzo enorme para ser creativos. Esta es una deuda que los juristas tenemos que saldar y que requiere romper nuestros moldes adquiridos al aprender descriptiva y acriticamente el derecho constitucional orgánico. Tengo que confesar que no tengo respuestas y que tampoco las he encontrado en los libros que he leído. Parecería que el statu quo tiene todavía la lucha ganada.⁹

3. Finalmente, tenemos la parte de garantías de la Constitución. Podemos distinguir entre dos tipos de garantías, por el objeto. Las garantías materiales y las garantías formales. Garantías materiales son aquellas que tratan de resolver las violaciones a los derechos reconocidos en la Constitución y que tienen como titulares a las personas, grupos, nacionalidades o colectividades, que han sufrido algún daño. Las garantías formales son las restantes y son aquellas que tienen relación con la violación a los procedimientos o mandatos constitucionales no relacionados con derechos. Se podrían establecer más diferencias, a veces no tan nítidas en los casos reales: las garantías materiales siempre se dan en casos concretos, las formales en casos o situaciones abstractas; las garantías materiales pueden ser conocidas por cualquier juez y tienen efectos para las partes, las formales son conocidas por la Corte Constitucional y tienen efectos para todas las personas. Ambas garantías se las puede denominar, con propiedad, *garantías constitucionales*.

9 Véase un análisis histórico sobre la institucionalidad y el contexto histórico al que responde en Ávila Santamaría, Ramiro. "Retos de una nueva institucionalidad estatal para la protección de los derechos humanos". *Neoconstitucionalismo y sociedad*. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008 y en este libro.

III. Las garantías constitucionales

Las garantías constitucionales, de acuerdo con el profesor Peces-Barba,¹⁰ pueden ser de dos clases. La una de carácter general, y se refiere a la caracterización del estado en la Constitución, del que se desprende, como garantía de derechos, la división de poderes, el principio de estricta legalidad, el sistema democrático y participativo y la finalidad del estado como el principal promotor y garante de derechos.

Las otras garantías son las específicas, que en el caso ecuatoriano serían las normativas, políticas y jurisdiccionales y que tienen que ver con ámbitos de poder: legislativo, ejecutivo y judicial. Es en estos ámbitos que Cançado Trindade afirma que la verificación de los actos internos en relación a los derechos humanos debe hacerse en tres niveles: normativo, administrativo y judicial.¹¹ En este sentido, se desprende que en esos ámbitos pueden ocurrir violaciones a los derechos. Una norma jurídica puede ser *de iure* contraria a los derechos, una actuación de un agente o funcionario público y una resolución o sentencia judicial pueden violar también derechos. La idea de las garantías es establecer mecanismos para prevenir y reparar las violaciones de derechos que se puedan producir por cualquier acto u omisión del estado o de sujetos con poder.

En la teoría garantista del derecho, se considera que todo el estado es una garantía para que se cumplan los derechos humanos. Luigi Ferrajoli clasifica a las garantías en dos. Garantías primarias y secundarias.¹² Las garantías primarias son aquellas que se refieren al sistema jurídico. Las normas jurídicas, en este sentido, constituyen una primera garantía para las personas. Las normas establecerían el marco mediante el cual los organismos y los funcionarios del estado tienen determinadas sus competencias y regularán los derechos de las personas y naturaleza.

10 Peces-Barba, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 1999, p. 504.

11 Cançado Trindade, Antonio. *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 277.

12 Ferrajoli, Luigi. "Derechos fundamentales y garantías". *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid, Trotta, 2001, pp. 45-56.

Las garantías secundarias son, a su vez, de dos clases. Las políticas públicas, que emanan del poder administrativo de cualquier función del estado, que en su mayoría aunque no exclusivamente, provienen del poder ejecutivo, que se concretan en planes y proyectos; y las garantías jurisdiccionales, que Ferrajoli las denomina técnicas, que son todas aquellas que emanan de los jueces que ejercen justicia constitucional, mediante las acciones constitucionales, tanto de los actos y de las omisiones que violan derechos humanos como del control de normas que son, en abstracto, contrarias a la Constitución.

A un resultado parecido llega Gregorio Peces-Barba cuando distingue a las garantías en función del órgano del poder del estado. Así, por ejemplo, existen garantías de control, de ejecución, de justicia, de definición.¹³ En suma, la idea fuerza es que todos los poderes del estado y los funcionarios y funcionarias que lo representan y conforman son garantes de los derechos humanos y de la naturaleza.

Se podría intentar otra clasificación de las garantías constitucionales si las dividimos por la función. Encontraríamos, entonces, garantías preventivas y reparadoras. Las garantías preventivas son aquellas que tratan de evitar la violación de derechos, y entre estas encontramos a las garantías normativas, a las políticas públicas y las medidas cautelares. Las garantías reparadoras, en cambio, son aquellas que operan después de que la violación a los derechos humanos ha ocurrido, entre estas encontramos a las garantías jurisdiccionales.

Nos interesan, por el momento, las garantías que tiene que ver con la creación de normas jurídicas.

IV. Las garantías normativas

Cuando uno lee la literatura referente al origen del estado y del sistema jurídico moderno, las referencias a Hobbes y a Locke suelen ser inmediatas. El uno afirmaba que sin estado ni leyes los seres humanos seríamos

13 Gregorio Peces-Barba, *op. cit.*, pp. 441-469.

lobos unos de los otros; el otro sostenía, en cambio, que los seres humanos son libres por naturaleza pero que, sin leyes, unos acabarían ejerciendo sus libertades oprimiendo a los otros. El resultado era el mismo, se requieren leyes para prevenir el abuso de la fuerza o de la libertad. Más allá de las divergencias con estos ejercicios de imaginación y sus consecuencias, la idea de fondo es que las normas jurídicas, en ambas hipótesis, garantizan a las personas sus derechos y su armónica convivencia.

El fundamento jurídico de las garantías lo encontramos no solo en la filosofía, sino también en el sistema jurídico. En primer lugar, las garantías normativas se derivan del deber de adecuación que exigen los convenios internacionales sobre derechos humanos. De igual modo, podríamos encontrar el sentido de estas garantías en el argumento jurídico de la jerarquía normativa. En teoría del derecho una idea fuerza es la del sistema normativo. El sistema de normas debe ser coherente y esa coherencia, entre otros filtros, se logra por el principio de jerarquía, en virtud del cual todas las normas de carácter secundario deben ser conformes con las normas constitucionales.

A estas garantías Peces-Barba las denomina garantías de regulación y tienen que ver con el desarrollo del derecho secundario, con la reforma legal y con la limitación de las potestades legislativas a los derechos,¹⁴ o como las denomina el profesor Prieto Sanchís, cuando se refiere a la Constitución como fuente principal para la creación y desarrollo del derecho secundario: “las líneas maestras de producción normativa” como primera garantía de las libertades,¹⁵ y que informan la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de cualquier poder.

Las garantías normativas tienen algunas características; son: (1) primarias, (2) preventivas, (3) universales, (4) formales y (5) materiales.

(1) Se supone que una vez establecidas las normas y que si estas tuvieran eficacia inmediata, por su respeto y aplicación, no tendría sentido otro mecanismo jurídico para garantizar su cumplimiento. Por ello, estas

14 *Ibid.*, p. 506.

15 Prieto Sanchís, Luis. *El sistema de protección de los derechos fundamentales*, citado por Gregorio Peces-Barba, *op. cit.*, p. 506.

garantías son primarias en la terminología de Ferrajoli.¹⁶ De hecho, en la vida real gran parte de las personas cumplen con las normas y no requieren de otro mecanismo para que ello suceda.¹⁷ Sin embargo, hay gente que no cumple con las normas y hay quienes abiertamente las violan, y ahí es cuando cobran relevancia las garantías secundarias, que son mecanismos jurídicos diseñados para hacer efectivas las garantías primarias. Pongamos un ejemplo para entender esta dinámica entre garantías primarias y secundarias. La garantía primaria establece el derecho a la libertad de movimiento y la prohibición de privación de libertad cuando no se han cometido infracciones penales. Normalmente esta garantía normativa obliga a la Policía a abstenerse de realizar detenciones arbitrarias. Pero si un policía priva de la libertad a otra persona por “andar en actitud sospechosa”, cabe una garantía secundaria dirigida a corregir y enmendar el error del policía. Esa garantía, de carácter jurisdiccional, se denomina *habeas corpus*. Si el incumplimiento de la obligación derivada de un derecho (garantía primaria) se produce, el estado debe ofrecer mecanismos jurídicos para reparar las consecuencias de dichos incumplimientos (garantía secundaria).

(2) Las garantías normativas son siempre preventivas porque al prescribir obligaciones (mandatos y prohibiciones) y derechos (facultades y permisiones) con anterioridad a las acciones u omisiones, establece las conductas que promueven o violan derechos. Se entiende, con lo explicado anteriormente, que los mandatos se ejecutan y las prohibiciones se acatan. Las normas, principios y reglas, en un estado de derechos son siempre anteriores a las conductas de los seres humanos y, si son adecuadas a los derechos, pintan una sociedad que protege y promueve los derechos.

(3) Las garantías normativas tienen como destinatarios de la obligación a todas las autoridades públicas y a todas las personas privadas que tienen facultades normativas, y, en contrapartida, como beneficiarios de las garantías a todas las personas.

16 Ferrajoli, Luigi. “Derechos fundamentales y garantías”. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid, Trotta, 2001, pp. 45-56.

17 Piénsese, por ejemplo, en el respeto a la norma que prescribe que los automóviles deben detenerse cuando el semáforo está en luz roja. Sin duda, la excepción es el incumplimiento de la norma.

Cuando la Constitución hace referencia a los órganos con “potestad” no cabe duda que los más notorios destinatarios de la obligación de las garantías normativas son el Parlamento o Asamblea Legislativa y el presidente de la república; el primero debe legislar y el segundo es colegislador y tiene facultad reglamentaria de las leyes. Sus potestades normativas nacen de la misma Constitución: la Asamblea Nacional tiene la atribución de “expedir, codificar, reformar y derogar leyes...”¹⁸ y el Presidente o la Presidenta de la República tiene la atribución de sancionar los proyectos de leyes y de “expedir los reglamentos necesarios para la aplicación de las leyes.”¹⁹

La Asamblea es garante tanto en su función constituyente como ordinaria. Los constituyentes no tienen absoluta libertad para la redacción de las normas de derechos humanos, puesto que deben definir los derechos humanos de conformidad con los estándares internacionales y del desarrollo progresivo de los derechos humanos acorde con la historia constitucional de un país. Por su parte, los legisladores ordinarios deben adecuar los principios contenidos en instrumentos internacionales y en la parte dogmática de la Constitución a la legislación ordinaria y secundaria.

También podríamos mencionar como autoridades obligadas de hacer efectivas estas garantías, que tienen potestades cuyo origen lo encontramos en la Constitución, a los consejos municipales que expiden ordenanzas²⁰ y a los ministros y ministras que hacen acuerdos y resoluciones ministeriales.²¹

La inquietud podría surgir si extendemos esta obligación de garante formal a las personas privadas. ¿Ejercen potestades los particulares? Si la comprensión de “potestad” se restringe a las atribuciones y competencias constitucionales, podría pensarse que no son destinatarios activos de esta garantía. Sin embargo, si pensamos que los derechos reconocidos en la Constitución tienen que ser cumplidos y respetados por todas las personas y entidades, públicas o privadas, y de ahí que se pueda presentar una acción de protección contra particulares o existan tipos penales que sancionan a particulares por lesionar derechos constitucionales, la misma lógica podemos aplicar para la comprensión de la garantía. Cuando una

18 Constitución, artículo 120, numeral 6.

19 *Ibid.*, artículo 147, numerales 12 y 13.

20 *Ibid.*, artículo 264, numeral 5.

21 *Ibid.*, artículo 154, numeral 1.

empresa expide un instructivo o una reglamentación o en un negocio particular, dos personas mediante un contrato, que es ley para las partes, se establecen obligaciones, ¿deben estas sujetarse a los derechos que están en la Constitución? Creo que la respuesta es afirmativa. Esta restricción a la autonomía de la voluntad para contratar es harto evidente en el derecho ambiental y en el derecho de los consumidores. En este sentido, entonces, los destinatarios de las garantías normativas son también los particulares.

En cuando al beneficiario de la garantía, no cabe duda de que somos todas las personas que estamos dentro de la esfera espacial o material de las potestades, entendidas como atribuciones, competencias o facultades de la persona o entidad que expide normas. Si dentro de esas esferas, se hace distinciones, que atentarían contra la universalidad de la garantía, se estaría discriminando.

(4) La garantía normativa es formal. Esto quiere decir que la eficacia de la garantía (no del derecho, que es otra discusión que nos lleva a un abordamiento desde la sociología jurídica) se centra en la expedición normativa. De ahí se desprenderá que el incumplimiento de la garantía, por la expedición de una norma contraria a los derechos o por la falta de expedición de normas necesarias para el desarrollo de los derechos, se constituirá en una violación *de iure*. No hace falta esperar la aplicación de la norma o la constatación de un daño en alguna persona o en la naturaleza. El análisis del sistema normativo podría ser, pues, netamente formal. La formalidad, por otro lado, se constata mediante el reconocimiento del derecho válido. Según la doctrina, el derecho para ser aplicado debe verificar la autoridad competente que expide la norma y el procedimiento observado para expedir la norma. En este sentido, el análisis formal de una ley se limitará a constatar que quienes participen en el proceso parlamentario sean efectivamente asambleístas y que hayan seguido todo el procedimiento parlamentario determinado en la Constitución y la ley.

(5) La materialidad de la garantía tiene que ver con lo que Ferrajoli denomina la esfera de lo no decidible por procesos democráticos,²² que son justamente los mínimos establecidos por la Constitución y el

22 Ferrajoli, Luigi. *Derecho penal mínimo y otros ensayos*. México, D.F., Comisión Estatal de Derechos Humanos Aguascalientes, 2008, p. 27; véase Morales, Juan Pablo. "Democracia sustancia, sus elementos y conflictos en la práctica". *Neoconstitucionalismo y sociedad*. Ed. Ramiro Ávila Santamaría. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

Derecho Internacional de los Derechos Humanos como derechos exigibles, que no pueden ser vulnerados por persona alguna, ni siquiera por mayorías parlamentarias absolutas. La formalidad de las normas se complementa con la materialidad de las mismas. Las normas no solo deben ser expedidas por la autoridad competente (quién) y por los procedimientos constitucionales y legales (cómo), sino también deben ser respetuosas de los derechos (qué). En la teoría neoconstitucional, José Luis Serrano distingue los conceptos de validez formal o vigencia y validez material o simplemente validez. La validez formal tiene que ver con las normas de reconocimiento (quién y cómo) y la validez material con la correspondencia y coherencia de las normas secundarias con los derechos constitucionales (qué).²³

4.1. La garantía normativa y los derechos humanos

Los derechos humanos, que están en la parte dogmática de la Constitución, imponen tres obligaciones al legislador, y en general a cualquier autoridad o persona con capacidad de normar, en materia de desarrollo normativo: (1) limitar, (2) desarrollar el contenido de los derechos, y (3) configurar las garantías secundarias.

(1) Limitación: los derechos humanos se han reconocido históricamente como un limitante del poder. En principio, de los derechos humanos emanan obligaciones de abstención por parte de los poderes públicos. Allí donde las personas ejercen los derechos, persona alguna puede entrometarse para obstaculizar, restringir o excluir dicho ejercicio. Todo derecho humano, en esta dimensión, está protegido por una inmunidad. Nadie debe atravesarlo. Sin embargo, la inmunidad puede perderse.

La inmunidad se pierde cuando en el ejercicio de un derecho se vulnera otro. Algo más o menos parecido a lo que sucede con la inmunidad que tienen los civiles en un conflicto armado. Las personas que no son miembros de las

23 Véase Serrano, José Luis. *Validez y vigencia: aportación garantista a la teoría de la norma*. Madrid, Trotta, 1999.

partes en conflicto no pueden ser tocados y, si lo son, este hecho constituiría un crimen de guerra. Sin embargo, el momento que una persona civil toma las armas, inmediatamente pierde la inmunidad, toma el estatus de combatiente y, en hostilidades, podría ser muerto sin que esto sea considerado un crimen.

Pensemos en alguna infracción a un derecho que además tiene actualmente carácter penal. Una persona x toma un bien de otra y , x está ejerciendo su libertad de movimiento y su autonomía personal. Libremente ha decidido tomar aquel bien y argumenta que ese bien es suyo y que, en ejercicio del derecho de propiedad, puede usar, gozar y disponer del bien, pero que la intervención de x ha impedido ejercer su derecho a la propiedad. En este caso, el estado podría intervenir en la libertad de x para reivindicar el derecho de y . El estado en este caso estaría legitimado para intervenir y limitar justificadamente la libertad de x . La proporcionalidad es otra limitante para la labor normativa. Existen varias formas de intervención. Las más recomendables son las reparadoras que las encontramos en el derecho constitucional, civil y administrativo. La intervención extrema es la penal, a la que hay que recurrir excepcionalmente, como *ultima ratio*.

Por los límites, la Constitución establece que hay mínimos y prohibiciones que no se pueden violentar. Por ejemplo, no se puede desconocer o disminuir los derechos establecidos en la Constitución, todos los procedimientos para reconocer o restringir derechos deben seguir las normas del debido proceso, no se pueden establecer sanciones desproporcionadas, no se pueden establecer métodos de investigación que vulneren derechos, no se pueden establecer normas discriminatorias.

(2) Desarrollo de derechos: en la lógica de un estado constitucional de derechos y justicia, en el que todo el poder del estado y todos y cada uno de los funcionarios públicos tienen deberes y obligaciones frente a los derechos de las personas y las colectividades, el sistema jurídico no podría tener otra orientación que regular las relaciones sociales y políticas en función del desarrollo del contenido de todos y cada uno de los derechos reconocidos en la Constitución. La agenda legislativa de la Asamblea Nacional no podría ser otra que configurar un sistema jurídico garantista.

La Constitución establece un mínimo que no se puede vulnerar, un piso, pero los estados tienen todas las potestades para cada vez ir superando el techo logrado. Si se tendría que dibujar como una cancha para deporte, es algo parecido a lo que sucede en el béisbol: tiene un límite que es donde se tira y batea la pelota, pero no tiene límites hacia donde puede llegar la pelota, de este modo mientras más lejos llegue la pelota mejor.

El ejemplo por excelencia de lo que debería ser un desarrollo normativo como garantía de derechos es el generado por el sistema liberal.²⁴ La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 proclamó que “la finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Tales derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión”.²⁵ Para la libertad se estableció que se podía hacer cualquier acto que no estuviera prohibido por el derecho penal y para la propiedad se desarrolló, con profundo detalle, la titularidad del derecho, las formas de adquisición de la propiedad, la sucesión y la forma de intercambio mediante el Código Civil. De este modo, por medio de normas preestablecidas en el Código Penal y el Código Civil se brindaba seguridad jurídica a quienes tenían la capacidad de ejercer libertades y ser propietarios. Todo el derecho secundario, en consecuencia, se constituyó en un sistema de desarrollo del artículo 2 de la Declaración y en una garantía primaria.

Lo que ha sucedido con la propiedad y con sus variaciones contemporáneas (propiedad intelectual, derecho empresarial, bancario, financiero...), debe suceder en relación con el resto de derechos, particularmente con aquellos derechos, como la nutrición, salud y educación, que no han merecido la atención de los juristas ni del estado.

(3) Configuración de las garantías secundarias: reconocidos los derechos, que limitan al poder y que se van progresivamente desarrollando su contenido, se requiere que el estado efectúe prestaciones y establezca mecanismos

24 Ávila Santamaría, Ramiro. “Retos de una nueva institucionalidad estatal para la protección de los derechos humanos”. *Neoconstitucionalismo y sociedad*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Quito, 2008, pp. 26-29.

25 Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, 1789, artículo 2.

de corrección. Los actos de realización de las prestaciones y también los mecanismos jurisdiccionales de corrección son garantías secundarias. A las primeras se las ha denominado garantías de políticas públicas y a las segundas garantías jurisdiccionales. Para el cabal funcionamiento de estas garantías, se requiere una labor normativa que comprenda el diseño de las instituciones (denominación, conformación, competencias y control) y la determinación de los procedimientos (administrativos o jurisdiccionales).

Desde esta lógica y con el marco constitucional, no se puede configurar cualquier ley. Las constituciones garantistas exigen determinadas normas secundarias. Por ejemplo, para que funcione la acción de protección se requiere de un aparato judicial al que se le ha dado la competencia de resolver la acción, cómo se designan los jueces y cómo se estructura un despacho judicial se encuentra definido en la ley que regula la función judicial; el detalle de los procedimientos y las formas de interpretación de las normas que resuelven los conflictos constitucionales se encuentra en la ley que regula las garantías jurisdiccionales.

Otro ejemplo en el ámbito penal sobre la configuración normativa lo describe el maestro Eugenio Raúl Zaffaroni,²⁶ que compara la necesidad de los principios tanto para la limitación como la configuración del derecho a la construcción y a la elaboración de planos. Zaffaroni sostiene que pese a la creatividad de los arquitectos, existen principios que no pueden vulnerarse. No puede, por ejemplo, poner la puerta de entrada de una casa por el baño o diseñar un aula en un sótano. Los planos responden a una concepción del espacio y de la funcionalidad de ese espacio. Los planos son un medio para que se cumpla un fin. Así mismo el derecho secundario. La constitución política determina los fines y el derecho secundario es el camino o medio para cumplir los fines. El derecho secundario no puede vulnerar los fines, los límites y la configuración constitucional. Para seguir abundando, en el derecho procesal civil no cabe ya un sistema escrito-burocrático, cuando la Constitución nos dibuja un proceso oral, rápido, eficiente, transparente, con intermediación judicial; de igual modo, cuando se establecen parámetros sobre el derecho a la educación, no cabe

26 Zaffaroni, Eugenio Raúl. "Límites a la construcción impuestos por su función pública". *Manual de derecho penal, parte general*. Buenos Aires, Ediar, 2005, pp. 95-121.

una ley que solo se preocupe de precautelar los intereses del gremio educativo o las funciones burocráticas de un ministerio y no desarrolle el contenido de los derechos de las personas educandas.

Los postulados normativos siempre deben presuponer que hay personas o entidades que no cumplirán con lo dispuesto por los derechos o por las partes sustantivas de las leyes secundarias, entonces se requiere procedimientos, administrativos o judiciales, e instituciones.

Las instituciones deben ser absolutamente funcionales para proteger y promover el ejercicio de derechos. Podría ocurrir que el diseño sustantivo de un cuerpo normativo es adecuado, que tiene procedimientos adecuados, pero que la institución no es adecuada. En este sentido, la garantía primaria se tornaría ineficaz. Una reforma agraria, una transformación judicial, una distribución de impuestos o del agua, una repartición adecuada de las frecuencias de radio y televisión, un sistema de prevención de adicciones, requiere de instituciones con personas técnicamente capacitadas, con competencias adecuadas y con mecanismos de responsabilidad (control, rendición de cuentas, transparencia).

Las garantías secundarias establecidas en la Constitución, como ha sido brevemente enunciado, tienen relación con las políticas públicas y con las jurisdiccionales, que han sido brevemente descritas y que merecen otro tratamiento.²⁷

4.2. El alcance de la adecuación normativa

Estas obligaciones doctrinarias, que constan en la Constitución ecuatoriana como garantía normativa, también las encontramos en los instrumentos jurídicos internacionales. Casi sin excepción los convenios internacionales recogen en sus artículos primeros las obligaciones generales de los estados: respetar y hacer respetar. La primera implica, en cualquier tipo de

27 Véase Silva Portero, Carolina. "Las garantías de los derechos, ¿invención o reconstrucción?" *Neoconstitucionalismo y sociedad*. Ed. Ramiro Ávila Santamaría. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, pp. 51-84; también Ávila Santamaría, Ramiro. "Las garantías: herramientas indispensables para el cumplimiento de derechos". *Desafíos constitucionales*. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, pp. 89-110.

derechos, un deber de abstención, también conocidas como obligaciones negativas o de no hacer. El estado no puede realizar actos que puedan violar los derechos humanos. El “hacer respetar” o garantizar, en cambio, obliga al estado a realizar acciones, también conocidas como obligaciones positivas o de prestación,²⁸ ya para evitar que terceros violen los derechos humanos, ya para promover positivamente la realización de los derechos humanos. La Convención Americana de Derechos Humanos la enuncia de la siguiente manera:

[...] Los Estados partes en esta Convención se comprometen a *respetar* los derechos y libertades reconocidos en ella y a *garantizar* su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.²⁹ (El resaltado es nuestro.)

Este artículo bastaría para encuadrar la obligación de legislar o normar como parte del enunciado de “garantizar su libre y pleno ejercicio...” Sin embargo, como para resaltar la importancia de la obligación de normar en general, que tiene un estado, también se enuncia la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno:

Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.³⁰

Este artículo ha sido interpretado de forma diversa en el tiempo. Por un lado, y por la influencia de los EE. UU., al discutir el contenido de este artículo se consideró que esta obligación implicaba que solo los derechos

28 Alexy, Robert. “Derechos a acciones negativas y Derechos a acciones positivas”. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 189-196.

29 Convención Americana de Derechos Humanos, artículos 1.

30 *Ibid.*, artículo 2.

reconocidos en la Convención que tengan desarrollo normativo podían ser aplicados y que, por el contrario, los derechos no desarrollados legislativamente no podían ser aplicados. En este sentido, los derechos establecidos en la Convención no eran *self executing*. Afortunadamente esta interpretación restrictiva ha sido progresivamente superada por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.³¹

Ahora no cabe duda que este artículo debe entenderse de la siguiente manera: (1) las normas que establecen derechos son directamente aplicables por jueces y juezas aún si no existe desarrollo legislativo, y (2) para reforzar y garantizar los derechos de las personas los estados tienen la obligación de adecuar su sistema normativo a los derechos de las personas. Las normas expedidas por los estados no pueden violar derechos, estar en contradicción u obstaculizar el ejercicio de derechos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH o la Corte) ha desarrollado jurisprudencia importante sobre el alcance y el contenido de la garantía normativa. En una sentencia contra Ecuador, la Corte sistematiza la jurisprudencia elaborada hasta el momento del fallo y determina que la adecuación normativa interna implica la adopción de medidas en dos vertientes:³²

1. La supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio. Conviene hacer notar que el alcance de la adecuación no se restringe al análisis formal sino también al efecto de la norma. Ahí puede suceder que hay que erradicar tanto la norma como los efectos e incluso podría ocurrir que exista la práctica aún cuando la norma haya dejado de tener vigencia. Esto sucede, por ejemplo, con la tradición inquisitiva y con el culto a los procedimientos escritos y secretos aún cuando se han expedido normas constitucionales y procedimientos que determinan la oralidad y la publicidad.

31 Cançado Trindade, Antonio. *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, pp. 285-288.

32 Corte IDH. Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador. Excepción Preliminar y Fondo, Sentencia del 6 mayo 2008, serie C n.º 179, párr. 122.

Este mandato de derogación, que podría ser considerado como la eliminación de obstáculos normativos para el ejercicio de derechos humanos, tiene que ser expreso y no basta la derogación tácita por contradecir la norma con la Constitución o con los derechos establecidos en instrumentos jurídicos internacionales.

2. La expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.³³

Al contrario de la obligación anterior, en esta el estado tiene que crear normas para facilitar o permitir el ejercicio de derechos, tales como la creación de recursos judiciales eficaces, sencillos y rápidos. La Corte vuelve a poner énfasis en las prácticas que deben generarse con la expedición de nuevas leyes. Este punto tiene que ver con la cultura jurídica. Sabido es que la realidad no cambia con las normas y que se requiere de conocimientos, actitudes y prácticas diversos. En un caso, la Corte consideró que tipificar la desaparición forzada de personas no era suficiente, sino que hacía falta además aplicar el tipo penal en casos donde efectivamente ocurrieron desapariciones.³⁴

Si uno revisa la jurisprudencia de la Corte en relación a los casos en los que se ha declarado que los estados han violado el artículo 2, en relación con la obligación de adecuar el sistema normativo, se encuentra con normas que tienen que ver con la legislación que regula los estados de emergencia,³⁵ prácticas y decretos de estados de excepción,³⁶ normas sustantivas y procesales penales,³⁷ la introducción de normas penales proporcionales,³⁸ el establecimiento de procedimientos para solicitar indultos en casos de sentencias con penas graves,³⁹ la supresión de leyes con

33 Caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 mayo 1999, serie C n.º 52, párr. 207; Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 septiembre 2006, serie C n.º 154, párr. 118; y Caso Zambrano Vélez, párr. 57.

34 Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá, párr. 179.

35 Caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 mayo 1999, serie C n.º 52, párr. 207.

36 Caso Zambrano Vélez contra Ecuador, párr. 57.

37 Caso Raxcacó Reyes. Sentencia de 15 septiembre 2005, serie C n.º 133, párrs. 87 y 125.

38 Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago, *supra* nota 54, párrs. 113 y 212.

39 Caso Fermín Ramírez. Sentencia de 20 junio 2005, serie C n.º 126, párrs. 97 y 130.

penas corporales,⁴⁰ el establecimiento de recursos para la protección de derechos en materia electoral,⁴¹ la regulación sobre la mala práctica médica,⁴² la reforma de normas constitucionales contrarias al derecho a la libertad de expresión,⁴³ reformas normativas para proteger los derechos de las personas en extrema pobreza,⁴⁴ la creación de un sistema de justicia efectivo capaz de investigar, castigar y dar reparación por violación de derechos,⁴⁵ la incompatibilidad de las leyes de amnistía con la Convención por dejar en indefensión a las víctimas y garantizar la impunidad en graves violaciones a los derechos humanos,⁴⁶ entre otras.

Las medidas legislativas anteriormente señaladas nos indican que la adecuación normativa depende del derecho que se trate y, además como ha reiterado la propia Corte, de las circunstancias particulares de cada caso o situación.⁴⁷ Esto quiere decir que las garantías normativas no pueden ser precisadas taxativamente y que dependen de los sistemas jurídicos y de las prácticas en relación con los derechos de las personas.

Finalmente, en cuanto al alcance, la adecuación, como se desprende del texto convencional y se refuerza en el postulado constitucional, no es exclusivamente legislativa. Se refiere al poder del estado de normar, cuando menciona que las medidas podrían ser “de otro carácter”, esto es, por ejemplo, reglamentar, expedir acuerdos, planes, programas o proyectos.

40 Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 marzo 2005, serie C n.º 123, párrs. 94 y 132.

41 Caso Yatama, párr. 254.

42 Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador. Sentencia de 22 noviembre 2007, párr. 113.

43 Caso Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 febrero 2001, serie C n.º 73, párr. 72.

44 Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 marzo 2006, serie C n.º 146, párr. 154.

45 Caso Baldeón García, párr. 81; y Caso Ximenes Lopes, párr. 88.

46 Caso Barrios Altos vs. Perú. Fondo, párrs. 41-44 y punto resolutivo cuarto.

47 Caso La Cantuta vs. Perú, párrs. 171 y 172.

4.3. Los refuerzos de las garantías normativas

La garantía normativa, establecida en el artículo 84 de la Constitución, tiene algunos refuerzos garantistas en términos normativos, que son: (1) la progresividad de derechos, (2) la reserva de ley y (3) la rigidez para la reforma constitucional.

(1) El principio de progresividad tiene relación con el desarrollo normativo de los derechos, en términos formales, y con el ejercicio de los derechos, en términos de aplicación. Los estados no pueden retroceder en ninguna de estas esferas. Esto quiere decir que no se pueden derogar derechos ya reconocidos o disminuir su alcance; y que una vez alcanzado un nivel de ejercicio de los derechos no se los puede suprimir y peor abolir. La Constitución establece que el:

[...] contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas... será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de derecho...⁴⁸

(2) Cuando el legislador decida desarrollar derechos, y en particular cuando regule los derechos y pueda restringirlos, los derechos solo podrá hacerlo mediante una ley, que además deberá ser orgánica. Este principio se conoce como reserva de ley y es una garantía adicional porque demanda del poder legislativo una forma especial de creación normativa. “Esta forma de garantía hace que el régimen jurídico de derechos deba ser configurado por el Parlamento, lo que provoca a su vez que su significado sea expresión de la voluntad de los ciudadanos”.⁴⁹ La Constitución determina que: “Son leyes orgánicas:... las que regulen el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales”.⁵⁰

48 Constitución, artículo 11, numeral 8.

49 Peces-Barba, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales: teoría general*. Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 1999, p. 506.

50 Constitución, artículo 133, numeral 2.

(3) Finalmente, una de las características fundamentales del constitucionalismo contemporáneo es la existencia de textos constitucionales que son rígidos. Esto quiere decir que la Constitución distingue al legislador ordinario del Constituyente, de tal forma que la Constitución se distingue evidentemente de la ley. Existen, entonces, procedimientos diferenciados para crear normas constitucionales y legales. Las unas solo pueden ser cambiadas por un asambleísta constituyente y mediante un proceso de referéndum aprobatorio y las otras tienen un régimen ordinario de elaboración. En el fondo, lo que se establece es que la concepción, mínimos y reconocimiento de derechos no dependen de mayorías parlamentarias y que los asambleístas ordinarios están sometidos a los derechos. De ahí, la necesidad del control de constitucionalidad difuso y concentrado. Por ello, la Constitución determina que la reforma no puede implicar restricción de derechos y garantías y que, fuera de estos casos, debe realizarse un referéndum.⁵¹

Antonio-Enrique Pérez Luño vincula lo que he llamado como refuerzo de la garantía normativa a la seguridad jurídica.⁵² La garantía normativa, que debe procurar la previsibilidad y la certeza del sistema jurídico en su aplicación, que en últimas siempre debe estar relacionada con el ejercicio de derechos y reparación de sus violaciones, al materializarse en normas debe reunir ciertas condiciones: (1) promulgarse para que pueda ser conocida y aplicada, así además garantizar la publicidad (*lex promulgata*); (2) ser clara y evitar ambigüedades que se presten a interpretaciones restrictivas (*lex manifesta*); (3) resolver todo conflicto en el que se violen derechos (*lex plena*); (4) cumplir estrictamente con las formalidades y requisitos constitucionales (*lex stricta*); (5) debe ser estable y no estar sujeta a constantes modificaciones (*lex perpetua*).

51 Constitución, artículos 441 y 442.

52 Pérez Luño, Antonio-Enrique. "Seguridad Jurídica". *El derecho y la justicia*. Ernesto Garzón Valdés y Francisco J. Laporta. Madrid, Trotta, 2000, pp. 481 y ss.

4.4. Las consecuencias de las garantías normativas

Ante los instrumentos internacionales de derechos humanos y la parte dogmática de la Constitución, la garantía normativa impone al legislador o a quien tenga facultades normativas, las siguientes consecuencias u obligaciones jurídicas:

1. Reformar las normas incompatibles.⁵³
2. Derogar, invalidar o inaplicar⁵⁴ las normas que violen o puedan violar derechos.⁵⁵ La derogación corresponde al mismo órgano que creó la norma; la invalidación corresponde a la Corte Constitucional que, mediante sentencia, puede declarar una norma contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos; la inaplicación corresponde hacerla a cualquier juez o jueza en los casos que conozca, a los funcionarios públicos en el desempeño de su cargo o, en general, a cualquier persona.
3. Expedir normas o adoptar cualquier medida de carácter normativo que sean necesarias para promover el ejercicio de derechos o evitar las violaciones de derechos.⁵⁶

Quisiera poner el ejemplo una vez más en el ámbito de la legislación penal, en un régimen democrático constitucional de derecho, y afirmar que la Asamblea tiene algunos imperativos: (1) discriminalizar tipos penales, (2) abstenerse de regular algunas conductas, (3) penalizar algunas otras conductas, (4) minimizar el uso de la violencia del estado mediante el poder punitivo.

53 Caso Raxcacó Reyes. Sentencia de 15 septiembre 2005, serie C n.º 133, párrs. 87 y 125; Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago, párrs. 113 y 212; Caso Fermín Ramírez. Sentencia de 20 junio 2005, serie C n.º 126, párrs. 97 y 130; y Caso Zambrano Vélez contra Ecuador, párr. 57.

54 Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 marzo 2005, serie C n.º 123, párrs. 94 y 132; Caso Yatama, párr. 254; y Caso Zambrano Vélez, párr. 57.

55 Caso La Cantuta vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 noviembre 2006, serie C n.º 162, párr. 172; y Caso Zambrano Vélez y otros, párr. 57.

56 Caso Zambrano Vélez y otros, párr. 153.

(1) El Código Penal y otras leyes que tienen sanciones penales, como la ley de drogas, deben leerse en clave constitucional y, desde esta lectura, deben dejar de existir múltiples tipos penales, ya porque no tienen bienes jurídicos tutelados, porque no existe lesividad, porque son desproporcionadas las penas, porque en lugar de promover un derecho lo están reprimiendo. Por ejemplo, la tenencia de drogas para el consumo, la sustracción de bienes bagatela, el jugar carnaval, la vagancia y la mendicidad. El sistema jurídico no debería tolerar el estado inconstitucional en la que las normas penales nos ubican. Si el legislador quiere legitimarse en su función, debe actualizar el catálogo de las penas, además si no quiere que el juez constitucional le llame la atención al declarar inconstitucionalidades de leyes inadecuadas.

(2) El estado, por el principio de inmunidad, no debe entrometerse de ninguna manera y peor en términos penales, cuando las personas realizan acciones que tienen que ver con el libre desarrollo de la personalidad, la libertad y la autonomía personal. No se puede, a pretexto de moral pública, seguridad, orden, salud pública, interferir en los proyectos de vida de las personas. Recordemos que el derecho solo regula relaciones interpersonales.

(3) El legislador tiene que tipificar conductas humanas que sean consideradas muy graves y no pueda aplicarse el principio de subsidiaridad. Estos casos están contemplados con claridad en el Derecho Penal Internacional. No puede dejarse de tipificar, por ejemplo, la tortura, el genocidio, las ejecuciones extrajudiciales, el *apartheid*, el esclavismo, las detenciones arbitrarias, los crímenes de guerra.

(4) El estado debe abstenerse de usar el poder punitivo cuando su uso provoca mayor violencia de la ocasionada por la infracción penal. En este sentido, el uso del poder punitivo debe ser excepcional y cuando se demuestre que, sin su intervención, se provocaría un mayor daño social. Por ejemplo, si el derecho penal no interviene cuando sucede una muerte violenta, la venganza privada puede tener manifestaciones peores que la misma muerte, piénsese en los linchamientos.

La omisión en el cumplimiento de estas obligaciones que emanan de la garantía primaria, el sistema jurídico, como sucede en el caso ecuatoriano, debe crear garantías secundarias para forzar el cumplimiento de los objetivos propuestos por el sistema jurídico.

Entonces, si no hay reformas normativas necesarias o no se expiden las normas para proteger derechos o evitar su violación está prevista la acción de incumplimiento;⁵⁷ si la asamblea o la autoridad no derogan la norma, cabe la acción de inconstitucionalidad.⁵⁸

Quisiera terminar este breve ensayo afirmando que el sistema jurídico secundario tiene que ser mirado con los lentes de la Constitución y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. No cabe ya que las leyes y las ramas del derecho sean consideradas como entes autónomos, que se bastan a sí mismo, como se ha considerado y estudiado, por ejemplo, el derecho civil. Si al mirar las leyes secundarias a la luz de la Constitución y del DIDH encontramos diferencias, entonces, se impone una reforma legal no solo porque se deben evitar las contradicciones en un sistema jurídico, sino porque existe una garantía fundamental que se llama “garantías normativas”.

Al expedir una Constitución tan cargada de derechos y de garantías, como la de Montecristi, sin duda todo el sistema jurídico se encuentra desfasado. El cambio del sistema jurídico es un imperativo. Este titánico esfuerzo requiere del contingente de un equipo de juristas preparado técnica y políticamente. Pero este esfuerzo no puede hacerse al margen del sistema democrático. Las personas y los pueblos tienen derecho a participar amplia e informadamente en la elaboración y aplicación de las normas. No cabe duda que vivimos un sistema jurídico liberal con una Constitución posliberal y hay un desfase que requiere ser tratado.

No hay que caer, por otro lado, en la ilusión de que cambiando la norma cambia la realidad, que es lo que el maestro Nino denominó la falacia normativa. Pero tampoco podemos dejar de pensar que sin el derecho se pueden hacer los cambios. La Constitución, como afirma Boaventura de Sousa Santos, no es el fin de un proceso histórico sino más bien el comienzo. La verdadera lucha y la más difícil no se libró en la Asamblea Constituyente, sino que hay que hacerla cotidianamente y con organización después de expedida la Constitución.

57 Constitución, artículo 93 y Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, artículo 52.

58 Constitución, artículo 436, numeral 4 y Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, artículo 98.

Ha transcurrido ya algún tiempo, quizá no el suficiente aún, para evaluar si la garantía normativa ha sido efectiva. Para evaluar adecuadamente esta garantía tenemos que mirar las normas que se han expedido, el rol de la Corte Constitucional para corregir la labor legislativa y la eficacia de la norma en el mundo real.

El balance no es del todo alentador, como se podrá apreciar en las leyes expedidas por la Asamblea Nacional. Es de esperar que la Corte Constitucional cumpla su rol con independencia de los poderes políticos y con estricta sujeción al espíritu garantista de la Constitución.

Sin embargo, como lo ha demostrado la historia y como lo han demostrado además las movilizaciones de movimientos sociales alrededor de algunas leyes que se están discutiendo en el Parlamento, al final los derechos y también las garantías, solo funcionan cuando sus titulares, los más débiles en relaciones de poder, son quienes se apropian, los ejercen, los exigen y los hacen realidad. Los derechos y las garantías no son concesiones, son conquistas.

V. Bibliografía

- Alexy, Robert. "Derechos a acciones negativas y derechos a acciones positivas". *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- Aguilar, Juan Pablo. "Derechos de participación y derecho a participar". *¿Estado constitucional de derechos? Informe sobre derechos humanos, Ecuador 2009*. Quito, Universidad Andina Simón Bolívar/Abya-Yala, 2010.
- Ávila Santamaría, Ramiro, ed. *Neoconstitucionalismo y sociedad*. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- . "Retos de una nueva institucionalidad estatal para la protección de los derechos humanos". *Neoconstitucionalismo y sociedad*. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- . "Las garantías: herramientas indispensables para el cumplimiento de derechos". *Desafíos constitucionales*. Eds. Ramiro Ávila Santamaría, Agustín Grijalva y Rubén Martínez. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- Cançado Trindade, Antonio. *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006.

- Carbonell, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid, Trotta, 2005.
- . *Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales*. Quito, Cevallos Editora Jurídica, 2010.
- Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid, Trotta, 7ª ed., 2005.
- . “Derechos fundamentales y garantías”. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid, Trotta, 2001.
- . *Derecho penal mínimo y otros ensayos*. México, D.F., Comisión Estatal de Derechos Humanos Aguascalientes, 2008.
- Morales, Juan Pablo. “Democracia sustancia, sus elementos y conflictos en la práctica”. *Desafíos constitucionales*. Eds. Ramiro Ávila Santamaría, Agustín Grijalva y Rubén Martínez. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- Peces-Barba, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales: teoría general*. Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 1999.
- Pérez Luño, Antonio-Enrique. “Seguridad jurídica”. *El derecho y la justicia*. Ernesto Garzón Valdés y Francisco J. Laporta. Madrid, Trotta, 2000.
- Portero Silva, Carolina. *Las garantías de los derechos: ¿invención o reconstrucción? Neoconstitucionalismo y sociedad*. Ed. Ramiro Ávila Santamaría. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Prieto Sanchís, Luis. “El sistema de protección de los derechos fundamentales”, citado por Peces-Barba, Gregorio. *Curso de Derechos fundamentales: teoría general*. Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 1999.
- Serrano, José Luis. *Validez y vigencia, aportación garantista a la teoría de la norma*. Madrid, Trotta, 1999.
- Tamayo y Salmorán, Rolando. “El sujeto del derecho”. *El derecho y la justicia*. Ernesto Garzón Valdés y Francisco J. Laporta. Madrid, Trotta, 2000.
- Touraine, Alain. *Un nuevo paradigma*. Buenos Aires, Paidós, 2006.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. “Límites a la construcción impuestos por su función pública”. *Manual de derecho penal, parte general*. Buenos Aires, Ediar, 2005.

La garantía jurisdiccional: la exigibilidad de los derechos del buen vivir

I. Introducción

La Constitución del Ecuador, aprobada mediante referéndum en el año 2008, tiene muchas innovaciones en la teoría de los derechos humanos, tanto en el contenido de los derechos como en sus garantías. Estas innovaciones son una ruptura frente a la teoría tradicional de derecho, que serán analizadas brevemente en este ensayo y, al mismo tiempo, plantean un reto para todos los actores que intervienen en el sistema judicial.

La forma de apreciar la Constitución y la comprensión de las innovaciones puede incidir en la aplicabilidad de ellas. Hay varias formas de aproximarse a la Constitución: (1) la indiferencia, (2) la sospecha, (3) la normativa, y (4) la entusiasta.

(1) La peor forma de abordar el fenómeno jurídico nuevo es no considerándolo. Hay muchos factores que inciden en la indiferencia. Uno de ellos es la falta de elementos teóricos actuales para comprender las nuevas instituciones del derecho, otro es el cambio brusco de paradigma que genera un rechazo automático a lo desconocido y, otro, que C.S. Nino¹ denominaba el escepticismo ético, por el que se cree que los derechos humanos contemplados en la Constitución son falsas promesas, que no tienen utilidad alguna, que son impracticables y que, por tanto, no tiene sentido conocerlas.

1 Nino, Carlos Santiago. Introducción. *Ética y derechos humanos*. Buenos Aires, Editorial Astrea, 2ª ed., 2005, pp. 1-7.

(2) En la sospecha se trata de asimilar los cambios jurídicos exclusivamente con proyectos políticos sectoriales. No importa la innovación sino el origen de la norma o propuesta. Si esta se origina en un movimiento o partido de oposición, hay que pensar que tiene una intención de acumular poder, de aniquilar al movimiento o partido contrario, de servir a intereses particulares. La novedad, en este caso, es estudiada pero interpretada ideológicamente para descalificarla.

(3) En el análisis normativo encontramos un acercamiento formal a la norma. La norma al haber sido aprobada y tener vigencia tiene que ser aplicada. Este abordamiento tiene la ventaja de considerar a la Constitución como una norma que debe ser respetada; pero, a su vez, tiene la desventaja de descontextualizar la norma del fenómeno histórico y social del que surge y en el que tiene que aplicarse.

(4) Finalmente, hay otros que creemos que las normas constitucionales, particularmente las que tienen que ver con los derechos reconocidos en la parte dogmática, vinculan y limitan al poder y tienen un fuerte poder transformador. Desde esta perspectiva, la Constitución del 2008 es analizada con entusiasmo y consideramos que puede ser una herramienta poderosa para provocar cambios necesarios en la realidad de exclusión y miseria en que vive gran parte de la población. Tampoco quisiéramos caer en la ingenuidad de pensar que la Constitución por sí sola, como no lo ha hecho norma jurídica alguna, genera los cambios. Se requieren, como se advertirá en los retos, múltiples factores, entre otros, la cultura jurídica, los movimientos sociales, la actitud de las juezas y jueces frente a los derechos, la percepción de la realidad, la voluntad política y el compromiso frente a la transformación.

Este ensayo tiene dos partes. En la primera, abordaremos algunos de los retos que las personas operadoras del derecho constitucional deberán enfrentar al aplicar las normas constitucionales y legales cuando se enfrenten a los derechos del buen vivir. En la segunda parte, hacemos algunos comentarios e interpretaciones con relación a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional para evitar y superar algunos obstáculos procesales que tienen relación con nuestra cultura jurídica y práctica procesal.²

2 Agradezco la lectura crítica y paciente de Danilo Caicedo Tapia.

El objetivo de este ensayo es demostrar que la Constitución ecuatoriana tiene todos los elementos necesarios para considerar que los derechos sociales son plenamente justiciables y, además, invitar a que estos elementos sean utilizados por quienes tenemos la responsabilidad de hacer realidad la promesa de los derechos.

II. Los retos

2.1. Todas las juezas y jueces son garantes de los derechos

Cuando la Constitución afirma que todos los derechos son justiciables, y establece una acción de protección que está diseñada para reivindicar cualquiera de los derechos reconocidos,³ está ordenando que la función judicial ya no se dedique exclusivamente a proteger la propiedad.

Las juezas y jueces son garantes jurisdiccionales de todos los derechos. Esto no es fácil de asumir y el reto es enorme. La gran discusión en la Asamblea Constituyente fue si convenía crear jueces especiales para que resuelvan exclusivamente las acciones constitucionales. Los argumentos a favor de esta postura, que era respaldada por el Tribunal Constitucional de la época, fue que de este modo se garantizaba la calidad de las sentencias, que la carga de trabajo de las juezas y jueces ordinarios era demasiada y estaban saturados, además que los jueces no tenían por su experiencia y entrenamiento conocimientos ni herramientas para resolver asuntos constitucionales, y que nuestra historia —en las acciones de amparo— demostraba que no había funcionado adecuadamente la garantía por la resistencia de los operadores de justicia para asumir esta nueva tarea; más aún, apostar a que los jueces que nunca protegieron adecuadamente los derechos de propiedad puedan, de pronto, proteger otros derechos no solo que era iluso sino inútil.

Todas las razones expuestas tienen su peso. Pero el dilema era más complejo si se asumía seriamente el postulado del “Estado constitucional de derechos y justicia”. ¿La función judicial es garante o no de los derechos

3 Constitución del Ecuador, artículo 11, numeral 3.

reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos? Si se aceptaba el argumento de crear dos jurisdicciones dentro de la función judicial, una constitucional y otra ordinaria, la respuesta era que no toda la función aplicaba los derechos de la Constitución. La apuesta fue a constitucionalizar todo el estado, que incluía, por supuesto, toda la función judicial. La apuesta posiblemente es mala a corto plazo, pero, sin duda alguna, es la mejor a mediano y largo plazo. Veamos algunos argumentos a favor de la óptima decisión de constitucionalizar a la función judicial.

(1) La especialización constitucional reforzaría la justicia ordinaria. Si se hubiese establecido la justicia especial, los jueces y juezas ordinarias se hubiesen privado de conocer y aplicar formas distintas de abordar el derecho. Por poner dos ejemplos, jamás se hubieran planteado el problema de dos normas que están en conflicto y que no puede ser resuelto mediante la subsunción (jerarquía, novedad y especialidad); crear derecho a partir de principios que no tienen enunciados previstos por el legislativo. Los casos constitucionales solo hubiesen llegado a unos jueces y no al resto. Las juezas y jueces tienen la oportunidad de renovar sus conocimientos y aprender nuevas formas de interpretación y de solución de casos, que no solo sirven para el derecho constitucional sino para mejor resolver incluso en el derecho civil o penal.

(2) El estado, mediante la garantía jurisdiccional, seguiría siendo marcadamente liberal. Con suerte y con mucho dinero se hubiesen creado, en cada cantón si es que no solo en las capitales de provincias, juezas y jueces constitucionales. Solo en términos proporcionales, si comparamos en Pichincha, en donde existen 66 juezas y jueces de primera instancia ordinarios,⁴ y se pusieran 10 jueces y juezas constitucionales, la proporción sería por cada 6 jueces ordinarios, uno constitucional. Es decir, el estado

4 Los datos de 1997, 1998, 1999, 2006 fueron obtenidos por intermedio del Consejo Nacional de la Judicatura, Dirección Nacional de Personal, del documento "Distributivo de sueldos 1997". No existe un registro ni estadística sobre el número de jueces y su distribución nacional, véase Ávila Santamaría, Ramiro. "El amparo constitucional: entre el diseño liberal y la práctica formal". *Un cambio ineludible: la Corte Constitucional*. Quito, Tribunal Constitucional del Ecuador, 2007.

sería seis veces más liberal que constitucional. En cambio, al haber establecido que todos los jueces conozcan las acciones de protección, el cien por ciento de la función judicial es garante de los derechos.

(3) La calidad de las sentencias depende, entre otros factores, del conocimiento y de la experiencia. La jueza o juez que resuelve mal una acción ordinaria muy posiblemente resolverá mal una acción de protección. Nada hace pensar que creando jurisdicción especial, las juezas o jueces automáticamente dictarán resoluciones adecuadas, cuando se sabe que la cultura jurídica es abrumadoramente liberal y se reproduce en los espacios de enseñanza (universidades) y de difusión del derecho (librerías, bibliotecas y eventos académicos). La Constitución sugiere la creación de la Escuela Judicial,⁵ que es reforzada con la institucionalización de esta por medio del Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ), que es uno de los mecanismos mediante el cual las juezas y jueces deberán capacitarse. En otras palabras, la calidad de las sentencias es un asunto que puede ser superado por medio de métodos de enseñanza innovadores y que no depende de la existencia o no de especialidades en la judicatura.

(4) La carga de trabajo ciertamente es un problema, que no se resuelve simplemente con la creación de más judicaturas. Dos comentarios con relación a la carga de trabajo. El uno es que las acciones de protección gozan de preferencia;⁶ es decir, que si la jueza o juez tiene en sus manos un caso constitucional o uno ordinario, deberá preferir resolver el primero. No se trata de un desplazamiento de unos casos por otros, se trata de dos casos, uno que tiene protección fundamental y otro que tiene un procedimiento ordinario. El otro comentario es que el problema de la carga de trabajo debe resolverse mediante la gestión adecuada del despacho judicial. Efectivamente deben crearse más judicaturas en función de las necesidades, pero también habrá que entender que se debe implementar la oralidad, la direccionalidad del proceso,⁷ los medios electrónicos para la

5 Constitución del Ecuador, artículo 181, numeral 4.

6 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, artículo 7.

7 *Ibid.*, artículo 4, numeral 6: La jueza o juez deberá dirigir los procedimientos de forma activa, controlará la actividad de los participantes y evitará las dilaciones innecesarias. En función de este principio, la jueza o juez podrá interrumpir a los intervinientes para solicitar aclaraciones o repreguntar, determinar el objeto de las acciones, encauzar el debate y demás acciones correctivas, prolongar o acortar la duración de la audiencia.

comunicación entre las partes, el no sacrificio por las formalidades de la justicia. Sin duda, esto también implica capacitación y experiencia, la ruptura del paradigma escrito y la voluntad y compromiso de las juezas y jueces.

(5) La objeción más difícil de sortear es aquella que sostiene que la justicia ordinaria no ha atendido ni resuelto adecuadamente los casos a ella encomendada. En este punto estamos en la transformación de la función judicial. La administración de justicia ha colapsado y no puede seguir tal como está organizada ahora. Existen herramientas interesantes, la una es la Constitución y la otra es el COFJ, que establece un perfil ambicioso de servidor judicial⁸ y mecanismos para profesionalizar, formar inicialmente a las personas servidoras de justicia y evaluarlos continuamente; también establece un régimen de administración de recursos para promover a las personas adecuadas y remover a quienes, por ineptitud o corrupción, obstaculizan a la función judicial. El derecho regula sobre la realidad o prescribe conductas para alterar la realidad. Lo primero sería desgastar energía y esfuerzos normativos por algo que no sirve; lo segundo es establecer normas para transformar situaciones indeseables. La aplicación del derecho no es fácil, depende de muchos factores: uno de ellos es el adecuado funcionamiento de los órganos y de las personas encargadas de la transformación, el otro es la voluntad de los poderes del estado de respetar la independencia judicial.

Sin embargo, más allá de que funcione el Consejo de la Judicatura, la decisión está en cada uno de los jueces y juezas. Optar por resolver adecuadamente las acciones de protección de derechos, de darles preferencia, de atender los requerimientos de la gran mayoría de la población que vive en situación de vulneración de derechos es lo adecuado en un régimen constitucional de derechos.

8 Código Orgánico de la Función Judicial: “El perfil de las servidoras o servidores de la Función Judicial deberá ser el de un profesional del Derecho con una sólida formación jurídica; con capacidad para interpretar y razonar jurídicamente, con trayectoria personal éticamente irreprochable, dedicado al servicio de la justicia, con vocación de servicio público, iniciativa, capacidad innovadora, creatividad y compromiso con el cambio institucional de la justicia.”

2.2. La acción de protección protege todos los derechos, incluso los del buen vivir

Las acciones judiciales siempre han estado diseñadas para proteger derechos. Tradicionalmente los jueces y juezas han sido entrenados, en las universidades y en la práctica, para aplicar el derecho sustantivo y seguir los procedimientos. En el derecho sustantivo la gran matriz ha sido el Código Civil y el Código Penal, y en el derecho adjetivo los códigos de procedimiento civil y penal. Tímidamente aparecieron las cátedras de derecho administrativo y la jurisdicción contenciosa administrativa, que ha sido la forma incipiente de conocer y resolver los problemas de derecho público. Sin embargo, la justicia constitucional estuvo restringida a la acción de hábeas corpus, que protegía el derecho a la libertad ambulatoria, y a una acción de amparo, que era meramente cautelar y que dependía, para resolver el fondo, del derecho ordinario.

De todos los derechos que están reconocidos en la Constitución, la función judicial ha protegido casi exclusivamente el derecho a la propiedad y sus derivaciones: inquilinato, mercantil, comercial, contractual, y las otras ramas, incluso la laboral, se han reducido a un reclamo patrimonial efecto de las relaciones en el trabajo. Si uno, en lo penal, analiza las cifras de la estadística criminal, podría concluir que, salvando el problema de las drogas, el derecho penal también ha protegido casi exclusivamente la propiedad.

No es ético ni jurídico que la función judicial atienda a la ciudadanía por la violación de *un* derecho, cuando la Constitución reconoce más de una *centena* en sus setenta artículos⁹ en los que enuncia y desarrolla los derechos. Se puede entender en una cultura formal y legal, como la nuestra, que las juezas y jueces atiendan las causas a las que están familiarizados y las que tienen soluciones previstas por el legislador. Esto puede explicar la reticencia para aplicar las acciones de protección de derechos, pero de ninguna manera podrá justificar la omisión o inadmisión de causas por violación de derechos.

9 Constitución del Ecuador, artículos 12 al 82. Hay algunos artículos, como el del debido proceso en lo penal, que contiene catorce derechos (artículo 77). Así que, sumados, deben dar más de cien derechos, sin contar con los derechos que se desprenden de la parte orgánica y de los que la doctrina llama derechos implícitos.

Los derechos del buen vivir quizá sean los más difíciles de resolver, porque implican mayor determinación judicial y mayor tacto político por parte de las juezas y jueces. ¿Cómo exigir violaciones tan complicadas como el derecho al hábitat, al agua, a la seguridad social (derecho universal y no solo de los trabajadores)? La más fácil forma es no resolviéndolos, pero es la más perversa porque desnaturaliza a los derechos y al estado constitucional de derechos y justicia.

La jueza o juez debe enfrentarse a los casos que tienen que ver con el bienestar de la gente y con una de las mayores innovaciones del derecho constitucional ecuatoriano. Acá es donde cobra sentido el enunciado de que 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”.¹⁰

2.3. La acción de protección es de conocimiento y no cautelar

En la Constitución de 1998 la acción constitucional que tutela derechos humanos era exclusivamente cautelar. Esto quería decir que la solución al caso que daban los jueces era provisional, y que la definitiva tenía que encontrarse en la vía ordinaria, que normalmente era la contenciosa administrativa. El requisito era que el amparo procedía cuando había un daño grave e inminente. Esto se debe superar. La acción de protección no es el amparo ni tampoco es cautelar. La acción de protección es de conocimiento y las medidas cautelares son provisionales.

La distinción está en la relación temporal entre violación y la acción judicial. Hay tres momentos en los que se podría intervenir judicialmente: (1) antes, (2) durante, y (3) después de consumada la violación.

(1) Antes de la violación de derechos, la acción u omisión debe ser grave e inminente y solo cabe la aplicación de una o varias medidas cautelares para evitar que la violación de derechos se produzca. Por ejemplo, en una zona rural, un campesino puede constatar que se están haciendo

10 *Ibid.*, artículo 11, numeral 3.

obras para cambiar el curso del río, que le abastece de agua para el riego de su parcela. La violación no se consuma y no cabría acción de protección. Es grave¹¹ porque esto puede ocasionar no solo la pérdida de la cosecha, sino también porque podría afectar a los medios de subsistencia del campesino y su familia.

(2) Durante la violación de derechos; para detener la violación y repararla; y cabe la medida cautelar y la acción de protección. Este caso es más complejo porque se está provocando el daño. La jueza o juez debe primero detener la violación y, en un segundo momento, reparar. Podría detener y reparar en un mismo procedimiento, pero no suena razonable. Pensemos en caso de derechos de la libertad y en otro de los derechos del buen vivir. Si le hacen conocer a la jueza o juez que están torturando a un individuo en la Policía, no suena razonable que la jueza o juez califique la demanda en veinticuatro horas, llame a audiencia y luego resuelva; sino que lo primero que tiene que hacer es acudir inmediatamente él o ella, o enviar una comisión, o llamar por teléfono al director del centro donde está detenida la persona, e inmediatamente detener la tortura; luego, seguir el trámite para declarar la violación y, si es del caso, reparar.

Ahora pongamos un ejemplo de derechos del buen vivir. Esto nos sucedió cuando en la Clínica de Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE) intentamos judicializar un caso de acceso al derecho a la salud. Un señor había sido atropellado y conducido al hospital público Eugenio Espejo. Al llegar a emergencia, le dijeron a la esposa del accidentado que necesitaba una intervención quirúrgica, pero que se requería previamente de algunos materiales (prótesis entre otras), que equivalían aproximadamente a 600 dólares. Sin estos insumos, no podían operarle y afirmaron que seguramente moriría su marido. La señora, por esas casualidades de la vida, llegó a la Clínica de Derechos Humanos para pedir, con receta en mano, le ayuden con unos cuantos dólares. Le dijimos a la señora que lo que podíamos hacer era un recurso de amparo (hoy medida cautelar). Planteamos el recurso y solicitamos que el juez obligue al hospital a operar a la persona sin condicionante alguno.

11 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, artículo 27: grave es cuando el daño podría ser irreversible o por la intensidad o frecuencia de la violación.

La audiencia se produjo a los quince días después de haber presentado el amparo y la persona ya había sido operada. El juez sostuvo que como no había violación, no procedía el amparo. Este es el típico caso de violación de derecho que requiere intervención inmediata, declaración de violación y reparación. Si yo fuera juez con el sistema jurídico vigente, lo primero que haría es ordenar al director del hospital que atienda y opere inmediatamente a la persona, a la que no solo se le está violando el derecho a la salud sino también que existe una amenaza grave e inminente de violar su derecho a la vida. Una vez operada la persona, declararía, después de seguir el procedimiento de conocimiento, que el hospital al condicionar para la atención en salud a una persona que requería intervención inmediata violó el derecho a la salud, que determina que: “La salud es un derecho [...] el Estado garantizará [...] el acceso permanente, oportuno y sin exclusión a [...] atención integral de salud”.¹² La reparación integral, en este caso, podría ser tan simple como ofrecer garantías de no repetición, es decir, el ofrecer que, dentro de las políticas del hospital, no se vuelva a condicionar el servicio a contar con recursos económicos.¹³

(3) Después de haberse consumado la violación de derechos. En estos casos no proceden las medidas cautelares sino solamente la acción de protección. La pretensión solo podría ser declarar la violación y la reparación integral de derechos.¹⁴ Esta acción es de conocimiento porque se debe demostrar que existe una violación, que se manifiesta por medio de un daño, y constatado el hecho, responsabilizar al estado o particular y obligarle a reparar la violación.

2.4. La conciencia de la realidad de las víctimas

¿A quién presta sus servicios la función judicial? ¿Al optar por ser una jueza o juez que prioriza el derecho ordinario a quién deja de prestar servicios? Uno de los problemas más graves de los derechos del buen vivir es

12 Constitución del Ecuador, artículo 32.

13 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, artículo 18.

14 *Ibid.*, artículos 6 y 39.

que las víctimas no saben que tienen un derecho violado,¹⁵ las organizaciones de derechos humanos no litigan en derechos sociales o simplemente se dedican a la incidencia política, las juezas o jueces no tienen la sensibilidad, el conocimiento o la conciencia de que los derechos del buen vivir pueden ser justiciables.

Si uno analiza las cifras de pobreza de cualquier país de Latinoamérica, incluido Ecuador, lo primero que llama la atención es que más de la mitad de las personas son pobres y que un cuarto, al menos, vive en condiciones de miseria. La pobreza es uno de esos conceptos que enmascara la violación de derechos sociales. Atrás de la pobreza encontramos un déficit enorme en el ejercicio de derechos a la educación, a la salud, al trabajo, a la seguridad social, a la vivienda. La categoría pobreza esconde, atrás de la cifra y el porcentaje, seres humanos de carne y hueso. Esos seres de carne y hueso no creen y a veces ni saben que existe la función judicial y derechos del buen vivir.

Basta ver con un poco de atención la realidad que nos rodea cuando salimos de nuestras casas o leer con mirada de derechos el periódico: niños que trabajan, desempleados, enfermos, deserción escolar, mala práctica médica, suspensión de servicios básicos, falta de espacios para recreación, contaminación... Cada una de esas personas podría eventualmente acudir a la función judicial, por cuanto la Constitución le ha prometido reparación integral.

Cuando las personas han tenido los derechos del buen vivir satisfechos, es difícil entender a cabalidad que atrás de las estadísticas hay personas que sufren y la pasan mal cotidianamente. Los burgueses liberales del siglo XVIII no reclamaron los derechos sociales porque simplemente no los necesitaban. El hecho de tener estos derechos en la Constitución de 2008 significa que su visibilización ha significado un esfuerzo enorme y muchas luchas para combatir y revertir la realidad de la pobreza.

¿Una jueza o juez pueden enfrentarse a la pobreza? Entendiéndola como estamos sugiriendo, como una violación de derechos, sin duda que sí. Ahora esto hay que hacerlo con cierto cuidado, que es lo que analizaremos en el acápite siguiente.

15 Bolívar, Ligia. "Derechos Económicos Sociales y Culturales: Derribar mitos, enfrentar retos, tender puentes. Una visión desde la (in)experiencia de América Latina". *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, vol. V. Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), 1996, pp. 85-136.

2.5. El rol activista judicial y la relación entre la judicatura y otros poderes

La jueza o juez al aplicar las normas que reconocen derechos tienen que intentar encontrar una regla¹⁶ previamente establecida por el legislador, en la que encuentre un supuesto de hecho y la obligación determinada que se adecue al caso que está resolviendo. Pueden pasar, al contraponer el caso al derecho ordinario, cuatro situaciones:

- (1) La regla se adecua perfectamente al caso, en cuyo caso la jueza o juez no tiene mucho que trabajar, porque la situación fue prevista y la solución está también predeterminada. Si bien esto es posible, en los casos relacionados a los derechos del buen vivir cuando encontramos soluciones previstas en la Ley de Educación, en el Código de la salud o en el Código de la niñez y adolescencia, no es menos cierto que el estándar de reparación que exige la Constitución y la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional es alto y conviene preguntarse –y preguntar a la víctima– si la solución contemplada en la ley es satisfactoria.
- (2) La regla es insuficiente por no encuadrar cabalmente el hecho en el supuesto legal. En este caso el juez o la jueza debe completar el sentido de la regla para que se adapte al caso que está conociendo, tratando al máximo de respetar la voluntad del legislador.
- (3) La consecuencia de la regla es una respuesta inadecuada a la reparación integral. Esto debería suceder con harta frecuencia dada la integralidad de la reparación en relación con la violación del derecho, la persona y

16 Entendemos por regla a las normas que Luigi Ferrajoli, las denomina hipotéticas, y que tienen una estructura “si x, debe ser y”, por oposición a los principios, de cuya naturaleza normalmente gozan los derechos, y cuya estructura es propia de una norma ética, que se formula simplemente como “x”. Más detalles en Ferrajoli, Luigi. “Derechos fundamentales y derechos patrimoniales”. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid, Trotta, 2001, pp. 19-24. Véase también Alexy, Robert. “Los derechos fundamentales como derechos subjetivos”. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 173-245.

las posibilidades de reivindicación de un derecho. En este caso, la jueza o juez, de igual modo deberá adaptar la regla a los requerimientos de su caso.

- (4) No existe regla. Pero como existe norma, que es el principio constitucional que reconoce un derecho que, en su enunciado, no tiene hipótesis ni obligación jurídica predeterminada, debe generar una regla adecuada al principio y al caso concreto.

En las situaciones 2, 3 y 4 la jueza o juez son activos y no meros aplicadores de reglas, entendiendo por activo la posibilidad de adecuar, inaplicar o crear reglas para los casos concretos. ¿Se convierte la jueza o el juez en legislador?

Algunas diferencias y semejanzas. No es legislador, no puede ni debe reemplazarlo. El legislador tiene legitimidad democrática y competencia exclusiva para dictar reglas; las reglas que emite, denominadas generalmente leyes, tienen carácter general y obligatorio; la carga de argumentación jurídica es harto insuficiente y se podría afirmar que es suplida por el debate y por la votación parlamentaria. Las juezas y jueces jamás podrían actuar de esa manera porque no tienen mandato específico constitucional, no pueden dictar normas abstractas y generales y tienen un peso argumentativo que aumenta en función del alejamiento a la regla parlamentaria. Sin embargo, ante la deficiencia o inexistencia legislativa, no pueden dejar de actuar, más como hemos afirmado, los derechos son directamente aplicables. El actuar en estas hipótesis significa actuar subsidiariamente frente a la omisión legislativa.

Tradicionalmente el Tribunal Constitucional se declaró como “legislador negativo”. Esto quería decir que solo tenía atribuciones para declarar que los parlamentarios emitieron normas inconstitucionales; es decir, violaron su deber de abstención al expedir una norma contraria a la norma suprema. Pero en ningún caso podía suplir la omisión legislativa porque de este modo se convertirían en legislador “positivo”. Quizá donde mejor se aprecia este rol positivo lo encontramos en el tratamiento de la omisión. Si la omisión es absoluta, la Corte Constitucional debe establecer reglas temporales hasta que, en el plazo determinado por esta,

el Parlamento dicte las reglas adecuadas; si la omisión es relativa, la Corte expide directamente las reglas.¹⁷

Si las juezas o jueces se atribuyeren libremente las competencias de legislar sin duda estarían atentando con el principio de la división de poderes. Las juezas y los jueces son activos por necesidad y siempre excepcionalmente. No es justo que la persona sufra las consecuencias de la omisión o acción del estado que vulnera sus derechos. A la persona poco le importa si el responsable fue cualquier función del estado, lo que interesa es que se resuelva su caso.

¿En el ámbito propio del poder ejecutivo, las juezas y los jueces pueden definir políticas públicas y, por tanto, asumir roles de otro poder? La respuesta es no. El poder judicial jamás tendrá la capacidad de disponer de recursos y peor de ejecutarlos. No tiene competencias constitucionales y tampoco tiene la capacidad y la posibilidad práctica de hacerlo. Sin embargo, tiene competencias para determinar violación a los derechos que provengan de políticas públicas y, por tanto, puede reparar violaciones que provengan de estos actos administrativos. Imaginemos un caso. El Ministerio encargado de la salud diseña un programa para vacunar a todas las niñas y niños del país menores de cinco años. Organiza recursos humanos, planes de distribución de las vacunas, formas de entrega y demás que contiene una política. Sin embargo, las vacunas no llegan a la provincia de Tulcán por un error en el cálculo y por haberse agotado las existencias de vacunas. En este caso, cualquier persona puede demandar ante un juez o jueza al Ministerio encargado de la salud por discriminar las niñas y niños de Tulcán que, estando en igual condiciones que otros niños y niñas del país, no han podido gozar del derecho a prevenir enfermedades por medio de las vacunas. ¿Cómo se podría solucionar este caso? En primer lugar declarando la violación del derecho; en segundo lugar reparando integralmente a las víctimas no identificadas pero identificables. La jueza o juez, que no podría –como el caso del legislador– suplir al ejecutivo, le ordenaría a que, en un plazo razonable y de posible

17 Constitución del Ecuador, artículo 436, numeral 10; Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, artículo 129.

cumplimiento, el Ministerio encargado de la salud corrija las deficiencias en la distribución de las vacunas. Si no se cumple, ordenaría la destitución del funcionario competente. También los jueces y juezas pueden establecer estándares de cumplimiento.

Lo óptimo es que la jueza o juez escuche a los intervinientes, tanto a la víctima como a los agentes del estado. Nada se gana haciendo una sentencia maravillosa de imposible ejecución. Para ello, conviene la creación de espacios para la coordinación. Las reparaciones deben ser útiles y posibles, sin caer en aquel pretexto intolerable de la falta de recursos. Las soluciones a los casos deben ser adecuados para cada caso, para cada víctima y en la medida también de los responsables. No hay recetas, no hay forma de establecer reglas únicas, no hay modelos únicos. La innovación y la creatividad están a la orden del día.

III. La superación de los obstáculos procesales

Este en realidad es un reto más, pero conviene visibilizarlo dado que tenemos la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (Ley de Garantías o LOGJCC), que trae algunas regulaciones a la Constitución que conviene interpretarlas o comentarlas, para evitar que el procedimiento se convierta en un obstáculo más para exigir derechos del buen vivir: (1) los principios como fuente de interpretación, (2) la legitimación activa, (3) la relación entre derecho ordinario y constitucional, (4) la subsidiaridad, (5) las políticas públicas, (6) la direccionalidad del proceso y la oralidad, (7) la prueba, (8) el cumplimiento.

3.1. Los principios y la interpretación de la ley de garantías

Los principios establecidos en la Constitución y en la LOGJCC son la fuente de inspiración para sortear cualquier regulación que pueda restringir las potencialidades de la acción de protección. Por un lado, la Constitución prescribe que no se exigirán condiciones o requisitos no establecidos para el ejercicio de derechos y garantías que no estén en la

Constitución y la ley,¹⁸ y ninguna norma podrá restringir el contenido de los derechos y garantías;¹⁹ por otro lado, siempre se debe interpretar la norma en el sentido que más favorezca a la efectiva vigencia de los derechos²⁰ y que reconozca derechos más favorables a las personas.²¹

La LOGJCC enumera, no taxativamente, algunos métodos de interpretación. Si tomamos el descrito en la ley como método teleológico, por el que: “Las normas jurídicas se entenderán a partir de los fines que persigue el texto normativo”,²² y leemos el fin establecido para las garantías en la misma ley: “las garantías jurisdiccionales tienen como finalidad la protección eficaz e inmediata de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos”,²³ ya solo con estos dos ingredientes podemos sortear cualquier regulación que pueda ser considerada como un obstáculo para la protección de los derechos. No se trata de forzar el texto para resolver caprichosamente cualquier caso, se trata de interpretarlo para no tolerar la existencia de violación a derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

3.2. La legitimación activa

En el texto de la LOGJCC encontramos un primer aparente obstáculo. La ley prescribe que la demanda podrá ser presentada “por cualquier persona, comunidad, pueblo, nacionalidad, colectivo vulnerada o amenazada en uno o más de *sus* derechos constitucionales, quien actuará por sí misma o a través de un representante o apoderado”²⁴ (el destaque es nuestro). Al poner la palabra “sus” retornamos sutilmente a la teoría del derecho subjetivo, que la Constitución explícitamente evitó al enunciar que

18 Constitución del Ecuador, artículo 11, numeral 3.

19 *Ibid.*, artículo 11, numeral 4.

20 *Ibid.*, artículo 11, numeral 5.

21 *Ibid.*, artículo 424.

22 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, artículo 3, numeral 6.

23 *Ibid.*, artículo 6.

24 *Ibid.*, artículo 9.

“cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer las acciones previstas en la Constitución”.²⁵

Se ha afirmado que uno de los más grandes obstáculos para la exigibilidad de derechos es la falta de reconocimiento de las propias personas que sufren la violación de derechos como víctimas. Para suplir este defecto, que no es nuevo en nuestro sistema jurídico, la Constitución estableció este *actio popularis*, mediante el cual nadie puede ser indiferente a la violación de derechos que sufren otras personas y puede denunciarla. Además, parecería que es un contrasentido la reducción de la legitimidad activa para proponer acciones de protección, cuando la misma Constitución establece como responsabilidad de las personas el “respetar los derechos humanos y *luchar* por su cumplimiento”²⁶ (el destaque es nuestro). Sin duda, una de las formas más eficaces para luchar por el cumplimiento de los derechos es por medio de la denuncia y la litigación de derechos.

Todavía recuerdo cómo se convirtió en el peor obstáculo, para exigir lo que ahora conocemos como “derechos del buen vivir”, aquella frase de la Constitución de 1998 que establecía que solo se podía presentar amparo por “sus propios derechos”. Permítanme contar un caso, que también se intentó litigar desde la Clínica de Derechos Humanos de la PUCE. Se trataba del caso del Programa de Alimentación Escolar (PAE) en la época del gobierno de Lucio Gutiérrez. Gutiérrez dispuso de tres millones de dólares del PAE para invertir en lo que se conoció como “picos y palas” (entrega de picos y palas a comunidades indígenas), un típico programa que logró adhesión en el campesinado indígena de la Sierra y, de paso, dividir al movimiento indígena. Por ese cambio en la partida presupuestaria, durante seis meses, más de un millón de niños y niñas en edad escolar no recibieron su desayuno escolar.

Este es el típico caso de política pública que viola derechos humanos y también el principio de progresividad y prohibición de regresividad. No se puede diseñar o ejecutar arbitrariamente los fondos públicos que promueven el ejercicio de derechos. La alimentación escolar es un derecho que tiene autonomía y que está íntimamente relacionado con la educación

25 Constitución del Ecuador, artículo 86, numeral 1.

26 *Ibid.*, artículo 83, numeral 5.

(sin desayuno no hay atención y por tanto no se puede ejercer el derecho por medio del proceso de aprendizaje), con la salud (sin alimentación las defensas disminuyen y el cuerpo se predispone a la enfermedad), con la nutrición, por señalar algunos. ¿Quiénes son esos niños y niñas de carne y hueso que no desayunaban? ¿Quiénes son las víctimas? Encontrar víctimas no era difícil, lo difícil era que comparezcan por sus propios derechos. En Quito, por ejemplo, se visitaron algunas escuelas públicas y ninguno de los padres de familias se atrevía a presentar la acción por temor a represalias de la escuela o del Ministerio de Educación. Se consiguió, por la ayuda del Consejo de la Niñez de Riobamba, a dos niños –uno el presidente del Comité Escolar y otro que había sido elegido como “defensor de derechos”, ambos de 12 años cumplidos– para que presenten la demanda. En el juzgado de lo civil del cantón Quito se la rechazó afirmando que eran menores de edad (a pesar de que el Código de la Niñez sostiene que las personas mayores de 12 años pueden comparecer por sí mismas para exigir derechos). Se consiguió las firmas de sus padres y se volvió a presentar la demanda. Esta vez se rechazó la demanda porque se afirmó que era una violación de carácter general y que, por tanto, cabía la acción de inconstitucionalidad, que debía presentarse con la firma de mil personas o mediante la intermediación del Defensor del Pueblo. También se intentó esa vía y el Defensor, en tres intentos, sostuvo que era un acto administrativo que no podía ser reparado y no calificó la demanda.

Todo este “vía crucis” se hubiese evitado si es que se reconocía la legitimidad activa para demandar por otros la violación a sus derechos. Si se llega a entender “sus” derechos como aquella teoría del derecho subjetivo, por medio de la cual solo las víctimas pueden reclamar, se estaría atentando seriamente al espíritu de la norma constitucional.

Por otro lado, no puede ser justo que solo exista la acción popular para hacer conocer la violación de derechos que tiene que ver con lo penal, cuando permite la ley que cualquier persona, aún sin poder, pueda denunciar la existencia de una infracción. Con más razón en materia constitucional, que el modelo de estado y la solidaridad que se impregna en toda la Constitución, no debería tolerar cualquier tipo de violación. Creo que el problema tampoco se soluciona al establecer la legitimidad activa del Defensor del Pueblo, que ha demostrado que es deficiente en el

litigio constitucional y la eficacia de las garantías no puede depender de la buena voluntad de la gente que ejerce los cargos públicos. Todos somos responsables de la eficacia constitucional.

Afortunadamente, como la ley debe leerse contextualmente con el resto de normas de la propia ley y del sistema jurídico, en los siguientes artículos de más adelante de la LOGJCC encontramos las normas que ayudan a interpretar el artículo sobre la legitimación activa, que impedirían leerlo de forma aislada y literal. En el artículo sobre el contenido de la demanda, se establece con claridad que el accionante podría ser una persona distinta a la víctima y que, por ello, tiene la obligación si supiere de informar sobre el lugar donde le notifican.²⁷ De igual modo, en el artículo que se regula sobre la comparecencia de la persona afectada, distingue otra vez la ley entre accionante y víctima como dos sujetos distintos.²⁸ Lo propio sucede en la audiencia, en la que puede participar el accionante y también la víctima.²⁹ Por tanto, cuando la ley habla de que solo pueden presentar las personas por sus derechos o sus representantes y apoderados, habrá que entender que representante es aquella persona que lo hace sin mandato a diferencia de apoderado, y que “representa” hasta que comparezca la víctima y ratifique o desapruebe lo actuado por este sujeto que actúa ad hoc.

3.3. La distinción entre derecho ordinario y constitucional

La justicia constitucional tiene semejanzas, en nuestro sistema jurídico, con la justicia ordinaria. Tanto la una como la otra protegen derechos, y aquí puede presentarse la primera confusión. La primera como la segunda tiene competencia para conocer ambas materias, y aquí encontramos la segunda puerta para la confusión. La clave imprescindible para aplicar la acción de protección de forma adecuada está en que las juezas y jueces distingan los dos tipos de derechos.

27 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, artículo 10, numeral 5.

28 *Ibid.*, artículo 11.

29 *Ibid.*, artículo 14.

Luigi Ferrajoli ha establecido con claridad una distinción entre lo que él llama “derechos patrimoniales”, que equivaldría a lo que nosotros denominaríamos “ordinarios”, y “derechos fundamentales”, que nosotros los llamaremos “constitucionales”. Entre estos derechos descubre cuatro diferencias.³⁰

1. Los derechos ordinarios son derechos reales y de crédito, vinculados con la propiedad, son derechos singulares, que pertenece a un titular determinado. Consecuentemente estos derechos excluyen, para el ejercicio y goce, a las personas que no son titulares. Los derechos ordinarios están en la base de la desigualdad. Los derechos constitucionales, en cambio, son todos los reconocidos en la “carta magna”, vinculados con las esencias del ser humano, son derechos universales, como tales tienden a un proceso inclusivo en el ejercicio y goce: todas las personas tienen todos los derechos. Los derechos constitucionales están en la base de la equidad.
2. Los derechos ordinarios son disponibles, negociables, alienables y hasta consumibles; se acumulan, se restringen o se los pierde por la voluntad de las personas. Los derechos constitucionales, por el contrario, son indisponibles, inalienables, inviolables, intransigibles; se los tiene y no aumentan ni disminuyen en cuanto a su titularidad, y en cuanto a su ejercicio si esto sucede sin justificación constituiría una violación. No cambian ni se acumulan. Una persona, en los anteriores, puede ser más pobre o más rico, pero en los constitucionales no puede ser más digno o libre que otra. Los derechos constitucionales están fuera de las decisiones políticas o de la oferta y demanda en el mercado.³¹

30 Ferrajoli, Luigi. *Derechos fundamentales y derechos patrimoniales*, pp. 29-35.

31 “En virtud de su *indisponibilidad activa*, no son alienables por el sujeto que es su titular: no puedo vender mi libertad personal o mi derecho de sufragio y menos aun mi propia autonomía contractual. Debido a su *indisponibilidad pasiva*, no son expropiables o limitables por otros sujetos, comenzando por el Estado: ninguna mayoría, por aplastante que sea, puede privarme de la vida, de la libertad o de mis derechos de autonomía”, Véase Luigi Ferrajoli, *op. cit.*, p. 32.

3. Los derechos ordinarios tienen por título actos singulares basados en acuerdos de voluntad; las normas que regulan estos derechos son hipotéticas, en las que se predispone los hechos y los efectos de los actos, y cuando se cumple una condición, la norma se aplica. En cambio, los derechos constitucionales están reconocidos en la Constitución y se basan en la dignidad;³² las normas son éticas, que imponen directa e inmediatamente situaciones, sin condiciones. En los primeros, para demandar judicialmente, tengo que demostrar que soy titular; en los segundos, en cambio, tengo que demostrar que existe daño.
4. Los derechos ordinarios son horizontales y los constitucionales son verticales. Los ordinarios se producen entre personas que tienen igual estatus jurídico (capacidad) y se regulan en el ámbito del derecho privado. En cambio, los derechos constitucionales suponen una relación de poder, que prohíben, limitan y obligan a quien lo detenta a favor del “más débil”.

Sigamos con las diferencias, porque –insisto– esto es clave para comprender la regulación legal, prevista en la LOGJCC.

5. Los derechos ordinarios son sin duda una conquista jurídica y política, que podría considerarse como la consagración del primer paradigma de dignidad en el mundo moderno.³³ Si entendemos a la dignidad como el principio por el cual se trata a los seres humanos “de acuerdo con sus voliciones y no en relación con otras propiedades sobre las cuales no tienen control”,³⁴ sin duda alguna los protagonistas de la revolución francesa tenían muy clara la voluntad de un grupo de personas y tenían conciencia del control de otro grupo al que estaban sometidos. Los derechos liberales se podrían restringir a la propiedad y a la seguridad, que fueron de libre configuración legislativa. En cambio,

32 Constitución del Ecuador, artículo 11, numeral 7.

33 Gaviria, Carlos. “El Estado social de derecho y la presión política para el cambio”, conferencia impartida el 6 de marzo de 2007, en las Jornadas de Debate Nacional “Los temas de la constituyente del enfrentamiento a la propuesta”. Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, del 6 al 8 de marzo de 2007.

34 Nino, Carlos Santiago. “El concepto de derechos humanos”. *Ética y derechos humanos*. Buenos Aires, Editorial Astrea, 2005, p. 46.

los derechos constitucionales, que reconocen los derechos liberales pero de forma condicionada, surgen por la emergencia de nuevos actores excluidos del modelo liberal, en particular los obreros, los campesinos, las mujeres, los afrodescendientes, los niños, niñas y adolescentes y las poblaciones indígenas. Allí encontramos los derechos del buen vivir, de las personas y los grupos de atención prioritaria, de los pueblos indígenas, de participación, de libertad, de protección y de la naturaleza. Los derechos humanos vincularán a las autoridades y limitarán los poderes públicos, y el legislativo no tendrá, entonces, libertad para configurarlos.

6. Para la protección de los derechos ordinarios se crea toda la estructura judicial, normas de carácter sustantivo y adjetivo. Quizá el principio rector de toda la organización estatal será la propiedad privada. La protección es individual, se requiere título para que proceda el derecho a ser tutelado y el objeto y las consecuencias son eminentemente patrimoniales y cuantificables en dinero. En cambio, la protección de derechos constitucionales, los intereses que se protegen son los que se conocerá como derechos humanos o derechos fundamentales en un contexto plural y diverso. La teoría caracterizará al conjunto de derechos como integrales e indivisibles. Si antes los intereses considerados generales eran los de una clase que ostentaba el poder, ahora son los de todas las personas, con o sin poder, en igualdad de condiciones y sin discriminaciones.
7. Los derechos ordinarios, que eran absolutos y únicos merecedores de protección, se tornan secundarios. Así la propiedad tendrá legitimidad si tiene función social; la libertad que era eminentemente negativa y que implicaba un estado abstencionista, se torna positiva y demanda un estado que interviene; la seguridad jurídica será tan relativa que se considerará que el derecho es dúctil, la seguridad de los burgueses podría ser la inseguridad de los pobres, y la seguridad de los pobres podría implicar la restricción de los propietarios; la igualdad formal y la democracia formal tendrá sentido en tanto cumple con lo sustancial, que no será otra cosa que la protección efectiva de los derechos humanos. La forma tendrá sentido siempre que se considere como una garantía de la sustancia y nunca al revés.

Lamentablemente estas distinciones no han sido tan evidentes y se ha distorsionado el uso de la acción de protección. Ha resultado, en la práctica, que quienes litigan para la protección de los derechos ordinarios, son los principales usuarios de las garantías constitucionales jurisdiccionales; y que quienes deben ser los destinatarios de las acciones constitucionales, ni siquiera saben que estas existen y son pocas las personas que litigan a su favor. Las acciones constitucionales de protección no fueron creadas para sustituir a las ordinarias o para ser un procedimiento rápido y eficaz de cobro de deudas o para evitar que estas se cobren. No. Ante este uso distorsionado dos caminos. Los jueces y juezas corrigen la práctica litigiosa o se establecen regulaciones legislativas. Lo primero, que es lo óptimo, no sucedió. Lo segundo, que debería ser cuidadosamente regulado para no caer en la restricción de derechos, fue lo que aconteció al expedirse la LOGJCC mediante la llamada “subsidiaridad”.

3.4. La subsidiaridad

Uno de los argumentos que más he escuchado para restringir las acciones constitucionales de protección de derechos es el abuso de los litigantes. Siempre me ha costado entender cómo se puede abusar de una acción si hay personas encargadas precisamente de evitar que eso suceda. Si se la invoca cuando hay violación de derechos, proceda de donde proceda, simplemente tiene que funcionar. Es más o menos como que se diga que los adolescentes abusan del alcohol o de las películas restringidas para su edad, porque se les vende alcohol y se les permite entrar al cine. La culpa no es del adolescente sino del expendedor de licores y de la persona que vende boletos en las salas de cine. No por esa falta de control se puede decir que ya no se comercialicen licores o se suspendan las funciones de cine para adultos. Igual sucede con las acciones de protección, todos los litigantes tienen derecho a presentar demandas por violación de derechos, otra cosa es que las juezas y los jueces las admitan sin distinción. El problema está en que los jueces no lo hacen y se acaban resolviendo, por la vía constitucional, asuntos que no deberían. Parecería, entonces, que hay que desarrollar la regulación para que los vendedores de licores y de entradas

de cine cumplan su labor adecuadamente. Esto, en lo que nos concierne, se reguló por medio del principio de subsidiaridad.

La subsidiaridad de la acción la encontramos en el capítulo de medidas cautelares y en el de la protección de derechos. En el primero se establece que no se puede solicitar las medidas cuando (1) existen vías administrativas y ordinarias, y (2) se interponga en la acción extraordinaria de derechos (esta no es propiamente subsidiaria sino una simple causal de improcedencia).³⁵ La lógica de esta restricción la encontramos en la explicación anterior. Lo óptimo hubiese sido establecer la salvedad de que las vías ordinarias no sean adecuadas ni eficaces.

En cuanto a la acción de protección de derechos, es subsidiaria cuando (1) el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz;³⁶ (2) se trate de derechos patrimoniales y contractuales y no existan vías ordinarias adecuadas y eficaces;³⁷ (3) la pretensión fuere la declaración de un derecho.³⁸

Hay, sin duda, un ánimo exagerado en evitar la confusión derecho ordinario-constitucional. Bastaba con establecer una norma genérica que establezca que cuando existieren vías ordinarias eficaces y adecuadas no cabrá la acción de protección.

Lo subsidiario significa que procede la acción constitucional de protección solo cuando no hay protección ordinaria o, existiendo esta, no fuere adecuada ni eficaz. Veamos someramente en los casos contemplados en la ley. (1) Los actos administrativos tienen procedimientos y tribunales propios, no conviene entonces constitucionalizar violaciones a derechos que tienen vía especial, de este modo se evita que la Corte Constitucional y la justicia constitucional resuelva problemas que tienen base legal administrativa y no directa ni exclusivamente constitucional, como los problemas laborales entre la administración pública y los servidores públicos. (2) Los contratos y los derechos patrimoniales, que están minuciosa y detalladamente regulados en el Código de Procedimiento

35 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, artículo 27.

36 *Ibid.*, artículo 42, numeral 4.

37 *Ibid.*, artículo 42, numeral 5.

38 *Ibid.*, artículo 42, numeral 6.

Civil y en el Código Civil, deben ser tramitados por la vía expresamente creada para estos fines; la salvedad sería de conflictos que tienen que ver con la propiedad colectiva de un pueblo indígena o con los contratos en los que se puedan ver afectados derechos a la salud, piénsese, por ejemplo, un contrato en el que se haya establecido la exclusividad de una medicina que, de no convertirse en genérica, cause miles de muertes en el país; en este último caso la discusión ya no es del derecho a la propiedad sino del derecho a la salud y a la vida y, por tanto, la vía sería la constitucional. (3) En la vía constitucional jamás se podría litigar para declarar la existencia de un derecho, puesto que la titularidad no se prueba ni se reconoce judicialmente, sino que se debe acudir a la vía ordinaria.

Habría que entender de estas regulaciones lo siguiente:

1. Siempre procede la acción de protección cuando se trata de derechos constitucionales; en estos casos no procede la subsidiaridad. Las acciones y los procedimientos ordinarios no fueron diseñados para proteger derechos constitucionales. La discusión procede cuando se trata de judicializar derechos ordinarios por las vías constitucionales.
2. El principio del Derecho Procesal Civil, por el que, cuando no existía vía específica en el Código de Procedimiento Civil, se deberá seguir la ordinaria, no se aplica para las acciones constitucionales sino exclusivamente para las acciones relacionadas con derechos patrimoniales o secundarios. Utilizar este mecanismo para rechazar acciones que tienen relación con derechos del buen vivir, por ejemplo, sería una gravísima distorsión de la Constitución y de la LOGJCC, que dejaría en la indefensión a las personas.
3. No procede la acción de protección cuando existen vías legales ordinarias diseñadas para tutelar los derechos ordinarios.
4. Procede la acción de protección para proteger el derecho constitucional a la tutela efectiva, cuando las vías ordinarias no son adecuadas ni eficaces. En estos casos no se protege directamente el derecho ordinario, sino el derecho fundamental a ser tutelado efectivamente.
5. Un recurso o vía judicial no es adecuado cuando no fue diseñado para proteger el derecho en cuestión; el Código de Procedimiento Civil fue diseñado para proteger la propiedad, la autonomía de la voluntad y el

cumplimiento de los contratos, por tanto, es la vía adecuada para proteger derechos ordinarios.

6. Un recurso o vía judicial no es eficaz cuando en la práctica no logra obtener los resultados que se esperaba, ya porque es lento o ya porque no protege el derecho.
7. La inadecuación o ineffectividad de la vía judicial ordinaria tiene que demostrarla quien la alega.

3.5. Las políticas públicas

Las políticas públicas tienen un lugar especial en la Constitución. El Plan Nacional de Desarrollo es uno de los instrumentos por medio del cual el estado garantizará los derechos de las personas, pueblos y colectividades.³⁹ Este se materializa, en orden de generalidad, en políticas, planes, proyectos.⁴⁰ Toda decisión del poder público que involucre uso de recursos, materiales o humanos, es una política o parte de ella. Siempre han existido políticas públicas y es por ello que se ha dicho que no tenía sentido constitucionalizar esta práctica, primero porque no era necesario y, segundo, porque se le atribuye competencias al ejecutivo para poder tomar decisiones con carácter general, como si fuera una especie de ley. Sin embargo, al dar rango constitucional al plan y a las políticas lo que se produce es un efecto limitador a estas competencias tradicionalmente discrecionales: (1) No puede ser cualquier política pública sino aquella que promueva y potencie los derechos reconocidos en la Constitución; al no regularla, se admitiría cualquier tipo de política, que va desde la clientelar hasta la francamente violadora de derechos; (2) la política pública, como cualquier acto que emana del poder estatal, está sujeta a control de constitucionalidad.

¿Cómo se manifiesta la política pública? Si es que proviene del legislativo, mediante leyes. Nadie podría negar, por ejemplo, que atrás de un Código penal existen fuertes decisiones ideológicas de política criminal; junto a una ley, hay la obligación de crear instituciones, disponer recursos,

39 Constitución del Ecuador, artículo 275.

40 *Ibid.*, artículo 280.

encaminar y orientar acciones. Si es que la política pública, como suele ser común por manejar las finanzas y la economía de un estado, proviene del Ejecutivo, se manifiesta mediante actos administrativos.

Las políticas públicas tienen especial relevancia para los derechos del buen vivir, porque estos suelen tener énfasis en la actividad promotora de derechos por parte del estado. Todos los derechos del buen vivir requieren de políticas públicas explícitas para su cabal realización.

El control constitucional de las políticas públicas se puede hacer desde la acción de protección de derechos y desde la acción pública de inconstitucionalidad. En el primer caso, se requiere que siempre exista una violación de derechos personal, colectiva y hasta difusa, por acción o por omisión; por ejemplo, hay violación de derechos por omisión, y de manera difusa, cuando el estado no hace control sanitario adecuado de los productos de consumo masivo; hay violación de derechos por acción, de manera colectiva, cuando los estudiantes en edad escolar reciben clases con estereotipos racistas o patriarcales. En el segundo caso, procede la acción de inconstitucionalidad cuando, no existiendo violación de derechos, la política contraviene algún precepto constitucional, cuando, por ejemplo, se disponen fondos públicos atentando contra los procedimientos o controles constitucionales. La característica de general y abstracto para distinguir si cabe la acción de protección o la de inconstitucionalidad, no es un criterio válido. Las políticas públicas suelen ser generalmente decisiones con carácter general y abstracto. El elemento que las distingue es el efecto en los derechos: si hay violación a un derecho constitucional, acción de protección; si hay violación a norma constitucional, que no reconoce un derecho, acción de inconstitucionalidad.

3.6. La direccionalidad del proceso, la oralidad y las formalidades

Una de las novedades procesales que encontramos en la ley es sobre el rol activo del juez o jueza, en lo que se ha denominado la direccionalidad del proceso:

La jueza o juez deberá dirigir los procedimientos de forma activa, controlará la actividad de los participantes y evitará las dilaciones innecesarias. En función de este principio, la jueza o juez podrá interrumpir a los intervinientes para solicitar aclaraciones o repreguntar, determinar el objeto de las acciones, encauzar el debate y demás acciones correctivas, prolongar o acortar la duración audiencia.⁴¹

Ya no cabe ese rol ausente, física o “espiritualmente”, del juez o jueza. Jamás podré olvidar, cuando litigaba en derecho constitucional en la Clínica de Derechos Humanos de la PUCE, la forma insensible y casi inclemente de las juezas y jueces. En una audiencia en la que estábamos pidiendo que el Ministerio de Salud proporcione antirretrovirales a unas personas portadoras de VIH, que si no los recibían estaban expuestas a morir, el juez inauguró la audiencia, advirtiéndome que seamos breves y que no hay réplica, y se fue a despachar otros juicios. Cuando el hospital presentó un documento en el que había un listado de medicinas y ahí constaba que los antirretrovirales no existían, como evidencia de que el hospital tiene medicamentos, pedí, casi rogando, que el juez me dé mi derecho a la réplica. La jueza o juez deben escuchar con atención y olvidarse que, sentados en su despacho, en la soledad, leerá el expediente y resolverá, si es que, peor aún, no delega al secretario o amanuense para que haga un proyecto de sentencia. La jueza o juez debe dictar sentencia solo cuando se haya hecho criterio en la audiencia y en ese mismo acto procesal.⁴² Sin duda la mejor forma de instaurar la oralidad es obligando al juez o jueza a decidir en el acto. No tiene otra salida que escuchar, preguntar cuando no entienda, interrumpir cuando los argumentos son repetitivos o vacuos (para impresionar al cliente). El recurso más escaso en la administración de justicia no es el dinero, los despachos, las computadoras, es el tiempo. Nada más saludable para la administración de justicia que dotar de los poderes suficientes para que los litigantes no le hagan perder el tiempo al juez o la jueza, o para que, por el contrario, dé el tiempo necesario o suficiente a los casos que sean de violación de derechos y revistan de particular gravedad o importancia.

41 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, artículo 4, numeral 6.

42 *Ibid.*, artículo 14.

De la mano de estas normas, está aquella que faculta al juez o jueza a corregir o a impulsar una sanción a la parte que abuse del derecho y que, de mala fe, interponga acciones o desnaturalice el objetivo de las acciones.⁴³

Las juezas y los jueces que apliquen la ley adecuadamente, se darán cuenta que más tiempo ganan resolviendo en audiencia, que postergando la decisión para “estudiar” el caso que era parte de la tradición inquisitiva. Los problemas jurídicos constitucionales, si bien a veces requieren una alta dosis de complejidad particularmente en los casos que la doctrina les llama “difíciles”, requieren una buena dosis de sentido común. Las violaciones de derechos humanos, como cualquier otro conflicto, se resuelve escuchando y entendiendo el problema de las personas. La forma jurídica, en un estado constitucional de derechos, es una garantía para el cumplimiento de los fines procesales, debe ocupar su lugar. No cabe que por omisiones de cuestiones de forma, se sacrifique la justicia.⁴⁴

En un caso en el que, mediante amparo, reclamábamos a un hospital psiquiátrico que informen sobre el paradero de una persona internada, por cuestiones ajenas a mi voluntad (un accidente de tránsito), llegué a la audiencia cinco minutos más tarde. Estaba ahí el director del hospital demandado, una persona representante de la procuraduría, el juez y hasta la mamá de la víctima. Yo le decía al juez que hagamos la audiencia porque estábamos todas las partes y que lo importante era resolver el problema y no la hora judicial. El juez declaró abandonado el recurso, a pesar de haber obtenido una certificación del accidente por parte la Policía. Típico ejemplo en el cual la forma importa más que el fondo. Inadmisibles en un estado constitucional de derecho y por parte de un juez que debe ser garante de los derechos. Juez pasivo, insensible y ajeno a su deber jurídico y social. Por actitudes como estas, la función judicial tiene mala percepción de parte de la ciudadanía. El culto a la forma y a lo escrito debe ser desechado y superado.

⁴³ *Ibid.*, artículo 23.

⁴⁴ *Ibid.*, artículo 4, numeral 7.

3.7. La prueba

Hay una institución novedosa en el derecho procesal constitucional que conviene no confundirla con categorías tradicionales. Esta es la “comisión para recabar pruebas”.⁴⁵ La inspiración de esta institución fue las famosas *visitas in loco* o *in situ*, que pueden hacer los mecanismos de protección internacional de derechos humanos.⁴⁶ La lógica es la siguiente. Cuando se requiera percibir un hecho por parte del órgano, este puede formar una comisión para percatarse del hecho. Por ejemplo, cuando en el año 2004 tuvimos en Ecuador la crisis por la destitución inconstitucional de todo el Tribunal Constitucional y de toda la Corte Suprema de Justicia, el relator de Naciones Unidas para la independencia judicial, desde Ginebra, hizo una visita in situ al Ecuador. En menos de tres días se entrevistó con autoridades, organizaciones de la sociedad civil, magistrados y vocales destituidos, grupos de opinión y otros, y produjo un informe en el que declaró que había existido una violación a la independencia judicial. Lo mismo podría hacer un juez o jueza. Podría ir personalmente o enviar a una persona de confianza para que, en el lugar de los hechos, constate la violación de forma integral.

No es una comisión conformada por peritos o expertos, que deben rendir o producir un informe bajo juramento. No es la lógica del procedimiento civil o penal, que es una prueba rígida, sujeta a formalidades. La comisión la integra el propio juez o jueza, o alguna persona que goce de la confianza del mismo, que podría ser el secretario, un asesor, un profesor o profesional cercano. La idea de la visita no es sentar un acta por cada persona a la que se le escucha, sino formarse criterio escuchando interactivamente a los actores. Por ejemplo, en el caso narrado anteriormente sobre la persona perdida en el hospital psiquiátrico, en una típica audiencia el director del hospital diría que no sabe qué pasó, la procuraduría afirmaría, como siempre, que deseché la demanda por no haber fundamentos, y el demandante pondría el drama en su más espectacular clímax. Ese es el típico caso en el que el juez o una persona o grupo de personas, en

⁴⁵ Constitución del Ecuador, artículo 86, numeral 3.

⁴⁶ Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 48, numeral 2; Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, artículo 40.

una visita in situ podría formarse criterio para resolver: qué dice la enfermera, cuál es la infraestructura del lugar, ver las hojas clínicas, revisar los registros, qué cuentan los otros pacientes, qué pueden decir los parientes de las visitas, qué han visto las personas de la limpieza.

En un caso interesante que se litigó en Cuenca, sobre unas personas discapacitadas que consideraban que los torniquetes de los buses de transporte público atentaban contra su libertad de movimiento, el juez ordenó una comisión al estilo peritaje, cuando lo óptimo quizá hubiera sido que él se suba a un bus, imagine qué experimenta una persona discapacitada con silla de ruedas y perciba si el torniquete le afectaba o no.

3.8. El cumplimiento

La eficacia de una acción de protección no solo se mide por lo persuasivo y bien argumentado de la sentencia, sino en su eficaz cumplimiento. C. M. Berinstain⁴⁷ cuenta que una de las sentencias que es considerada como un hito a nivel internacional, por la calidad de los argumentos, es la conocida en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos como “*Awas Tingni vs. Nicaragua*”. Efectivamente, a nivel judicial, es una de las sentencias que rompe con el paradigma de la propiedad individual por el de la propiedad colectiva, y reta al estado a establecer medidas para adecuar su sistema jurídico y político para proteger la propiedad de los indígenas que habitaban una zona en la que existía explotación maderera. Sin embargo, Berinstain se sorprendió cuando al visitar la comunidad indígena no solo que la sentencia, años más tarde de haberse expedido, no se había cumplido sino que los propios beneficiarios no sabían que existía. El estado no había movido un pelo para ejecutar la maravillosa sentencia. De este caso, algunas lecciones: (1) las resoluciones tienen que ser de posible cumplimiento, y (2) tienen que ejecutarse, una vez adoptada, por cualquier medio adecuado.

47 Sobre el impacto de las reparaciones y sobre su relación con pueblos indígenas, véase Berinstain, Carlos Martín. *Diálogos sobre la reparación: qué reparar en casos de violaciones a los derechos humanos*. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, pp. 436-452.

1. Lo perfecto es enemigo de lo posible en casos de reparaciones. Pero no por ser de difícil reparación una violación de derechos, los jueces y juezas deben sacrificar el deber de volver lo más posible a la situación anterior a la violación de derechos. El límite entre lo imposible y lo más cercano a la reparación integral no es fácil de marcar. Conviene que la jueza y juez conozca las realidades y máximas potencialidades de las entidades o personas contra las que se va a dictar una sentencia. Por ejemplo, cuando la Corte decide que el estado debe abastecer de agua de forma permanente a una comunidad, el plazo para la construcción del sistema de agua debe ser técnicamente determinado y posible. La exigibilidad de políticas públicas, en casos como políticas de vivienda, de salud, de acceso universal de educación, requieren de una labor coordinada entre los poderes (tal como aconteció, según contamos, en la famosa época Warren en los EE. UU.). Ningún favor se le hace a las víctimas elevando los niveles de reparación hasta un punto en el que, por las condiciones de un país o municipio, sea imposible satisfacer; como tampoco, en el otro extremo, se saca disponiendo reparaciones meramente simbólicas que no requieren esfuerzo alguno de la entidad demandada. La ley establece una disposición general, denominada modulación de la sentencia,⁴⁸ por la que la jueza o juez en su resolución del caso deben pensar el tiempo, la materia y el espacio para que la sentencia sea viable y satisfaga las necesidades de justicia. Ya no es tan fácil como en el sistema legal de derecho en la que, probado el supuesto de hecho de una norma, la obligación estaba prevista en la misma norma. En materia de derechos, la forma de la obligación debe ser construida judicialmente y específicamente para el caso. Ni la utopía ni la indiferencia judicial.

2. El cumplimiento de la sentencia está regulado en la ley.⁴⁹ Algunas hipótesis encontramos en la regulación: cumplimiento inmediato y cumplimiento en el tiempo. En cualquier caso hay cuatro medidas que pueden tomarse: (1) las medidas que sean adecuadas, (2) el uso de la fuerza pública, (3) la destitución de la persona servidora pública, (4) la sanción disciplinaria, (5) el seguimiento.

La primera de todas, como casi todo el procedimiento, requiere de juezas y jueces creativos y comprometidos. Si este fuera el caso, no haría falta

48 “Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional”, artículo 5.

49 *Ibid.*, artículo 21.

enumerar las siguientes, que se subsumirían en esta norma. Una norma parecida ya existía en la Ley de Control Constitucional pasada, pero nunca o excepcionalmente fue utilizada. Las sentencias no se cumplen por arte de magia, peor en lugares como nuestro país en el que las violaciones a derechos son toleradas al punto de no recibir sanción alguna los perpetradores.

En uno de los casos enunciados, mediante amparo el juez ordenó dar medicamentos inmediatamente a las personas portadoras del VIH-Sida. La dotación de medicamentos se entregó durante tres meses. Luego, sin explicación alguna, dejaron de darles. Cuando acudimos adonde el juez para que “tome cualquier medida adecuada”, este se limitó a expedir una providencia, que la despachó tres semanas después de tanta insistencia, en la que decía “bajo prevenciones legales, cumpla con la resolución”. O sea, un papel que no servía de nada. ¿Cuál sería una medida adecuada? Quizá llamar por teléfono a la directora o ministra de salud y advertirle que, si inmediatamente no da las medicinas, ordenaría la destitución; quizás ordenar a la fuerza pública que obligue al encargado de almacenar las medicinas para que las entregue. Quizá denunciar por la prensa a la persona servidora pública negligente. Quizá comunicarse con el Presidente de la República para que le ordene a la ministra que cumpla con la sentencia. Quizá disponer que el Defensor del Pueblo visite inmediatamente a la ministra.

Lo cierto es que, a diferencia de los otros juicios que terminan con la sentencia, estos procedimientos no acaban si es que no se ha ejecutado cabalmente la sentencia. Algo parecido sucede con las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que no pueden cerrarse los casos si es que los estados no cumplen a satisfacción de las víctimas y de la Corte la sentencia.

Todo este artículo, que no agota ni profundiza todos los retos que nos plantea la Constitución y la Ley de Garantías, tiene como objetivo demostrar que estamos ante un nuevo paradigma en la acción de protección de derechos, que afecta aspectos teóricos, procesales y prácticos del quehacer judicial. Estamos obligados a actualizar nuestros conocimientos y también nuestro compromiso como servidores públicos o judiciales para estar a la altura en el cumplimiento de la promesa de los derechos, que tanta falta les hace ejercer a una gran mayoría de personas que habitan en nuestro país.

IV. Bibliografía

- Alexy, Robert. “Los derechos fundamentales como derechos subjetivos”. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- Ávila Santamaría, Ramiro. “El amparo constitucional: entre el diseño liberal y la práctica formal”. *Un cambio ineludible: la Corte Constitucional*. Quito, Tribunal Constitucional del Ecuador, 2007.
- Berinstein, Carlos Martín. *Diálogos sobre la reparación. Qué reparar en casos de violaciones a los derechos humanos*. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- Bolívar, Ligia. “Derechos Económicos Sociales y Culturales: Derribar mitos, enfrentar retos, tender puentes. Una visión desde la (in)experiencia de América Latina”. *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, vol. V. Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), 1996,
- Ferrajoli, Luigi, “Derechos fundamentales y derechos patrimoniales”. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid, Trotta, 2001.
- Gaviria, Carlos. “El Estado social de derecho y la presión política para el cambio”, conferencia impartida el 6 de marzo de 2007, en las Jornadas de Debate Nacional: “Los temas de la constituyente del enfrentamiento a la propuesta”. Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, del 6 al 8 marzo 2007.
- Nino, Carlos Santiago. “El concepto de derechos humanos”. *Ética y derechos humanos*. Buenos Aires, Editorial Astrea, 2ª ed., 2005.
- . Introducción. *Ética y derechos humanos*. Buenos Aires, Editorial Astrea, 2ª ed., 2005.

Normas

- Código Orgánico de la Función Judicial.
Constitución del Ecuador, 2008.
- Convención Americana de Derechos Humanos. Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

El estado como garante de derechos: retos para una nueva institucionalidad

I. Introducción

Los retos de una nueva institucionalidad estatal para la protección de los derechos humanos serán abordados desde tres ideas preliminares: (a) la conceptualización de los elementos constitutivos de una institucionalidad, (b) el proceso de su construcción, y (c) los paradigmas históricos que la contextualizan, los que serán descritos en la primera parte de este ensayo.

En un segundo momento retrataremos, con los elementos conceptuales determinados en la primera parte, la institucionalidad en el estado liberal o estado legal de derecho. En la tercera parte, intentaremos demostrar que la institucionalidad de lo que debería ser el estado social de derecho o estado constitucional democrático todavía no está a la altura de las exigencias que emanan de las promesas de los derechos humanos.

El objetivo de este ensayo es tratar de señalar algunas falencias que tiene la institucionalidad actual y sugerir algunas pistas para lograr una nueva que sea acorde con los derechos humanos. Sugeriremos al final que, para asumir los retos de una nueva institucionalidad, no debemos descuidar el generar paradigmas conceptuales, bajo la premisa de que las ideas y la movilización social pueden generar cambios que alteren realidades opresoras y excluyentes.

II. Ideas preliminares

2.1. Elementos constitutivos de la institucionalidad

La “institucionalidad” será entendida en este ensayo como un conjunto complejo e interrelacionado de tres elementos: (1) una ideología que sustenta y justifica un sistema normativo que, a su vez, crea una organicidad, que lo llamaremos genéricamente “saber”, (2) un sistema normativo, al cual denominaremos “Derecho”, y que responde directamente a un “saber”, y (3) la institucionalidad propiamente dicha, que es la estructura que se genera con el objeto de aplicar el Derecho, a la cual denominaremos genéricamente “órganos”. En un estado de derecho, no pueden existir órganos que no provengan de las normas, por el principio de legalidad, y no pueden existir normas sin un paradigma conceptual. En otras palabras, los saberes generan derecho, el derecho crea órganos, los órganos reproducen saberes y crean normas, y se genera un círculo de interacción entre estos tres elementos.

2.1.1. Los saberes

El objeto de cualquier área de interés y de investigación del ser humano solo es posible por las relaciones de poder y por las técnicas de conocimiento, que se apropian del objeto. Michael Foucault sostuvo insistentemente que “los saberes” (*knowledge*) crean poder y que el poder no puede sostenerse sino es a través del “saber”. Foucault pone como ejemplo el control del cuerpo de un niño, que está sujeto a varios saberes y disciplinas tales como la pedagogía, la pediatría y la criminología positivista. Las personas adultas ejercemos poder sobre las niñas y los niños. Por el saber, entonces se ejerce poder.¹ En el plano de lo político-social, no es casual que los centros de poder, en cualquier momento histórico, tengan relación directa con la acumulación y la reproducción del conocimiento. El discurso del poder “no sólo persigue escribir

1 Véase, Foucault, Michael. *The History of Sexuality. An introduction*, vol. I. New York, Vintage Books Edit., 1990, p. 98.

papeles y decir palabras sino que tiene una misión política [...] todo acto discursivo (toda forma de conocimiento) es un acto de poder”.²

Actualmente, por ejemplo, nadie podría dudar que EE. UU. sea la principal potencia mundial³ y que tenga las universidades mejor dotadas en profesores e infraestructura. En la Edad Media, y de esto testifican los escritos de Umberto Eco,⁴ se concentró el conocimiento en las bibliotecas de los conventos religiosos, cuando el poder de la iglesia católica era inmenso. En la Edad Antigua, la quema de la biblioteca de Alejandría no fue solo la quema de un edificio, fue la quema de una fuente del poder.⁵ Igual sucedió en la quema de libros en la Alemania nazi,⁶ y fue la misma idea que motivó toda la persecución en la época de la Inquisición por tener libros prohibidos.

Paulo Freire, uno de los más grandes pedagogos de nuestro continente, sostenía en su paradigma dialógico de liberación, que la investigación y la acción son indisolubles. Para Freire, el activismo sin conocimiento es tan inútil (dar palos de ciego, decía él) como el conocimiento sin activismo. La conjunción del saber con la acción da como resultado el acto creador que libera al oprimido.⁷

2 Anitua, Gabriel Ignacio. *Historias de los pensamientos criminológicos*. Buenos Aires, Editores del Puerto, 1ª reimp., 2006, p. 5.

3 Véase Zolo, Danilo. *La justicia de los vencedores, de Nuremberg a Bagdad*. Madrid, Trotta, 2006, p. 112.

4 En el libro de Umberto Eco, *El nombre de la Rosa*, el tema central de libro gira alrededor del acceso al conocimiento, que se concentra en una biblioteca medieval.

5 “Todo cambiaría cuando en el año 643 los árabes tomen Alejandría, quemando la famosa biblioteca con buena parte de la sabiduría helenística”. Véase Dussel, Enrique. *Política de la liberación, historia mundial y crítica*. Madrid, Trotta, 2007, p. 84.

6 “[...] las sedes de los partidos comunistas fueron atacadas y sus bibliotecas destruidas, como así también el Reichstag (parlamento alemán), que fue incendiado junto con todos sus archivos. Pocos días después de esto, el partido envió a las organizaciones estudiantiles nazis un memorándum que proponía la destrucción de todos aquellos libros peligrosos que estuvieran en las bibliotecas de Alemania. Así fue como la noche del 10 de mayo de 1933, estudiantes de la Universidad Friedrich-Wilhelm, de Berlín, llegaron a la Plaza Bebelplatz en camiones donde transportaban miles de libros obtenidos de la purga realizada en las bibliotecas públicas y de la misma universidad. Se trataba en su mayoría de obras escritas por autores judíos o considerados de ideología subversiva, como Marx, Freud, Brecht y Zweig, incluidos en las listas negras nazis por ser “contrarios al espíritu alemán”. Una vez en la plaza, se levantaron hogueras donde se arrojó los libros, mientras una muchedumbre entusiasta vitoreaba a los manifestantes”, en Educyt, “10/05/1933 Grupos nazis queman en Berlín libros considerados subversivos”, Año 6, n.º 224, 3ª sección, 9 mayo 2003. Internet. <http://web.fcen.uba.ar/prensa/educyt/2003/ed224c.htm>. Acceso: 2 julio 2008.

7 Freire, Paulo. “La teoría de la acción dialógica y sus características”. *Pedagogía del oprimido*. México, Siglo XXI, 53ª ed., 2000, pp. 176-240.

Latinoamérica ha sido reproductora de conocimiento y nos ha costado crear conocimiento que pueda llegar a considerarse como poder. Nuestro conocimiento ancestral no ha podido ser sistematizado y socializado. Nuestras investigaciones académicas no son rigurosas, y las que existen son pocas. Sobre el trabajo académico, el filósofo argentino Enrique Dussel ha sostenido que la práctica ha sido la elaboración de un discurso “necesariamente ideológico, encubridor, justificante de la dominación”.⁸ Nuestro interés y nuestra mirada científica ha sido dirigida hacia el centro y no hacia Latinoamérica. “Lo latinoamericano anda suelto, desborda su territorio, va a la deriva en rutas dispersas [...], lo latinoamericano no es una esencia, y más que una identidad es una tarea”.⁹

Los saberes, las ideas, el conocimiento producen hechos, construyen, justifican, critican o movilizan realidades, determina institucionalidad. Uno de los productos de los saberes es el Derecho.

2.2. El Derecho

El Derecho, cualquier derecho, es un conjunto de normas que tiene como objetivo regular las relaciones entre sujetos y ser un mecanismo para ejercer control social sobre un grupo humano. El Derecho, siguiendo la línea de Foucault, es un instrumento más del poder. El saber “se organiza alrededor de la norma, establece qué es normal y qué no lo es, qué cosa es incorrecta y qué otra cosa es correcta, qué se debe o no hacer”.¹⁰

El Derecho, que tiene vigencia en Latinoamérica, tiene una fuerte inspiración continental-europea y lo que hemos hecho es adaptarlo a nuestras realidades, aunque, como sostiene Diego López, en esa adaptación existe originalidad y creatividad (aunque también distorsión entre lo producido y lo comprendido).¹¹

8 Enrique Dussel, *op. cit.*, p. 464.

9 García Canclini, Néstor. *Latinoamericanos buscando lugar en este siglo*. Buenos Aires, Paidós, 2002, pp. 20 y 32.

10 Foucault, Michel. *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona, Gedisa, 2ª ed. corregida, 2003, p. 105.

11 Véase López Medina, Diego Eduardo. *Teoría impura del Derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá, Legis, 3ª reimp., 2005.

Al Derecho, con mayúscula, lo entenderemos no solo como la norma expedida por una autoridad estatal que tiene competencia para ello, sino como un componente importante de la institucionalidad que tiene relación directa con la cultura, con la política y con la moral dominante. En la famosa metodología de la investigación de Alda Facio, se propone esta interrelación constante entre el componente estructural, cultural-político y normativo del Derecho.¹² El Derecho, entonces, es algo vivo, creado, interrelacionado y modificable.

2.3. Los órganos

Los órganos son la materialización del Derecho, que se encargan de su aplicación, y constituyen la institucionalidad propiamente dicha. Las ideas y el Derecho, para ser aplicadas eficazmente, requieren de una institucionalidad que las garantice. En un estado de derecho, este legitima a la autoridad, que encarna la institucionalidad, y la autoridad aplica el Derecho.

Por órganos comprenderemos no solo a las autoridades y personas que actúan representando al estado o con su aquiescencia, sino todo el aparato burocrático que tiene competencias, recursos y ejerce poder sobre las personas. Los órganos son, por ejemplo, las funciones del estado, los ministerios, las instancias públicas; en suma, los órganos son los componentes del estado que toman decisiones y actúan reforzando el *establishment* o alterándolo.¹³ Los órganos tienen que tener una cualidad para ser considerados dentro de esta comprensión de la institucionalidad: deben estar vinculados por el Derecho.

Los órganos están interrelacionados con los otros elementos enunciados: los órganos crean derecho y quienes los representan tienen saberes previos a ejercer autoridad.

12 Véase Facio, Alda. "Metodología para el análisis de género del fenómeno legal". *Género y Derecho*. Alda Facio y otra. México, American University, 2003, pp. 99-136.

13 La distinción entre órgano y organismo, propia del Derecho Administrativo, es irrelevante para efectos de la idea que desarrollamos.

2.4. El proceso de construcción de institucionalidad

Elizabeth Badinter,¹⁴ al describir al movimiento feminista en la historia, sugiere un proceso histórico que nos permite utilizarlo para la construcción de institucionalidad. Este proceso lo sintetizamos de la siguiente manera: (1) existe una realidad en la que objetivamente encontramos relaciones de sumisión-opresión; (2) la realidad es comprendida desde la experiencia y la razón, que es lo que podría denominarse conciencia; (3) la racionalización de la experiencia se manifiesta por medio de discursos y saberes; (4) los saberes, cuando son compartidos, movilizan social y políticamente; (5) la organización social canaliza el sentimiento de injusticia hacia la demanda al estado o a quien tiene poder, para alterar la realidad de opresión; (6) la demanda, cuando no puede resolverse mediante la institucionalidad, porque no hay respuestas en el saber oficial, no hay normas jurídicas o no hay órgano capaz de dar soluciones, genera crisis; (7) ante la crisis, dos alternativas: dar un paso atrás, fortalecer el discurso y la práctica hegemónica por medio de la represión o persuasión, o dar un salto hacia delante, que implica difundir el saber alternativo, crear nuevo derecho y nuevas instituciones. Por ejemplo, siguiendo a Badinter, coloquémonos en el siglo XVIII en Francia. La realidad de la época –como sucede aún en nuestro tiempo– fue la de una estructura social y política patriarcal: las mujeres eran excluidas y los hombres eran los únicos que ocupaban el espacio de lo público. La conciencia de exclusión se manifestó por intermedio de grupos de mujeres que se juntaron para hablar de sus experiencias comunes y hasta de un movimiento de hombres, que se los denominó “los preciosos”, que surgió después de constatar que a los hombres les estaba vedado manifestar rasgos femeninos. Las formas de demanda se reflejaron tanto en la formulación de una Declaración de derechos de la mujer y en la feminización de hombres en espacios públicos. Sin duda, los comportamientos femeninos por parte de hombres y masculinos por parte de las mujeres debieron de haber generado más de una crítica. ¿Un paso adelante o uno hacia atrás? En 1804 se expide en Francia, un año antes de que

14 Badinter, Elisabeth. “El enigma masculino (la gran X)”. *XY la identidad masculina*. Bogotá, Editorial Norma, 1993, pp. 15-56.

Napoleón se corone a sí mismo como Emperador, el Código Civil. La regulación de las personas y de la familia será determinante en la resolución de la crisis. Los hombres son capaces y las mujeres están confinadas al espacio considerado privado. Es decir, Francia dio un paso atrás.

En la historia de la humanidad, siempre que hay crisis, la primera opción de los grupos de poder es fortalecer el *establishment*. Sin embargo, y muy a pesar de quienes ejercen arbitrariamente cualquier poder, la humanidad también da saltos hacia adelante. La prueba está en la evolución del Derecho y del estado, en las conquistas de los derechos humanos por parte de las personas trabajadoras, mujeres, niños, niñas y adolescentes, indígenas, discapacitados. Las crisis generadas por los diversos movimientos de derechos humanos han logrado, sin duda alguna, importantes reformas normativas y jurisprudenciales en muchos países.

2.5. Los paradigmas de la institucionalidad

Todo paradigma conceptual y cualquier marco teórico son por esencia, cuando se aplica a la realidad, incompletos y relativos. Por el espacio y por el tiempo, la caracterización que a continuación haremos de los paradigmas será caricaturesca. Esperamos, sin embargo, que tengan utilidad para reflexionar sobre la institucionalidad y los derechos humanos.

Los paradigmas que hemos escogido, y sobre los cuales existen esbozos en otros documentos previamente escritos,¹⁵ son el paradigma liberal y neoliberal y el paradigma social o constitucional democrático (las palabras pueden tener distintas connotaciones, pero las usamos con un mismo sentido). Al utilizar estos paradigmas se pretende ubicar el análisis en un contexto histórico y filosófico, y explicar los fundamentos que justifican la existencia de determinadas instituciones. Estos paradigmas serán descritos en los siguientes acápite.

15 “El amparo constitucional: entre el diseño liberal y la práctica formal”, en *Un cambio ineludible: la Corte Constitucional*. Quito, Tribunal Constitucional del Ecuador, 2008; “Las garantías de los derechos humanos en tiempos de constitucionalismo: propuestas de Reforma a la constituyente”. *Revista de Derecho, Foro*, 7, 2007; “Justicia constitucional y derechos humanos”. *Revista de Derecho Foro*, 4. Quito, Universidad Andina Simón Bolívar/ Corporación Editora Nacional, 2005.

Nos encantaría proponer un paradigma alternativo, basado en un saber alternativo y proveniente de la periferia. Sin embargo, no tenemos los conocimientos para ello y, además, pecaríamos de ingenuos. Nadie podría dudar de que la estructura política de nuestros gobiernos y la base epistémica del pensamiento hegemónico en Latinoamérica es tributaria del pensamiento continental europeo, greco-romano. Por ello, creemos necesario remontarnos al pensamiento liberal clásico para tratar de entender cual es la fuente de conocimiento que creó las normas jurídicas y las instituciones que aún perduran en la Latinoamérica del Siglo XXI.

III. El paradigma liberal y neoliberal

3.1. El saber

El liberalismo clásico es una construcción de pensamiento complejo. Como todo conjunto estructurado de ideas que ha incidido tan determinante en las sociedades, es un pensamiento que abarca todos los ámbitos de la vida. Los pensadores clásicos liberales (Montesquieu, Rousseau, Diderot, Voltaire, entre otros) generaron todo un saber que provocó la Revolución francesa.

La Revolución Francesa es la máxima expresión de una crisis social y política, que se venía gestando muchísimos años atrás, y que definitivamente, al menos en el campo teórico, logró hacer indefendible las teorías que sustentaron al *Ancien Régime*.¹⁶

Siguiendo con el esquema sugerido por Badinter, el poder estaba concentrado en una sola voluntad o clase social, que eran los aristócratas (incluida en esta clase la iglesia católica). La monarquía concentraba todo el poder. Lo que ahora conocemos como la administración del estado, la justicia y el parlamento, como poderes autónomos e independientes, en aquella época no existía. La administración de justicia, por ejemplo, como cuenta Foucault en su *Vigilar y castigar*, se ejercía mediante la compra de

16 Véase sobre el relato histórico, con detalle, Capella, Juan Ramón. *Fruta prohibida, una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y el estado*. Madrid, Trotta, 3ª ed., 2001.

títulos que emanaban de los monarcas.¹⁷ El pensamiento que sustentaba el poder absoluto se basó en el iusnaturalismo teológico. La legitimidad del poder político y religioso, que estaba confundido en un solo poder, se explicaba por la determinación divina de los monarcas y papas.

Si uno utiliza, por ejemplo, el diagnóstico de aquella época sobre la monarquía, la fuente de todos los males proviene de la concentración del poder. La gran teoría de Rousseau será la racionalización del concepto de soberanía del estado. La soberanía radica en el pueblo y no en una clase social ni en dios. La soberanía se va a expresar por medio de la voluntad general del pueblo, que se manifestará en la deliberación de las personas dotadas de cierta capacidad. Las personas consideradas capaces para determinar la voluntad general serán las ciudadanas. Estos tendrán legitimidad para crear leyes, someter a la autoridad administrativa y determinar el resultado de los conflictos sometidos a los jueces.¹⁸ El concepto de soberanía complementará la teoría liberal en el ámbito externo. Los estados podrán ejercer total control interno y ningún otro estado podrá meterse en sus decisiones. Finalmente, para completar el saber legitimador, ninguna idea mejor que el contrato social, que es un pacto hipotético entre las personas que habitan en una nación, y en el que todas ceden algo de su libertad para poder tener seguridad. Sin el contrato social, que caracteriza a una sociedad civil, la humanidad viviría en un estado de naturaleza, y en el que pueden suceder dos situaciones: los seres humanos son lobos entre sí (Hobbes) o reinará la arbitrariedad y la imposición de una clase que es la que puede ejercer sus libertades negando las de otros (Locke).

El iusnaturalismo, durante la Revolución francesa, continuó siendo el pensamiento dominante, pero basado ya en la racionalidad. La razón puede develar e interpretar las leyes de la naturaleza. Tal será la idolatría en la Francia revolucionaria, que las iglesias católicas se convertirían en templos de la razón.¹⁹

17 Foucault, Michel. *Surveiller et punir*. Gallimard, 2005 (1975), p. 93.

18 Véase Rousseau, Jean-Jacques. *El contrato social*. Bogotá, Panamericana Editorial, 1996, pp. 45-47 y 167-170.

19 La iglesia de Notre Dame dejó de ser iglesia católica para convertirse en un templo de la razón. La réplica latinoamericana la encontramos en Guatemala. No podemos dejar de recordar un templo de la razón en un pueblo llamado Salamá, en una región de mayoría indígena Maya-Achí, construido por Ubico: un reflejo liberal francés en Latinoamérica.

En cuanto a las ideas, que en ese momento eran subversivas (cabe recordar que la familia de Rousseau fue exiliada por motivos de persecución religiosa,²⁰ la “Defensa del Espíritu de las leyes” de Montesquieu fue catalogado como libro prohibido por la Iglesia),²¹ el liberalismo sostendrá como pilares de su “saber” el principio de la libertad y el de la propiedad.

Los seres humanos nacen y son libres. En estado de naturaleza, afirmará Locke, todos somos libres.²² El problema está en que, en el uso de la libertad, unos pueden oprimir a otros. Para evitar esta posibilidad surge el Derecho y surge la necesidad del estado. El liberalismo contemporáneo tendrá exponentes contundentes. Entre otros, Isahia Berlin²³ y Michael Ignatieff,²⁴ que desarrollarán la necesidad de proteger la libertad negativa y advertirán sobre los peligros de la intervención del estado. La consecuencia lógica de la premisa de la libertad, en términos de organización, será que el estado no puede entrometerse en la esfera de ejercicio de la libertad. Las personas tienen inmunidad y el estado es gendarme, solo interviene cuando hay problemas entre las personas privadas. La esfera pública y la privada tienen una línea divisoria clara y definida. En la esfera privada, no entra el estado y el hombre adulto será el controlador. La esfera pública, en cambio, es propia del quehacer político y exclusivamente de los hombres.

La propiedad también es un derecho natural, inalienable y anterior al estado. Esta idea, también subversiva en el momento, es una reacción a la propiedad absoluta del estado y a la arbitrariedad en su manejo. El estado podía expropiar y pedir tributos sin justificación alguna. El estado en lugar de disponer de la propiedad, se va a encargar de protegerla.

20 Wikipedia, Jean-Jacques Rousseau. Internet. <http://es.wikipedia.org/wiki/Rousseau>. Acceso: mayo 2008.

21 Disponible en Wikipedia, Charles Louis de Montesquieu. Internet. http://es.wikipedia.org/wiki/CharlesLouis_de_Montesquieu. Acceso: mayo, 2008.

22 Véase Roig, Arturo Andres. “La dignidad humana y la moral de la emergencia en América Latina”. *Ética del poder y moralidad de la protesta: la moral latinoamericana de la emergencia*. Quito, Corporación Editora Nacional/Universidad Andina Simón Bolívar, 2002, pp. 53-70.

23 Berlin, Isahia. *Dos conceptos de libertad y otros escritos*. Madrid, Alianza Editorial, 2001, pp. 43 - 65.

24 Ignatieff, Michael. *Human Rights as politics and idolatry*. Princeton University Press, 2001, p. 137.

El estado, como consecuencia, tiene que ser mínimo. Cualquier expansión del estado debe presumirse sospechosa. Locke y –trescientos años después– Nozick sostendrán que la única función del estado es la de proteger a los ciudadanos de la violencia, robo y fraude, y la de hacer cumplir los contratos.²⁵ El mercado será el espacio privilegiado para el ejercicio de la libertad. La libertad será la condición para que funcione la mano invisible del mercado, como ya lo enunciará Adam Smith en *La riqueza de las naciones*. Cualquier persona que persigue su interés personal contribuye a la consecución, sin saberlo, del bien común. La vida económica se autorregula y lo hace de manera automática mediante el mercado.²⁶

El principio que garantizará la soberanía, la libertad y la propiedad, será el de seguridad jurídica. La regulación de las situaciones problemáticas en el ejercicio de la libertad y en las formas de disponer la propiedad, deberá estar expresamente contemplado en reglas jurídicas. Las reglas jurídicas, por tal motivo, deben determinar con claridad las hipótesis que serán objeto de consecuencias jurídicas y las obligaciones o sanciones si se satisface, en la realidad, la hipótesis.

Finalmente, el golpe al autoritarismo del poder absoluto será el supremo derecho a la resistencia. Si la soberanía popular se viera amenazada por la soberanía de una persona o clase, las personas podrán rebelarse, como lo hicieron en la Revolución francesa.

La consistencia teórica del liberalismo ha sido desarrollada y perfeccionada por el neoliberalismo. El estado y las relaciones internacionales todavía se basan en su matriz filosófica, aunque sus elementos teóricos son más complejos y actuales. La propiedad privada tiene múltiples derivaciones en la propiedad intelectual y en la protección de bienes intangibles, relacionadas con cuestiones tales como las finanzas y la inversión. Las personas jurídicas, que llegaban a tener capacidad dentro de las soberanías nacionales bajo la ficción de ser como personas naturales, ahora son multinacionales que están sobre los estados y que son actores importantes en las relaciones internacionales. La soberanía nacional se relativiza frente a

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

26 Véase Enrique Dussel, *op. cit.*, pp. 261-264.

los acuerdos de libre comercio en la comunidad de naciones. Los estados tienen que dejar de hacer actividades que pueden hacer los agentes particulares y tienen que seguir siendo mínimos.

Resumiendo, el pensamiento liberal es altamente atractivo y en su momento fue emancipador, aunque para una clase social. Las ideas que se desarrollan tienen relación con el estado, que es soberano, representativo y gendarme, con el derecho natural de la libertad y la propiedad, y con el desarrollo de instituciones que protejan lo concebido como derechos.

3.2. El Derecho

Una de las expresiones jurídicas más representativas del derecho liberal clásico es la conocida *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*,²⁷ de 1789. El pensamiento liberal se plasmó jurídicamente en este texto, que posteriormente se convertiría en parte integrante de la Constitución.

Veamos. La Declaración proclama que “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común”.²⁸ Claras ideas de Locke y del utilitarismo, que serán desarrolladas en su máxima expresión por Bentham. Enseguida se determinan con claridad los intereses de los burgueses, protagonistas y beneficiarios de la Revolución francesa, “la finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Tales derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión”.²⁹ Allí se evidencia el credo liberal. En la siguiente regulación tenemos el pensamiento de Rousseau, “el principio de toda soberanía reside esencialmente en la Nación. Ningún cuerpo, ningún individuo, pueden ejercer una autoridad que no emane expresamente de ella”.³⁰ Luego, la Declaración desarrollará la libertad, sus alcances y sus

27 Véase Fioravanti, Maurizio. *Los derechos fundamentales, apuntes de historia de las constituciones*. Madrid, Trotta, 5ª ed., 2007, p.139.

28 Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, artículo 1.

29 *Ibid.*, artículo 2.

30 *Ibid.*, artículo 3.

límites,³¹ la teoría de la ley como voluntad general y el concepto de ciudadanía,³² la seguridad jurídica,³³ la propiedad.³⁴ Uno de los artículos mejor formulados y determinantes en la conformación del estado de derecho enuncia lo siguiente: “Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución”.³⁵

La Declaración, en Francia, se constitucionalizará pocos años más tarde. En EE. UU., de igual modo, los principios liberales de los derechos humanos pasarán a formar parte desde la incorporación de las primeras enmiendas de la Constitución.

Los principios de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano tendrán su máxima expresión normativa en tres cuerpos jurídicos: el Código Civil, la parte orgánica de las constituciones liberales y el Código Penal.

El Código Civil se expide en 1804 en Francia que, efectivamente, regulará con harto detalle la autonomía de la voluntad y la propiedad, ambos en la esfera privada. La autonomía de la voluntad se podrá ejercer siempre que se tenga capacidad y no esté prohibida por el Código Penal. La capacidad, que en el ámbito público será el equivalente a la ciudadanía, permitirá que las personas puedan obligarse y ejercer derechos. La ley considerará capaces solo a quienes aprecia como *optimo iure*, que son básicamente las personas adultas y de sexo masculino. Aunque no sea explícito, pero se puede fácilmente deducir, también se requiere ser propietario, de lo contrario no tendría sentido ser capaz. La capacidad permite ejercer la libertad. Por la capacidad soy sujeto de derechos subjetivos, puedo fundar y tener familia reconocida legalmente, puedo usar, gozar y disponer de los bienes, puedo determinar el destino de los bienes acumulados en vida después de la muerte, puedo hacer leyes en lo privado, que es el derecho de los contratos.

La propiedad será propiamente el objeto de preocupación y regulación del Código Civil. Todos los supuestos de lo que puede suceder a la propiedad de un burgués del siglo XIX estarán plasmados en el Código Civil. El

31 *Ibid.*, artículos 4, 5, 10 y 11.

32 *Ibid.*, artículo 6.

33 *Ibid.*, artículos 8, 9, 14 y 15.

34 *Ibid.*, artículos 2 y 17.

35 *Ibid.*, artículo 16.

libro sobre los bienes tiene todas las hipótesis de adquisición, pérdida o limitación de la propiedad, los derechos y las obligaciones correspondientes. La manifestación de las normas se las hará por medio de las reglas jurídicas, que serán consideradas como la única manifestación del Derecho, y que será –como ya hemos dicho– la forma de expresión de la seguridad jurídica. Las personas capaces saben con anterioridad, al realizar acciones o actos jurídicos, cuáles son las consecuencias y sus obligaciones.

El derecho constitucional decimonónico será eminentemente orgánico y procedimental. Las normas constitucionales establecerán el requisito fundamental para ejercer la libertad en el ámbito público: la ciudadanía. Serán ciudadanos las personas mayores de edad, hombres, propietarios que no trabajan en relación de dependencia y educados. Por supuesto que tales requisitos solo podrán tener, una vez más, los burgueses y estos serán quienes acceden a cargos de representación. En suma, los burgueses serán quienes ejercen la soberanía popular y expresarán, mediante leyes, la voluntad general. Este fenómeno en Francia ocurrirá en Inglaterra y también, por supuesto, en Latinoamérica. En Inglaterra, el enunciado de igualdad será “efectivo exclusivamente para los hombres varones que son propietarios virtuosos (excluyendo así a las mujeres, a los esclavos africanos, a los indios americanos y a los asiáticos, a los trabajadores ingleses asalariados)”.³⁶ 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”³⁷ [...]. 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”.³⁸

La Constitución señalará dos cuestiones fundamentales para determinar la validez de las normas jurídicas. Por un lado, señalará las formas de designar las autoridades y, por otro, el procedimiento que se debe seguir para expedir una norma jurídica. De esta forma, se establecerá la existencia de un solo sistema normativo en una sola nación, que pretenderá uniformar los intereses de las personas.

36 Véase Dussell, Enrique. *Política de la liberación, historia mundial y crítica*, p. 271.

37 *Ibid.*, p. 417.

38 *Ibid.*, p. 422.

Finalmente, para completar la trilogía normativa, el Código Penal será el último y más violento garante de los valores liberales. Todo lo que no esté tipificado en el Código Penal está permitido hacer a las personas. Lo tipificado va a hacer exactamente lo que molestará a los burgueses: obstaculizar o impedir el ejercicio del derecho de propiedad (robo y hurto), obstaculizar o impedir el ejercicio del derecho a la libertad (privación arbitraria de la libertad), hacer en lo público lo que no esté expresamente autorizado (peculado, prevaricato), no hacer lo que se creía se debe hacer (vagancia).

El Derecho como ciencia autónoma se va desarrollando poco a poco hasta finalmente llegar a su punto culminante con *La teoría pura del Derecho* de Kelsen. Durante el siglo XIX, el derecho es parte de la filosofía, con fuertes vínculos con el derecho canónico y el derecho romano. En el siglo XX la intención fue separar el derecho de las ciencias naturales, de las ciencias sociales (política, historia), de la moral, y convertirlo en un área del conocimiento autónomo.

La teoría del derecho se resumirá magistralmente en los títulos preliminares de los códigos civiles. Ahí encontramos la definición de ley, la interpretación, la validez, las soluciones en casos de conflictos de leyes. En el derecho internacional, se consolida el concepto de soberanía con el acuerdo que estableció la paz de Westfalia (1616), y, en el siglo XX, con la Carta de Naciones Unidas (1945).

3.3. Los órganos

La división de poderes clásica, tan promovida por Montesquieu como la solución para la concentración de poder y la forma de evitar la arbitrariedad, se manifestará en teoría en un poder legislativo, uno judicial y otro administrativo. Cada poder tendrá un órgano, una función y múltiples funcionarios que lo componen. La composición y función son consecuentes y coherentes con el ideario liberal. Por la comprensión de la ciudadanía, solo los burgueses podrían conformar los tres órganos. El objetivo—como ha quedado dicho— está determinado por la realización de la libertad, la propiedad y la seguridad.

El órgano legislativo se encargará de dictar leyes que desarrollen y regulen la libertad, propiedad y seguridad, que, como sabemos, es el Código Civil y el Código Penal principalmente.

La libertad, recordemos, estará bajo la responsabilidad de las personas. El estado, gendarme, intervendrá exclusivamente cuando se presenten problemas de abuso entre particulares. La intervención puede ser policial o judicial. La Policía prevendrá y ejecutará las sentencias de los jueces. La administración de justicia solo tendrá competencia para resolver conflictos en la aplicación de las leyes y siempre son conflictos horizontales, entre iguales, entre personas capaces.

La administración pública se encargará exclusivamente de la ejecución de las leyes y, por tanto, de la realización de los principios liberales. Se crearán instituciones que facilitarán el mercado y el comercio, tales como bancos, que se irán complejizando, hasta llegar a las bolsas de valores y a los sistemas financieros internacionales.

La seguridad jurídica de la propiedad requerirá múltiples instituciones, tales como los registros de propiedad, las notarías o fedatarios públicos, los órganos de control y siempre, como uso de la fuerza en el ámbito interno, la Policía.

En el ámbito internacional, el concepto de soberanía, que no admite intromisión externa, requerirá de la presencia de Fuerzas Armadas, como garantes de respeto a las naciones.

IV. Las crisis del liberalismo

Alain Touraine ha sostenido que existen tres olas en el mundo moderno. La una, de carácter político, que es la revolución francesa; la otra, de carácter económico, que fue la Revolución socialista; y la última, de carácter cultural, que es la que estamos atravesando.³⁹ Las olas se montan sobre las otras y no las eliminan. El liberalismo ha dado tanto a la humanidad que mal podemos estigmatizarla como una revolución burguesa que

39 Véase Touraine, Alain. *Un nouveau paradigme*. Librairie Arthème Fayard, Le livre de poche, 2005.

merece ser desterrada, aunque sí superada, corregida y aumentada. Hay conceptos liberales que se han ido adaptando a las luchas de emancipación, como el discurso de los derechos y el de la ciudadanía.

En la revolución socialista, el modelo liberal tuvo su primera crisis. El *optimo iure* burgués compartió el poder con la clase obrera y la campesina. El saber crítico marxista logró generar movimientos de carácter internacional. El sistema liberal-capitalista se basó, según el discurso marxista, en la propiedad de los bienes de producción, en la acumulación de la riqueza y en la explotación de los obreros y campesinos. Se generó conciencia política y se promovió la lucha de clases. La propuesta sin duda fue emancipadora y proponía la transformación de otra clase social no considerada por el Derecho y peor por la institucionalidad. Ante una crisis, ya sabemos, puede haber dos salidas: la reafirmación del sistema que se trata de cambiar, mediante la represión o renovación ideológica, o la transformación. Todo eso sucedió en el siglo XX. La represión se manifestó, por ejemplo, en la famosa persecución de MacCartur a los comunistas norteamericanos,⁴⁰ en los conflictos internos en todos los países periféricos; la transformación se dio en Europa con el pacto y la creación de la social democracia y, de forma radical, la revolución, como medio de cambio, se intentó en muchos países periféricos.

La solución a la inconformidad, en la Europa continental, en el régimen liberal se llamó *Welfare State*. El estado de bienestar introdujo importantes innovaciones de carácter social, pero relacionadas directa y exclusivamente con la clase emergente. Las constituciones incluyeron los derechos laborales, que regularon la seguridad social de las personas que trabajaban en relación de dependencia.

La otra crisis, que se produjo entre 1914-1919 y 1939-1945 tiene que ver con lo que se denominó en la historia occidental como guerras mundiales. Los conceptos de soberanía, ciudadanía, capacidad, sujetos de derechos, estado de derecho en suma, con los órganos legislativos, ejecutivos y judiciales, no pudieron prevenir, controlar ni reparar la muerte de millones de personas. Nada nuevo en el mundo, por cierto, pero sí nuevo en la cuna del saber occidental de la modernidad, la propia Europa.

40 Véase George Clooney, *Good Night and Good Luck*, 2005.

Finalmente, una última crisis se produjo por el despertar de las identidades: el movimiento de derechos civiles de los negros en Norteamérica y de los derechos de las mujeres en los años sesenta, el movimiento de los derechos de los indígenas en los años setenta, el movimiento de los GLBT (gays, lesbianas, bisexuales y transexuales), el movimiento de los derechos de los consumidores, de las personas discapacitadas. Todas las identidades no hegemónicas están en situación de invisibilidad, sumisión o exclusión. El saber dominante y las leyes vigentes a la época son insuficientes y hasta discriminatorias.

Las primeras transformaciones jurídicas se plasmaron en el ámbito constitucional⁴¹ y luego en el ámbito internacional.⁴² En lo que Bobbio describiría como el proceso de positivización, generalización e internacionalización, que conduce a la especificación.⁴³ Las declaraciones y convenciones internacionales de derechos humanos serán como un escudo potente, al menos en teoría, y de movilización de las personas más débiles frente a los grupos de poder; y, en cuanto a la protección judicial efectiva, en instrumentos bastante débiles y hasta simplemente retóricos. El derecho de los derechos humanos tendrá un desarrollo impresionante, particularmente los derechos que se conocen como civiles y políticos.

Las instituciones, sin embargo, poco cambian. Y los cambios lo hacen de forma lenta y hasta a veces de forma regresiva. En algunos casos, y esto sostendremos en el siguiente acápite, los cambios son funcionales a la estructura liberal y no han logrado superar un estado protector casi exclusivo de la libertad y de la propiedad.

La crisis no ha sido superada. La crisis es una acumulación de crisis: económicas (la pobreza y la fragilidad macroeconómica del sistema financiero), políticas (más de 70 guerras nacionales e internacionales, democracias no representativas) y culturales (discriminación e intolerancia al extranjero y al diferente). Estas crisis, a diferencia de la Revolución francesa y hasta socialista, que tenían un contexto nacional y tanto víctimas como opresores eran determinables, tienen un contexto global y hartos

41 Constitución de México, 1917; de Weimar, 1919; de la Unión Soviética, 1917.

42 Instrumentos jurídicos de la Organización Internacional del Trabajo (OIT, 1919); Instrumentos del sistema de Naciones Unidas (1945) y del sistema de Estados Americanos (1948).

43 Véase Bobbio, Norberto. *El tercero ausente*. Madrid, Ediciones Cátedra, 1997, p. 170.

difuso. Capella denominará a esta época como el tiempo de “barbarie”, en la que “una civilización entra en regresión y pierde algunos de sus rasgos estructurantes al poder afrontar los problemas generados por su propia dinámica y no disponer de instituciones o lógicas sociales adecuadas para ellos”.⁴⁴ Urge un nuevo diseño paradigmático.

V. El paradigma constitucional democrático en tiempos de globalización

5.1. El saber

Desde el siglo pasado vivimos la era de la información. Los saberes circulan con mayor velocidad y frecuencia. El saber hegemónico sigue imponiéndose a través de los grandes medios de comunicación y las cadenas de entretenimiento. El saber alternativo, a pesar de ello, también ha tenido más posibilidades de ser difundido. El flujo de información ha permitido reaccionar de forma inmediata frente a violaciones de derechos humanos y hasta ha permitido la organización simultánea de protesta.⁴⁵

Ante las crisis, el modelo liberal, con el neoliberalismo, se ha reforzado y persiste en dar un paso atrás. Con este modelo conviven las propuestas para dar un paso hacia adelante, que en este ensayo las englobaremos en el paradigma constitucional democrático. Como siempre, los dos caminos existen y parecería que estamos recorriendo el modelo neoliberal con ropaje constitucional.

El modelo neoliberal intenta rescatar y renovar el ideal liberal decimonónico con algunos componentes que, al momento, no eran muy claros, como la democracia. El neoliberalismo, además, ha logrado incluir en el discurso conceptos de carácter emancipador, como los mismos derechos humanos, la participación, el acceso a la justicia y el género. Finalmente, el neoliberalismo, en lo internacional, propone una concepción de estado facilitador y menos rígido en cuanto a la soberanía decimonónica. Revisemos estos elementos.

⁴⁴ Capella, Juan Ramón. *Entrada en la barbarie*. Madrid, Trotta, 2007, p. 180.

⁴⁵ Piénsese, por ejemplo, en el mecanismo de acciones urgentes de Amnistía Internacional y en las marchas de los migrantes en varias ciudades de los EE. UU., o las convocatorias a los foros sociales mundiales.

La propiedad, que se basaba en algo tangible, como la tierra y los bienes de producción, pasa a ser un bien inmaterial, como las inversiones, la propiedad intelectual, las finanzas. Ambas formas de propiedad, tanto material como inmaterial, son la base de la seguridad y del desarrollo humano. Aunque se logra plasmar el concepto de propiedad con función social, este componente será el excepcional. Autores, como Nozick, considerarán que toda función comunitaria y distribuidora del estado será usurpadora y sospechosa. Se propone una renovación de la propiedad privada, en contra de lo público que es fácilmente cuestionable, por medio de las privatizaciones.

La libertad seguirá siendo el discurso más utilizado en la retórica neoliberal. Escritores como Friedman creerán que la mejor forma de estimular la economía es permitiendo la libre iniciativa de las personas. Se dirá que el reto más grande, e incentivo al mismo tiempo, para incrementar la producción es la libre competencia y el acceso a mercados internacionales. En este sentido, el discurso de apertura y el libre comercio estará en la agenda pública internacional. Además, el discurso de la libertad será el que justifique las guerras de agresión bajo el ropaje de la intervención humanitaria.

El discurso neoliberal ha ido adaptándose a los saberes alternativos. El discurso de los derechos humanos ha sido utilizado como la gran característica de las democracias liberales de este siglo; sin embargo, cuando se habla de derechos humanos la comprensión se limitará a los derechos civiles y políticos, y a las obligaciones que tienen carácter negativo (derechos de inmunidad). En el discurso de derechos humanos, además, existirán cláusulas de salvedad, que impondrán la suspensión o restricción de derechos en estados de excepción y por razones de orden público o bien común. En este sentido, se impusieron en los años sesenta y setenta restricciones de derechos por la doctrina de la seguridad nacional. Por ejemplo, en Colombia durante la vigencia de la Constitución de 1986, que sería cambiada en 1991, una de las normas más invocadas y que tuvo real aplicación fue la del estado de excepción.⁴⁶ Por la teoría del bien común,

46 García Villegas, Mauricio. "Constitucionalismo perverso, normalidad y anormalidad constitucional en Colombia: 1957-1997". *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, t. I. Boaventura de Sousa Santos y Mauricio García Villegas. Bogotá, Panamerica Formas, 1ª reimp., 2004, pp. 317-369.

el Banco Mundial en el año 73 restringirá los derechos humanos a cinco objetivos, que los llamó necesidades básicas, y creará una institucionalidad basada en el consenso de Washington, que promoverá un equilibrio macroeconómico, un gobierno mínimo y eficiente, un sector privado en expansión y políticas destinadas a reducir la pobreza.⁴⁷

La participación social y el género también fueron discursos incorporados a la teoría neoliberal. En la participación social, dentro de las prioridades determinadas por agencias internacionales, los beneficiarios podrán “escoger” entre las opciones presentadas. La participación legitimará la intervención externa y mediante un discurso que se conoció como “desarrollo”. De igual modo, el género como concepto se adoptó, aunque de manera formal, para legitimar formas renovadas de autoritarismo patriarcal.

Finalmente, la democracia será un concepto potente de legitimación del poder. Fukuyama es famoso en su *Fin de la historia* por sostener, al caer el muro de Berlín y el socialismo como modelo de gobierno, que la democracia liberal es la máxima expresión del proceso civilizatorio de la humanidad, aunque en un libro posterior sostendría que la historia no se detendrá mientras la ciencia siga avanzando.⁴⁸ La democracia se basa en la división de poderes, en las elecciones libres, en la representación y en los procesos de deliberación.

El modelo constitucional democrático es una evolución del modelo liberal. Los avances del modelo liberal son parte integral del modelo constitucional democrático. Pero este avanza sustancialmente en algunos aspectos: la libertad y los derechos se entienden de forma integral, se agregan otros principios: la dignidad, la igualdad sin discriminación, la solidaridad y la democracia sustancial.

La libertad se entiende desde la perspectiva también positiva. Amartya Sen en su *Libertad como compromiso social* desarrolla la idea propuesta por Berlín (y que parecía sospechosa) y le agrega la dimensión prestacional de la libertad.⁴⁹ Desde la doctrina de los derechos sociales —ahora parece

47 Burgos, Germán. “¿De qué Estado de derecho nos habla el Banco Mundial? *La mano visible del mercado, derecho y economía*. Bogotá, ILSA, 2000, p. 55.

48 Véase Fukuyama, Francis. *Our posthuman future, consequences of the biotechnology revolution*. Picador, 2003.

49 Véase Sen, Amartya. *La libertad individual como compromiso social*. Quito, Abya-Yala, 1999, pp. 33-55.

obvio— para ejercer la libertad hay que tener las condiciones que faciliten su ejercicio. Solo podemos ser genuinamente libres si disponemos de información, alimentación, salud, educación. Es decir, el estado no solo deberá abstenerse de intervenir arbitrariamente en el ejercicio de la libertad de las personas particulares sino, también, deberá realizar acciones deliberadas para que efectivamente se pueda ejercer la libertad.

La igualdad dejará de ser simplemente formal. En el régimen liberal todos somos iguales ante la ley, a los iguales hay que tratarlos como iguales y a los diferentes como diferentes (el famoso *equal but separate* del constitucionalismo norteamericano antes del caso Brown contra el Board of Education). En el régimen constitucional, la diferencia tendrá también importancia. En la clásica fórmula de Santos, todos tenemos derecho a ser iguales cuando la diferencia oprime, y derecho a ser diferentes cuando la igualdad descaracteriza. Entonces, estamos en una concepción de la igualdad sustancial.⁵⁰

La dignidad entendida como la necesidad de que todas las personas sean consideradas y respetadas, y la proscripción de la instrumentalización del ser humano. La célebre fórmula kantiana de que nadie debe ser un medio para que otros cumplan sus fines salvo que sea medio y fin al mismo tiempo,⁵¹ ha provocado que, a nivel jurídico, como describe Alexy, el artículo uno de la Ley Fundamental alemana que proclama que el estado tiene como fin realizar la dignidad, tenga más de 94 volúmenes de sentencias del Tribunal Constitucional Federal.⁵²

El principio de solidaridad es la fuente de las obligaciones. En sociedades complejas, la solidaridad es un principio que ayuda a cumplir las dimensiones prestacionales de la libertad, la igualdad sin discriminación mediante las acciones afirmativas y hacer efectiva la dignidad. Kant derivaba su fórmula en lo que él llamaba el deber de beneficencia, que es su equivalente, y a través del cual tengo un deber frente a las personas que

50 Véase Santos, Boaventura de Sousa. *La caída del angelus novus: ensayos para una nueva teoría social*. Bogotá, ILSA, 2003, p. 164.

51 Véase Kant, Immanuel. "The doctrine of virtue". *Metaphysics of morals*, citado por Steiner, Henry y Philip Alston. *International Human Rights in context: Law Politics and Morals*. Oxford University Press, 2ª ed., 2000, pp. 261-263.

52 Véase Alexy, Robert. "Derechos fundamentales y estado constitucional democrático". *Neonconstitucionalismo(s)*. Ed. Miguel Carbonell. Madrid, Trotta, 2003, p. 45.

necesitan para luego tener autoridad moral cuando yo lo necesite.⁵³ Por el principio de solidaridad, tiene sentido imponer labores de cuidado a los hombres, tributos en función de la capacidad contributiva, prestación de servicios sociales y hasta servicio militar obligatorio.

Finalmente, en esta breve descripción de características que no son excluyentes de otras, tenemos que mencionar a la democracia sustancial, como lo ha caracterizado Ferrajoli.⁵⁴ La democracia no solo es procedimental, y debe presumir que las mayorías piensan en el bienestar de todas las personas. La democracia también es sustancial: importa el contenido y el objeto del debate, y este tiene límites, que no son otros que los derechos humanos. De lo sustancial, se deriva el control de la constitucionalidad que hacen los jueces constitucionales en los casos que conocen, y el control que hacen las cortes constitucionales de las leyes, que tienen efectos generales. Una ley puede ser vigente, por seguir el trámite formal, pero inválida por no corresponder a la parte dogmática de la Constitución.

A pesar de estos avances, hay que admitir que existe un déficit de reflexión sobre el contenido y el alcance de derechos que no tienen relación con los civiles y políticos liberales. Los derechos sociales en los últimos años han provocado niveles de reflexión importantes aunque no lo suficientes para que sean estudiados y comprendidos por grandes públicos. De igual modo, el saber indígena todavía sigue siendo marginal y no es motivo de debates serios en espacios no indígenas.

5.2. Las normas

El desarrollo normativo neoliberal y constitucional democrático, en ciertos niveles, ha sido enorme. El neoliberalismo ha producido un nivel considerable de detalle sobre la regulación de la propiedad, la inversión, las finanzas y la competencia, tanto en lo nacional como en lo internacional.

53 Véase Immanuel, Kant, *op. cit.*, p. 263.

54 Véase Ferrajoli, Luigi. "Derechos Fundamentales". *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid, Trotta, 2001, pp. 19-24.

El constitucionalismo también logrará desarrollar normas en el ámbito constitucional y en el ámbito de derecho internacional de los derechos humanos. Todas las constituciones de Latinoamérica tendrán un listado amplio de derechos, algunas reconociendo incluso a los derechos sociales como derechos fundamentales y de cumplimiento inmediato. A escala internacional, en 1948, se expedirá la Declaración Universal de Derechos Humanos, el mismo año la Convención contra el Genocidio; en 1949 se actualizarán las normas del Derecho Internacional Humanitario que pretenderán humanizar los conflictos armados; en 1953 se expedirá la Convención Europea de Derechos Humanos, y así sucesivamente, no cesarán de desarrollarse ni de innovarse las listas de derechos. De igual modo, se emitirán resoluciones y declaraciones frutos de eventos globales temáticos sobre derechos humanos. Sin embargo, estas normas seguirán siendo harto ambiguas, particularmente las que tratan sobre derechos sociales, y no se desarrollarán de forma consistente en el ámbito legislativo.

Si una persona analiza el sistema jurídico de su país, podrá encontrar que las normas existentes tienen relación con la propiedad y la autonomía de la voluntad en diversas esferas y ámbitos. Las normas relacionadas con derechos humanos estarán meramente en la Constitución y en algunas normas secundarias. La explicación de este fenómeno lo encontramos sin duda en la cultura jurídica. La enseñanza de los derechos humanos será excepcional en las facultades y, en las que la tienen, será marginal. La cultura jurídica es positivista, conservadora y civilista.

Positivista porque la teoría jurídica se basa en la validez formal de la norma, en la concepción de un sistema jurídico completo y en la interpretación basada en la exégesis de las normas.⁵⁵ Conservadora porque rinde tributo a la historia y a la voluntad mítica de un legislador ancestral. Civilista porque la columna vertebral del estudio del derecho es el Código Civil que, como hemos afirmado, tiene como objeto de estudio la autonomía de la voluntad y la propiedad privada.

La cultura jurídica, reproducida principalmente por las facultades de derecho, forma abogados y abogadas que se ubican en la legislatura y en

55 Véase Rodríguez, César. "Una crítica contra los dogmas de la coherencia del derecho y la neutralidad de los jueces". *Libertad y restricción en la decisión judicial*. Bogotá, Ediciones Uniandes, 1990, p. 17.

la judicatura, que no pueden hacer otras cosas que leyes de carácter liberal y neoliberal. Muchos de los mejores abogados y abogadas son cooptados por los estudios jurídicos, que con eficacia lograrán llevar a dimensiones internacionales el conocimiento civilista. El derecho de la propiedad no solo que no permite un paso atrás, sino que se perfecciona.⁵⁶ El saber jurídico alternativo, en cambio, no tendrá espacios y sus gestores serán excepcionales y poco conocidos.

Uno de los avances sustanciales del constitucionalismo, en relación con la producción de normas, será la ruptura de la concepción de que las leyes son las únicas fuentes del derecho. La sociedad, el estado y las normas serán plurales. La ley dejará de ser “la reina” de las fuentes y pasará a ser una fuente más, que compite con normas como las que emanan del derecho indígena y con las que producen las cortes constitucionales y las cortes internacionales.

El constitucionalismo democrático ha logrado fundir en la Constitución dos escuelas antes irreconciliables: el iusnaturalismo y el positivismo, en una especie de eclecticismo teórico.⁵⁷ Una norma que establece un derecho humano en la Constitución es una norma positiva. Pero, por el enunciado harto general y ambiguo, requiere de interpretación moral. Por ejemplo, la dignidad y la prohibición de trato degradante. La consecuencia de esta constatación es que el legislador o constituyente creará una norma que para ser aplicada deberá ser interpretada. La interpretación desarrollará el contenido del principio y se convertirá, para casos análogos, en precedente general y obligatorio; o sea, las sentencias de la corte constitucional son fuente del derecho.

El fenómeno de la jurisprudencia constitucional como fuente de normas es nuevo en Latinoamérica. La creación de cortes constitucionales que aplican las normas que contienen derechos humanos y que crean precedentes comienza a partir los años noventa. En Colombia, a partir de 1991, la

56 Hace algunos días, un miembro de la comisión de reforma a las leyes, organizada como encargo en el Consejo Nacional de Educación Superior (Conesup), comentaba la dificultad para conformar un grupo de trabajo para reformar el Código Civil. La razón —explicaba— era que todos los juristas consultados creían que el Código Civil es intocable.

57 Véase Sastre Ariza, Santiago. “La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo”. *Neoconstitucionalismo(s)*. Ed. Miguel Carbonell. Madrid, Trotta, 2003, p. 246.

Corte Constitucional ha producido 16 979 sentencias sobre violaciones a derechos humanos (a 2007).⁵⁸ Ecuador, a partir de 1996, aunque de manera tímida, también ha producido centenares de sentencias. Los primeros tribunales constitucionales surgen en Europa en los años cuarenta y son de posguerra, no tienen más de cincuenta años, y en Latinoamérica menos de veinte. Este fenómeno, comparado con el desarrollo del derecho civil, que lo remontan sus estudiosos a la época de Justiniano (482-565) en Roma hace más de quince siglos, es evidentemente nuevo.

Necesitamos normas que no se basen exclusivamente en la propiedad y para ello necesitamos juristas que tengan la capacidad de hacerlo. De este modo, cambiaría el Derecho y, consecuentemente, la institucionalidad.

5.3. Los órganos

En la lógica que estamos siguiendo, si hay saber, hay normas, y si hay normas, hay órganos. Hemos intentado demostrar que, en lo relativo al derecho social y público, que es la esfera innovadora de la universalidad de los derechos humanos, hay saberes incompletos, hay normas deficitarias y, consecuentemente, hay órganos inadecuados.

El estado sigue teniendo una estructura liberal. El poder administrativo o ejecutivo ha desarrollado y privilegiado órganos que tienen que ver con el manejo macroeconómico del estado para estabilizar la economía de sociedades inequitativas y excluyentes. Si comparamos los presupuestos de los ministerios, y con ello apreciamos la voluntad política de un estado, entre las carteras o ministerios que se dedican a lo financiero y las que se dedican a lo social, encontraremos que las primeras tienen más recursos humanos, mejor sueldo y mayores montos para el cumplimiento de objetivos que los segundos. Otro ejemplo, si comparamos el rol de las representaciones internacionales y la estructura de los ministerios de relaciones exteriores, encontraremos que las embajadas y los consulados privilegian los contactos y el trato preferente a los empresarios más que a los

58 Corte Constitucional de Colombia. Internet. www.constitucional.gov.co/corte/. Acceso: 11 julio 2008.

migrantes; importará más promover al país desde la consideración de ser un país digno a invertir, que un país que se esfuerza por promover y proteger la dignidad de las personas.

Para poner un ejemplo menos especulativo, en una investigación realizada por la Universidad Andina Simón Bolívar (sede Quito) sobre la estructura de los jueces y sus competencias, se determinó que del 100 por ciento del tiempo que un juez civil dedica a resolver, 97 por ciento tiene que ver con la aplicación del Código Civil y apenas un 3 por ciento sobre los derechos de las personas reconocidos en la Constitución. Del total de jueces de primera instancia, que son 678, solo el 21 por ciento de ellos se dedica a la Constitución, de manera marginal y excepcional.⁵⁹

El aparato que protege la propiedad y las libertades es inmenso y caro.⁶⁰ Solo enumeremos la estructura institucional: cuando usted tiene un bien inmueble, como un departamento o un pedazo de tierra, los linderos están en un registro de la propiedad, tiene un municipio que le presta servicios, tiene un juez de lo civil que le va otorgar derechos, tiene una Policía que va a evitar que los sustraigan o eficazmente le va a desalojar, tiene notaría que van a certificar la titularidad de la tierra y garantizarán la promesa de venta o cualquier otra transacción, tiene bancos que le van a aceptar su pedazo de tierra como garantía; ahora pensemos que usted es un empresario exitoso, tendrá una superintendencia de compañías, un centro de propiedad intelectual para registrar sus productos, una cámara de comercio para defender los intereses gremiales, habrá una bolsa de valores para comerciar con sus acciones, existirán superintendencias de bancos para que usted se sienta seguro del depósito de su dinero y, por supuesto, los mismos jueces civiles le garantizarán el cumplimiento de los contratos.

Si usted hace transacciones a escala global, también encontrará organizaciones harto poderosas que facilitarán sus actividades. El Banco Mundial promoverá un acuerdo global (Consenso de Washington), en el

59 Ávila Santamaría, Ramiro. "El amparo constitucional: entre el diseño liberal y la práctica formal". *Un cambio ineludible: la Corte Constitucional*. Quito, Tribunal Constitucional, 2008, pp. 359-400.

60 El libro que mejor describe el costo de los derechos civiles es el escrito por Holmes, Stephen y Cass R. Sunstein. *The cost of rights, why liberty depends on taxes*. Norton, 2000.

que incluirá una agenda privatizadora y una reforma integral a la justicia para dar seguridad a la inversión extranjera. Como la justicia no es confiable, particularmente la de los países periféricos, se creará un mecanismo de confianza que es el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Ciadi); de igual modo, siempre pensando que usted es un empresario exitoso, que seguramente ha invertido en las campañas electorales de sus presidentes, el estado, por medio de sus relaciones diplomáticas, garantizará sus inversiones y facilitará el acceso de sus productos a otros mercados, si es que no le ofrece un ministerio o exenciones fiscales. Finalmente, el recurso de la guerra, como mecanismo de protección de intereses económicos, ha sido utilizado en las últimas guerras tanto nacionales como internacionales. No es casual que donde hay guerra, hay disputa de recursos naturales. Por ejemplo, la agresión a Irak tiene que ver con el control del petróleo, la guerra en Afganistán por el gas, en Colombia hay guerra en zonas de petróleo, de producción de drogas y bosques. Las guerras son provocadas, además, por la gran industria armamentista, que está a la punta en tecnología e investigación científica.⁶¹

El constitucionalismo también tiene sus órganos. Desde los años noventa, a escala nacional, por todo el mundo occidental, pulularán las defensorías de los pueblos, que pocos años más tarde se burocratizarán y tendrán un funcionamiento deficiente; se crearán garantías judiciales a cargo de los jueces civiles, que tendrán un carácter residual (solo si el sistema ordinario y civil no funcione) o cautelar (solo cuando las violaciones a derechos humanos son graves y urgentes); en último instancia, se crearán cortes constitucionales que competirán con la justicia ordinaria, que seguirá llamándose suprema; en los últimos años se crearán defensorías públicas particularmente para la defensa penal de los procesados. A la organicidad liberal, se añadirán instituciones que pretenderán paliar las violaciones sistemáticas y generalizadas de los derechos humanos, particularmente los sociales. No conozco un solo país que haya hecho una transformación estructural en donde las instituciones respondan a la universalidad de los derechos. El esquema liberal seguirá siendo la matriz.

61 La relación entre guerra y políticas energéticas, derecho y democracia, se puede encontrar en Bimbi, Linda. *No en mi nombre. Guerra y Derecho*. Madrid, Trotta, 2003.

En el ámbito internacional, las Naciones Unidas (ONU) será el órgano que se estrena con la postguerra y que no ha dejado de funcionar, pero que adolecerá, desde la perspectiva de los derechos humanos, de “tener una estructura radicalmente imperfecta. Tal como lo conocemos, dicha sociedad [ONU] puede asemejarse a un edificio defectuoso que hunde sus cimientos en el derecho [...] el conjunto es un entramado inestable y falto de solidez, que carece de remaches de autoridad”.⁶² La ONU no tendrá un mecanismo democrático de representación y de toma de decisiones, por el poder de veto de los cinco países vencedores de la Segunda Guerra Mundial; no tendrá una Corte de Justicia con jurisdicción obligatoria y que conozca demandas de individuos por violaciones a los derechos humanos; los órganos de protección de derechos humanos tendrán competencia cuasi contenciosa y los países podrán no aceptarla; no existirá un mecanismo para controlar la fuerza y, de hecho, sus resoluciones no son coercibles; la Corte Penal Internacional, que a primera vista será un triunfo para los derechos humanos, no será otra cosa que justicia de vencedores y focalizada en países periféricos, el ejemplo del fracaso fue el intento de judicializar el bombardeo a población civil provocada por la Organización del Tratado del Atlántico Norte en Kosovo, que reprodujo la impunidad de los bombardeos de los aliados en Berlín, en Nagasaki, en Hiroshima; el financiamiento y, por tanto, el condicionamiento de los organismos internacionales depende de la voluntad de los países hegemónicos.⁶³

VI. Retos

En este panorama brevemente descrito, parecería que el balance es desalentador. Sin embargo, como sugiere Nino,⁶⁴ cuando trata de la brecha entre el saber y las promesas de las normas de derechos humanos y la realidad, nos volvemos insensibles y hasta cínicos, y hacemos como que nada

62 Waltzer, Michael. *Guerras justas e injustas: un razonamiento moral con ejemplos históricos*. Madrid, Ediciones Paidós, Ibérica S.A., 2001, p. 98.

63 Véase Zolo, Danilo. *La justicia de los vencedores: de Nuremberg a Bagdad*.

64 Véase Nino, Carlos Santiago. “La relevancia de los derechos morales para la teoría y práctica jurídica”. *Ética y derechos humanos*. Buenos Aires, Editorial Astrea, 2ª ed., 2005, pp. 20-25.

pasa; o realmente ponemos las normas de derechos humanos en acción y alteramos la realidad. “Llevamos ya mucho retraso respecto de las grandes aspiraciones [...] tratemos no de aumentarlo con nuestra desconfianza, nuestra indolencia o nuestro escepticismo. No hay tiempo que perder”.⁶⁵

Éticamente parecería que no tenemos otra opción que alterar la situación en la que nos encontramos. En la matriz que hemos utilizado, los retos serían los siguientes:

En cuanto al *saber*, tenemos la tarea, como siempre ha predicado el profesor Arturo Roig, de hacer un ejercicio de pensar fuerte o por lo menos con esas pretensiones.⁶⁶ No basta pensar, hay que pensar y fuerte. En la vida tenemos dos posibilidades (siempre dualistas, y eso también es un “pero” desde el género): somos reproductores o creadores de roles. Creo que históricamente hemos sido productores de roles. La academia repite y reproduce el pensamiento hegemónico. Roig reconoce que el pensamiento latinoamericano se ha planteado de modo constante la quiebra de totalidades opresivas y aclara que “por cierto no estamos hablando del saber universitario, el que se ha caracterizado más por la repetición e imitación del saber europeo, que por lo creativo [...] la originalidad no fue expresamente buscada, sino que fue fruto del encuentro con lo único que nos hace originales, la realidad”.⁶⁷ Cuando Roig sugiere pensar fuerte significa que tenemos que conocer sobre lo hecho y dicho, pero tenemos que ir más allá.⁶⁸ En lo indígena, por ejemplo, el pensamiento existe pero es incomprendible desde la lógica hegemónica. El pensamiento fuerte además debe ser crítico. “El discurso crítico debe situarse desde su contexto real, desde las prácticas de los agentes históricos y desde el mismo filósofo como agente de una práctica particular”.⁶⁹

65 Norberto Bobbio, *op. cit.*, p. 173.

66 Arturo Andrés Roig, *op. cit.*, p. 54.

67 *Ibid.*

68 Algo así como sucede a los compositores de música –perdón por la comparación y por la distancia– si escuchamos la primera y la segunda sinfonía de Beethoven, veremos la influencia directa de Haydn y podríamos decir que Beethoven es un reproductor de roles, pero si escuchamos la sinfonía heroica hasta la sinfonía novena, no podríamos dudar que Beethoven es original y, por tanto, creador de saberes. Nos hace falta crear pensamiento.

69 Enrique Dussell, *op. cit.*, p. 464.

En relación con los *derechos* nos movemos, a veces sin darnos cuenta, entre el discurso regulador y el discurso emancipador. Los derechos humanos “simbolizan la más alta conciencia emancipadora. Sin embargo, cualquier análisis superficial de los derechos humanos mostrará sin duda que fueron puestos al servicio de las necesidades reguladoras del Estado”.⁷⁰ Por eso, Santos sugiere siempre hacer un ejercicio de ser críticos y autocríticos con nosotros mismos. El paradigma racista, conservador y positivista nos traiciona y con harta frecuencia. Los desafíos que tenemos nos plantean que no debemos ni dirigir ni servir. “En vez de distancia crítica, proximidad crítica. En vez de compromiso orgánico, involucramiento libre. En vez de serenidad auto-complaciente, capacidad de asombro y revolución”.⁷¹ Críticos, desde la comprensión de Boaventura de Sousa Santos, y en esto coincide con Dussel, significa que tenemos que partir con y para los oprimidos y alterar su realidad.

Los derechos son muchos y no conviene seguir reconociéndolos, sugieren pensadores liberales, porque el costo de la “inflación de derechos” puede ser el desencanto y la imposibilidad de su protección.⁷² Un llamado a la no innovación y a dejar las cosas como están, que nos parece que desvía la atención sobre la problemática de los derechos. Por otro lado, la cuestión no está en los derechos sino en las garantías, como siempre lo sostuvo Bobbio, cuando consideraba que la importancia de los derechos no está en la fundamentación sino en su garantía: “el problema de fondo relativo a los derechos del hombre es hoy no tanto el de justificarlos, como el de protegerlos. Es un problema no filosófico, sino político”.⁷³ En el plano de la protección o garantía, su inexistencia o imperfección de modo alguno invalida la existencia del derecho —como sostenía Kelsen—, sino que demanda de parte de quienes piensan y crean derecho la necesidad de satisfacer los requerimientos de los derechos violados: “la ausencia de garantías debe ser considerada como una indebida laguna que los poderes

70 Santos, Boaventura de Sousa. *La globalización del derecho: los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. Bogotá, Universidad Nacional de Colombia/ILSA, 2ª reimp., 2002, pp. 211-212.

71 Santos, Boaventura de Sousa. *De la mano de Alicia: lo social y lo político en la postmodernidad*. Bogotá, Ediciones Uniandes/Siglo del Hombre Editores, 2006, p. 16.

72 Ignatieff, Michael. *Human Rights as politics and idolatry*, p. 90.

73 Bobbio, Norberto. *El problema de la guerra y las vías de la paz*. Barcelona, Gedisa Editorial, 2000, p. 128.

públicos internos e internacionales tienen la obligación de colmar”.⁷⁴ En otras palabras, el hecho de que los derechos no tengan garantías significa que el Derecho es el que tiene el problema y no los derechos humanos. Quienes hacemos Derecho estamos en deuda por no pensar en el contenido de los derechos ni en la eficacia de las garantías.

Finalmente, en cuanto a los *órganos*, parecería que el estado es una forma de organización política de la que no podemos separarnos. Todos los esfuerzos autorreguladores siempre han fracasado; parecería que el egoísmo, como parte del individualismo recalcitrante, es parte constitutiva de la mayoría de las personas. El estado, para garantizar los derechos sociales y la democracia constitucional, tiene que ser fuerte, tan fuerte para poder ser, al interno, un agente distribuidor de riqueza y generador de capacidades para que todas las personas y los pueblos puedan ejercer los derechos; al externo, tiene que ser tan fuerte para que pueda tener voz y pueda ser un interlocutor válido. El estado sin duda tiene una fuerte estructura liberal y ni siquiera compite con una propuesta de institucionalidad social que ni siquiera existe. La mayoría de gente requiere un estado solidario, democrático, participativo, transparente, responsable y todas esas palabras que constan en las constituciones y que solo pueden ser efectivas si la sociedad civil y los movimientos sociales se organizan y lo controlan.

El saber, el Derecho y la institucionalidad alternativa podría llamarse plurinacionalidad. De esto, como paradigma en construcción, podemos revisar el libro de mi autoría *Neoconstitucionalismo transformador*, Quito, Abya-Yala, 2011.

74 Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías: la ley de más débil*. Madrid, Trotta, 3ª ed., 2002, p. 63.

VII. Bibliografía

- Alexy, Robert. "Derechos fundamentales y estado constitucional democrático". *Neoconstitucionalismo(s)*. Ed. Miguel Carbonell, Madrid, Trotta, 2003.
- Anitua, Gabriel Ignacio. *Historias de los pensamientos criminológicos*. Buenos Aires, Editores del Puerto, 1ª Reimp., 2006.
- Ávila Santamaría, Ramiro. "El amparo constitucional: entre el diseño liberal y la práctica formal". *Un cambio ineludible: la Corte Constitucional*. Quito, Tribunal Constitucional, 2008.
- Badinter, Elisabeth. "El enigma masculino (la gran X)". *XY la identidad masculina*. Bogotá, Editorial Norma, 1993.
- Berlín, Isahia. *Dos conceptos de libertad y otros escritos*. Madrid, Alianza Editorial, 2001.
- Bimbi, Linda. *No en mi nombre. Guerra y Derecho*. Madrid, Trotta, 2003.
- Bobbio, Norberto. *El problema de la guerra y las vías de la paz*. Barcelona Gedisa Editorial, 2000.
- . *El tercero ausente*. Madrid, Ediciones Cátedra, 1997.
- Burgos, Germán. "¿De qué Estado de derecho nos habla el Banco Mundial? *La mano visible del mercado, derecho y economía*, Bogotá, ILSA, 2000.
- . *La caída del Angelus Novus: ensayos para una nueva teoría social*. Bogotá, ILSA, 2003.
- . *La globalización del derecho, los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. Bogotá, Universidad Nacional de Colombia/ILSA, 2da. reimp., 2002.
- Dussel, Enrique. *Política de la liberación, historia mundial y crítica*, Madrid, Trotta, 2007.
- Facio, Alda. "Metodología para el análisis de género del fenómeno legal". *Género y Derecho*. Eds. Alda Facio y Lorena Fries. México, American University, 2002.
- Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías: la ley de más débil*. Madrid, Trotta, 3ª ed., 2002.
- . "Derechos Fundamentales". *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid, Trotta, 2001.

- Freire, Paulo. “La teoría de la acción dialógica y sus características”. *Pedagogía del oprimido*. México, Siglo XXI, 53ª ed., 2000.
- Foucault, Michael. *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona, Gedisa, 2ª ed. corregida, 2003.
- . *The History of Sexuality: An introduction*, vol. I. New York, Vintage Books Edition, 1990.
- . *Surveiller et punir*. Paris, Gallimard, 2005 (1975).
- Fioravanti, Maurizio. *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*. Madrid, Trotta, 5ª ed., 2007.
- Fukuyama, Francis. *Our posthuman future: consequences of the biotechnology revolution*. New York, Picador, 2003.
- García Canclini, Néstor. *Latinoamericanos buscando lugar en este siglo*. Buenos Aires, Paidós, 2002.
- García Villegas, Mauricio. “Constitucionalismo perverso, normalidad y anormalidad constitucional en Colombia: 1957-1997”. *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, t. I. Boaventura de Sousa Santos y Mauricio García Villegas. Bogotá, Panamerica Formas, 1ª reimp., 2004.
- Holmes, Stephen y Cass R. Sustein. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York, Norton, 2000.
- Ignatieff, Michael. *Human Rights as politics and idolatry*. New Jersey Princeton University Press, 2001.
- López Medina, Diego Eduardo. *Teoría impura del Derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá, Legis, 3ª reimp., 2005.
- Nino, Carlos Santiago. “La relevancia de los derechos morales para la teoría y práctica jurídica”. *Ética y derechos humanos*. Buenos Aires, Editorial Astrea, 2ª ed. 2005.
- Nozick, Robert. *Anarchy, State and Utopia*. USA, Basic Books, 1974.
- Ramón Capella, Juan. *Fruta prohibida: una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y el estado*. Madrid, Trotta, 3ª ed., 2001.
- . *Entrada en la barbarie*. Madrid, Trotta, 2007.
- Rodríguez, César. “Una crítica contra los dogmas de la coherencia del derecho y la neutralidad de los jueces”. *Libertad y restricción en la decisión judicial*. Bogotá, Ediciones Uniandes, 1990.

- Roig, Arturo Andrés. *Ética del poder y moralidad de la protesta: la moral latinoamericana de la emergencia*. Quito, Corporación Editora Nacional/UASB-Ecuador, 2002.
- . “La dignidad humana y la moral de la emergencia en América Latina”. *Ética del poder y moralidad de la protesta, la moral latinoamericana de la emergencia*. Quito, Corporación Editora Nacional/Universidad Andina Simón Bolívar, 2002.
- Rousseau, Jean-Jacques. *El contrato social*. Bogotá, Panamerica Editorial, 1996.
- Santos, Boaventura de Sousa. *De la mano de Alicia: lo social y lo político en la postmodernidad*. Bogotá, Ediciones Uniandes/Siglo del Hombre Editores, 2006.
- Sastre Ariza, Santiago. “La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo”. *Neoconstitucionalismo(s)*. Ed. Miguel Carbonell. Madrid, Trotta, 2003.
- Sen, Amartya. *La libertad individual como compromiso social*. Quito, Abya-Yala, Ecuador, 1999.
- Steiner, Henry y Philip Alston. *International Human Rights in context, Law Politics and Morals*. Oxford University Press, 2ª ed., 2000.
- Touraine, Alain. *Un nouveau paradigme*. Librairie Arthème Fayard, Le livre de poche, 2005.
- Waltzer, Michael. *Guerras justas e injustas: un razonamiento moral con ejemplos históricos*. Madrid, Paidós Ibérica S.A., 2001.
- Zolo, Danilo. *La justicia de los vencedores: de Nuremberg a Bagdad*. Madrid, Trotta, 2006.

Internet

- Educyt, “10/05/1933 - Grupos nazis queman en Berlín libros considerados subversivos”, año 6, n.º 224, 3ª sección, 9 mayo 2003, Internet. <http://web.fcen.uba.ar/prensa/educyt/2003/ed224c.htm>. Acceso: 2 julio 2008.
- de Montesquieu, Charles Louis. Internet. http://es.wikipedia.org/wiki/CharlesLouis_de_Montesquieu. Acceso: mayo 2008.

Rousseau, Jean-Jacques. Internet. *<http://es.wikipedia.org/wiki/-Rousseau>*. Acceso: mayo 2008.

Instrumentos legales

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

Cultura jurídica y la enseñanza del derecho

I. Introducción

La desgracia de la función judicial es la desgracia de la universidad. Con esta frase quiero comenzar este ensayo (después de haber pensado días en cómo hacerlo), y adelanto con que quiero terminar afirmando que “la esperanza de la función judicial es la universidad”, a menos que, al llegar a ese momento final, se me ocurra algo más inteligente o interesante.

Me ha sorprendido mucho que varias cuestiones que planteo en este ensayo ya fueron dichas en el contexto latinoamericano y nacional: “Nada nuevo bajo el sol”. Novoa Monreal (1975) denunciaba que el derecho es un obstáculo al cambio,¹ Alberto Wray (1973) cuestionaba integralmente el sistema de enseñanza legal,² Ernesto Albán Gómez (1986) afirmaba que “el Derecho se está quedando rezagado, tal vez se ha convertido en un factor opuesto a las transformaciones”³ y Miguel Carbonell (2004) sostenía que la enseñanza del derecho manifiesta graves carencias y que la deficiente formación jurídica afecta a todos los ámbitos de ejercicio profesional del

1 Novoa Monreal, Eduardo. *El Derecho como obstáculo al cambio social*. México, Siglo XXI Editores, 10ª ed., 1981.

2 Wray, Alberto. *Derecho y realidad: la enseñanza legal en la sociedad subdesarrollada*. Quito, Centro de Publicaciones de la Asociación Escuela de Derecho, 1983.

3 Albán Gómez, Ernesto. “Hacia un nuevo Derecho penal”. *Estudios de Derecho Penal y Criminología*. Ibarra, Año Jubilar Cuadragésimo, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 1986, p. 12.

abogado.⁴ Han pasado varios años, la teoría del derecho se ha desarrollado considerablemente –nunca a la altura de las necesidades y dignidad de la gente–, se ha vivido un proceso de reforma judicial en la región, se han creado nuevas facultades de derecho en el país, se han renovado los programas de estudios de las facultades de derecho, y la cultura jurídica, las facultades de derecho y la función judicial siguen prácticamente intactas y resistentes, obligándonos a repetir los mismos diagnósticos, las mismas críticas y hasta las mismas renovadas esperanzas.

Antes de seguir escribiendo –y lamentablemente mal de las facultades de derecho– quiero, como dicen, “curarme en sano” y sostener que lo que voy afirmar se sustenta en mi experiencia como docente. Conozco varias facultades de derecho del país, en las que, por fortuna, he tenido la oportunidad de compartir conocimientos. Me siento una persona profundamente comprometida con la enseñanza del derecho (a la que me he dedicado desde el año 1993). Amo el derecho y tengo que admitir, con cierta vergüenza, que puedo relajarme leyendo un buen libro de derecho (del tipo *Ética y Derechos Humanos*, de C. S. Nino) con el mismo placer con el que leo una buena novela (del tipo *Memorias de Adriano*, de Marguerite Yourcenar). Tengo esperanza en las personas que estudian derecho y creo honestamente que tienen el potencial para usar el derecho como instrumento de justicia.

La idea central que voy a sostener es que existe una cultura jurídica⁵ formalista-inquisitiva que se mantiene y reproduce gracias a la universidad y que –esto es demasiado optimista, admito, pero quiero convencerme que puede ser cierto– cambiando la cultura jurídica se aporta al cambio de una sociedad inequitativa, excluyente y pobre.

Por otro lado, la forma de escribir responde a una ruptura académica, con el único objeto de acercarme más a los destinatarios de este artículo. Ustedes van a encontrar ciertas mezclas, que si habláramos de música las

4 Carbonell, Miguel. *La enseñanza del Derecho*. México, Editorial Porrúa, Universidad Autónoma de México, 3ª ed., 2008, pp. XIII y XIX.

5 “La cultura jurídica son las creencias, valores, ideas y expectativas de los hombres respecto a cómo funciona o debe funcionar el sistema jurídico al que están sometidos”: Peñuelas, Luis. *La docencia y el aprendizaje del derecho en España: una perspectiva de derecho comparado*. Madrid, Marcial Pons, 2ª ed., 1997, pp. 27, citado por Carbonell, Miguel. *La enseñanza del Derecho*. México, D.F., Editorial Porrúa/Universidad Autónoma de México, 3ª ed., 2008, p. 18.

denominaríamos *fusión*, en la que se encuentran referencias doctrinarias, testimonios personales y pedazos de literatura. Espero –y esto ya me dirán ustedes– que por la forma no se sacrifique el rigor académico de sustentar las afirmaciones y de proponer cuestiones nuevas reverenciando a quienes las idearon.⁶

En este ensayo (I) analizaré la cultura formalista, que es la que predomina en Ecuador, (II) señalaré a los actores que la reproducen, (III) intentaré describir, con las mismas categorías, una cultura alternativa y, finalmente, (IV) relacionaré las instituciones del Código Orgánico de la Función Judicial que tienen que ver con la universidad y su potencial llamado a transformar la cultura jurídica.

Finalmente, cuando me refiero, en términos generales, a las facultades de jurisprudencia, las exigencias y recomendaciones son dirigidas a las universidades públicas y a aquellas privadas que, por su misión (como las católicas⁷), tienen la obligación de transformar la realidad en contextos, como los ecuatorianos, de exclusión, marginación y pobreza.

II. La cultura formalista inquisitiva

Hay una pregunta que siempre la hago a abogados de Ecuador y Latinoamérica. ¿Cuántos libros de derecho leíste en la facultad de derecho? La respuesta es de lamentar. Con suerte, unos hemos leído el mismo texto escrito por el profesor y transmitido textualmente en la clase. Me acuerdo,

6 Este estilo ya lo experimenté en un ensayo anterior, denominado “La rehabilitación no rehabilita, la ejecución de penas en el garantismo penal”. Silva Portero, Carolina. *Ejecución penal y Derechos humanos: una mirada crítica a la privación de la libertad*. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008; lo que me animó a seguir explorando formas distintas de comunicar el derecho es que este ensayo, como pocos otros anteriores, provocó más de un comentario positivo y de más de una persona no abogada.

7 La Oficina Internacional de Educación Católica, en el Congreso de Bangkok (1982), determina que “para educar en los valores para las sociedades del año 2000, uno de los aspectos de la situación histórica actual es la decadencia del respeto a los valores esenciales que deben seguir la vida humana: la moral, la justicia y el amor”, citado por Monesterolo Lencioni, Graciela y Ernesto Vásconez Ribadeneira. *Propuesta de un rediseño curricular y de una metodología innovadora para la formación profesional en la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE*. Quito, PUCE, 2008, p. 33.

por ejemplo, el mejor profesor magistral que he tenido, el doctor Eduardo Carrión Eguiguren, tenía un libro que no solo que no era obligatorio leerlo sino que se molestaba cuando alguien lo abría mientras él hablaba (Eduardo Carrión, *Curso de Derecho Civil de los bienes*). Afirmaba el doctor Carrión algo así como “cierre el libro, Señor, para que cree que estoy yo aquí”. Efectivamente, palabras más palabras menos, repetía lo que estaba en el libro. En esas clases, por supuesto, no era necesario tomar apuntes y para el examen leíamos y nos aprendíamos su libro. Con un poco más de suerte, algún profesor, excepcionalmente, nos mandaba una lectura de algún libro; me acuerdo, por ejemplo, que en Introducción al Derecho nos hicieron leer una parte del libro de Carlos Santiago Nino, *Introducción al análisis del Derecho* que, por cierto, hasta muy tarde después de la universidad algo lo entendí. Y ya. El colmo de suerte era que nos manden un libro entero. Me acuerdo haber leído un libro de penal, el clásico de Cesar Beccaria, *De los delitos y las penas*,⁸ y otro libro de Eduardo Galeano en Sociología jurídica, *Las venas abiertas de América Latina*. De ahí, pare de contar. Lo que leíamos durante los seis años eran los apuntes del mejor alumno o alumna, que se reproducía casi como un texto inédito y esclarecedor, y un día o dos antes de los exámenes. O sea, en balance, en la facultad de derecho leímos tres libros, un artículo y cientos de apuntes de clase.

Ahora quiero acordarme de una típica clase de derecho. El profesor entraba el aula, muy solemne, y comenzaba a hablar, seguir hablando y terminaba la sesión con el estruendoso sonido de una sirena, que interrumpía su discurso; algunos profesores hasta se sentaban a leer y estos sí que nos aburrían. En general, salvo —siempre excepciones— pocas materias, los estudiantes estábamos sentaditos, no opinábamos (porque además teníamos miedo a la reprimenda si era una pregunta que se podía considerar estúpida) y más de una vez solo el cuerpo estaba presente.⁹

8 Beccaria, a pesar de las críticas profundas que le hace Foucault en *Vigilar y castigar*, no deja de ser una de las obras clásicas en el derecho penal liberal, una joya que demuestra cómo la doctrina puede alterar la cultura jurídica de la época, de la que ahora somos tributarios, y mandar a leerlo en la Facultad fue un acierto del profesor, doctor Ricardo Vaca Andrade. Véase Beccaria, Cesare. *De los delitos y de las penas*. Madrid, Alianza Editorial, 3ª reimp., 1986.

9 Véase descripciones de otra generación sobre las clases de derecho en Fernando Lugo, *Veinte*, Alfaguara.

La enseñanza legal se basa “en términos generales en la transferencia de conocimientos por medio de clases magistrales, con muy poca participación de los estudiantes”.¹⁰ La pregunta ahora es, durante cincuenta minutos, ¿qué es lo que tanto hablaban los profesores y profesoras?

Siempre me han impresionado las personas con buena memoria (¿será porque tengo mala memoria y me ha costado aprender?) y, entre estas, los profesores de derecho y, en particular, los de derecho civil. No solo que se sabían, con puntos y comas, qué decía el artículo sino el número y exacto. A veces, con un alarde de modestia, decían algo así como “revise el Art. 1315, segundo inciso, o por ahí”. Y acertaban, preciso. Hay algunos artículos que todavía me acuerdo, por ejemplo, el de los requisitos de la prisión preventiva en el Código de Procedimiento Penal de 1983, que era el artículo 177. Lo que tanto hablaban los profesores era el texto de la ley. “La argumentación no tiene tanta importancia cuando lo que domina es el método memorístico... simplemente para aplicarlo (el ordenamiento) en los términos en que esté establecido por el legislador...”¹¹

Un profesor —al que yo siempre he admirado y que sufrí su muerte—, que enseñaba Derecho Civil, Libro I, solía extender los brazos hacia el cielo y, como si hiciera una plegaria e invocara inspiración divina, decía “el sabio legislador lo que quiso decir...” La ley se iba replicando en nuestras cabezas como si fuera en piedra. Las múltiples ficciones del derecho se iban asimilando poquito a poquito, desde el primer día de clases hasta que uno se graduaba. La sabiduría del legislador (y esta era particularmente obvio en el derecho civil, cuando uno tenía que hacer reverencia a Don Andrés Bello), lo incuestionable de la ley, los métodos de interpretación que estaban diseñados para entender la ley desde la ley, y las múltiples referencias (concordancias) con otras leyes, estructuraban nuestra mente jurídica. Después asociaría este fetichismo por la ley con la máxima kantiana “la ley es la ley” y que no debe haber cuestionamientos ni otra motivación que cumplirla.

10 Simon, Farith y Marco Navas. *Diagnóstico de la enseñanza legal de los Derechos Humanos en el Ecuador*. Quito, PUCE/American University/Red Académica de Derechos Humanos, 2003, pp. 33-61.

11 Carbonell, Miguel. *La enseñanza del Derecho*. México, Editorial Porrúa/Universidad Autónoma de México, 3ª ed., 2008, p. 21. Sobre la memorización, Carbonell sigue, desde la pp. 74-76, a Pérez Lledó, Juan Antonio. “Teoría y práctica en la enseñanza del derecho”. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*. Madrid, n.º 6, 2003.

El objeto de estudio del derecho no podía ser otro que la ley. Un gran jurista que ha sido reiteradamente citado para reforzar la idea de que la ley es el centro del estudio y que nuestro estudio memorístico era una ciencia, es H. Kelsen.¹² A Kelsen tampoco lo leí en la universidad sino muchos años más tarde, para darme cuenta que la fama de este jurista la tenía muy merecida y lamentarme de no haberlo leído antes. También suelo preguntar en algunas clases sobre qué es lo que saben de Kelsen. Inmediatamente todos, sin excepción, me responden “la pirámide de Kelsen”. Muy bien –prosigo– ¿Alguien ha leído a Kelsen? Entonces, nadie, también sin excepción, responde afirmativamente.

El doctor Julio César Trujillo suele decir que hay que leer a Kelsen para luego criticarlo. Y eso es lo que he venido haciendo estos años en mis clases. La *Teoría Pura del Derecho*, quizá solo equiparable al *Concepto del Derecho* de Hart, es uno de los libros más importantes de la cultura jurídica latinoamericana. Mejor dicho, lo que se cree que dijo Kelsen es uno de los pilares que sostienen el formalismo jurídico.¹³

Siempre he dicho que a Hans Kelsen hay que contextualizarlo históricamente para comprenderlo. Kelsen escribió su libro en 1934, en la misma década en que tuvo que salir de Alemania y en la misma época en la que Europa vivía el fascismo. En esta realidad, nada mejor que crear una teoría para que los jueces procuren evitar la “contaminación” política en el ejercicio de la judicatura. En efecto, Kelsen se propuso distinguir el derecho de la naturaleza, el derecho de las ciencias sociales, el derecho de la moral y, con toda esta limpieza teórica, afirmar que el derecho es una ciencia autónoma, que tiene un objeto de estudio propio y también su método.

Veamos muy sintéticamente estos postulados (esto, sin duda, es un atrevimiento teórico, pero imposible de saltármelo por dos razones: demostrar que he leído y sintetizar la teoría para explicar los efectos en la cultura formalista). El derecho no es una ciencia de la naturaleza porque no responde a fenómenos causales, que pueden ser aprehendidos por métodos empíricos. Siempre que hay calor, un metal se expande, pero no siempre que alguien roba tiene una pena de cinco años; el efecto en las

12 Kelsen, Hans. *La teoría pura del Derecho*. Trad., Moisés Nilve. Buenos Aires, Eudeba, 4ª ed., 2003.

13 Véase sobre la recepción de su teoría en la región Diego López, *La teoría impura del Derecho*.

ciencias de la naturaleza se produce espontáneamente sin la intervención del ser humano, en el derecho en cambio el efecto solo se produce si una autoridad estatal interviene (a este fenómeno lo denominó “imputación”). Las ciencias sociales, incluida la política, de igual modo, responden también a la lógica causa-efecto. Con relación a la moral, que es el gran debate inacabado aún de la filosofía del derecho, Kelsen distingue las normas morales de las jurídicas mediante el concepto de validez, por medio del cual una norma solo puede ser expedida por autoridad competente y de acuerdo a un procedimiento reglado por las mismas normas, que es lo que Dworkin denominaría un tanto peyorativamente el *test de pedigree*.¹⁴

El principal efecto de la *Teoría pura del Derecho* es que nos dejó a los juristas literalmente solos y huérfanos. Solos porque rompimos fatalmente con las ciencias sociales y huérfanos porque el avance de las otras ciencias, particularmente en los métodos, que había costado años, dejará de ser referencia para el derecho. De ahí en adelante el derecho será autorreferencial, se bastará a sí mismo, y su aplicación es una mera operación.¹⁵

Cuando decimos que el derecho es autoreferencial tenemos que pensar en esas personas autosuficientes, que creen que no necesitan de nadie para sobrevivir (hasta que su gato se queda colgado en un árbol y requieren de los bomberos para bajarlo). ¿Cómo resuelvo un problema jurídico? ¿Cómo atiendo un caso difícil? ¿Cómo aprendo derecho? ¿Cómo transmito el derecho? Toda respuesta la encuentro en el derecho. Por eso G. Zagrebelsky¹⁶ ha dicho que los juristas tenemos la cabeza en las nubes, forma elegante para decir que vivimos en una burbuja. Toda realidad problemática en términos jurídicos debía ser subsumida en una norma. Las famosas normas de interpretación, cuando la ley no era entendible de la sola lectura, nos remiten a la ley. Algo así como si nuestro más respetable profesor ordenara: entienda la ley letra por letra, si no puedes, ayúdate de una norma parecida, si no puedes, sírvete de otra ley, si no puedes, encuentra el espíritu de la ley, si no puedes, busca otra ley aunque sea de otro país, pero eso sí, nunca de los nuncas dejes de observar la ley, y si no

14 Ronald Dworkin, *Tomando los derechos en serio*.

15 Morales de Setién Ravina, Carlos. “La racionalidad jurídica en crisis: Pierre Bourdieu y Gunther Teubner”. *La fuerza del Derecho*. Bordieu y Gunter Teubner. Bogotá, Ediciones Uniandes, 2005.

16 Zagrebelsky, Gustavo. *El Derecho dúctil*. Madrid, Trotta, 4ª ed., 2002.

puedes, ándate a cultivar al campo. “La estructura del currículo se organiza en función de los textos legales, llegando inclusive a llamarse las diferentes materias de acuerdo a los textos legales”.¹⁷ Por esto es que, en una entrevista de radio (febrero, 2009), el presidente de la Federación de Ministros de Justicia de Iberoamérica, Víctor Moreno Catena, afirmaba que, de su experiencia académica cuando estudiantes ecuatorianos solicitaban ingreso en universidades españolas, había podido apreciar que nuestros programas de estudio de derecho eran propios del siglo XIX y, con suerte, de principios del siglo XX.

La aplicación del derecho se redujo a una mera operación, que en las facultades de derecho lo referían al famoso silogismo jurídico, por el que teníamos una norma legal, con carácter general y abstracto, a la que había que subsumir un hecho, que era personificado y concreto, y que nos daba como resultado la consecuencia prevista en la ley. En este famoso silogismo el juez, el jurista, el litigante lo que tenía que hacer era encontrar la norma a la que debe adecuarse el caso. Una vez encontrada la norma, problema resuelto. Por esto es que se dice que el juez es pasivo.

Ahora bien, el problema no es solo que se enseña la ley como centro y objeto del análisis del derecho, sino que además esta ley está vinculada con el derecho privado. El Código Civil y sus categorías siguen siendo la estructura de la carrera de derecho y de la forma de entenderlo. El derecho público es secundario y hasta funcional al derecho privado. No es casual que la justicia contenciosa administrativa y la doctrina haya tenido un desarrollo tan limitado e incomparablemente inferior si lo relacionamos con el derecho privado. Tampoco es casual que derecho constitucional se haya focalizado en la estructura y regulación orgánica del estado y que el derecho de los derechos humanos sea, con suerte, un dato en las materias de derecho constitucional o filosofía del derecho o una materia de carácter electivo. El desarrollo protagónico y exclusivo del derecho privado, como afirma A. Wray, que protege “sin limitaciones la propiedad privada sobre toda clase de bienes (concebiré) como una legislación básicamente injusta”.¹⁸ Demás decir, a estas alturas de la vida globalizada en que vivimos, que el derecho constitucional y los derechos irradian

17 Farith Simon y Marco Navas, *op.cit.*, p. 24.

18 Wray, Alberto. *Derecho y realidad: la enseñanza legal en la sociedad subdesarrollada*. Quito, Centro de Publicaciones de la Asociación Escuela de Derecho, 1983, p. 7.

a todo el sistema jurídico, y que no se puede concebir el derecho nacional sin el derecho internacional.¹⁹

Entonces, resumiendo hasta ahora, la finalidad del derecho es comprender y aplicar la ley, el contenido y el objeto de estudio es la ley y el método para conocer el derecho es el memorístico del texto legal, informar y no formar,²⁰ y el de aplicación es el exegético. Todo en la ley, todo desde la ley, todo para la ley, nada fuera de la ley: el derecho –así entendido– es autoreferencial y fetichista. O, como lo decía hace exactamente treinta años un jurista latinoamericano, “los sistemas de enseñanza en nuestra facultad de derecho reflejan en términos generales los mismos vicios que observamos en todo el subsistema educativo nacional. Es decir, énfasis en la enseñanza más que en el aprendizaje, actuación protagónica del profesor y no del estudiante; contenidos informativos desactualizados y ambiguos, evaluaciones arbitrarias y subjetivas y, lo que es más grave aún, asimilación de aprendizaje a la idea de memorización, ritualista y acrítica”.²¹ En palabras de un docente ecuatoriano, más actuales y cercanas, “las Facultades de Derecho ecuatorianas han mantenido un tipo de enseñanza centrado en la información... se ha ensañado “leyes”, no derecho, sin que los esfuerzos de reforma académica emprendidos en los últimos veinte años, que nunca han tocado ni los contenidos ni los métodos, hayan cambiado este objetivo implícito”.²²

19 Véase sobre las interrelaciones del derecho público con el privado y del derecho internacional con el nacional Carbonell, Miguel. *La enseñanza del Derecho*. México, D.F., Editorial Porrúa/Universidad Autónoma de México, 3ª ed., 2008, pp. 52-55.

20 *Ibid.*, p. 29.

21 Colmenarez M., Néstor E. *Modelo de docencia jurídica: teoría y estructura*. Caracas, Universidad de Carabobo/Editora Fórmula, 1978, p. 11

22 Wray, Alberto. *Diagnóstico sobre el estado de la enseñanza del Derecho en el Ecuador*. Quito, Corporación Editora Nacional, 1999, p. 9. Este texto de Wray, escrito en los años ochenta, impresiona porque su denuncia en relación con la enseñanza del derecho sigue siendo actual, aunque el punto de partida es la crítica marxista al derecho y se nota una evidente ausencia de discurso de derechos (quizá por el punto de partida mismo; no hay que olvidar que Marx consideraba que los derechos son una manifestación más del derecho burgués) y también en la ausencia de reflexión sobre la praxis transformadora a través de los Consultorios Jurídicos Gratuitos. En el año 1999 Wray vuelve a escribir sobre la enseñanza legal, para justificar la reforma al pensum, *Diagnóstico sobre el estado de la enseñanza del derecho en el Ecuador*, y, supongo por el paso del tiempo, la transformación de la realidad y la lucha contra la injusticia no es ya evidente. Parecería, en este ensayo, que lo que prima es la realización crítica del derecho pero no necesariamente vinculada a la alteración de la realidad, tampoco hay discurso de derechos ni énfasis en la pugna derecho público y privado.

Con relación a la enseñanza en México, Carbonell manifiesta que “la idea del profesor que llega a la clase, sube al estrado y comienza un largo monólogo que puede durar una hora o más y que en todo caso consume casi todo el tiempo de la clase, refuerza el componente memorístico de la enseñanza del derecho. Si el alumno no tiene oportunidad alguna de intervenir y si el profesor se representa a sí mismo como un simple “transmisor” de conocimientos, es obvio que la capacidad que se puede llegar a desarrollar tiene que ver con la obtención de contenidos informativos...”²³

A esta cultura formal hay que agregarle el ingrediente inquisitivo. Lo inquisitivo suele asociarse a la época de los tribunales de la inquisición (hay que acordarse de películas como la del juicio a Galileo o el Nombre de la Rosa, o los museos de la inquisición que hay en Lima o en México, D.F.) en que los jueces y tribunales eran juez y parte, que inspiraban algo más que miedo, todo era escrito y secreto, la principal prueba era la confesión, además arrancada mediante tortura, las penas eran infamantes y desproporcionadas (basta leer la introducción a *De los delitos y las penas* hecho por Beccaria o la descripción del sistema penal realizado por Foucault en *Vigilar y Castigar*), por eso, alguien afirmaba que “pensamos en la inquisición evocando grilletes, hierros candentes, mazmorras y alaridos de dolor”,²⁴ y era un aparato que se utilizaba para la persecución política. También la cultura inquisitiva suele hacer referencia exclusivamente al sistema penal, como un sistema ya superado por las reformas procesales de los años noventa mediante las cuales se estableció, al menos formalmente, el sistema acusatorio-adversarial.

Lo inquisitivo no es, pues, solo una época histórica y un procedimiento penal superado. Lo inquisitivo es parte de la cultura formal que está enraizada ahora y en todo procedimiento judicial y que no ha habido reforma judicial que haya podido erradicarla.²⁵

La cultura inquisitiva, para A. Binder, se manifiesta en el *culto a la forma*, que es la “idea mágica de que la preservación de ciertas formas

23 Carbonell, Miguel. *La enseñanza del Derecho*. México, Editorial Porrúa/Universidad Autónoma de México, 3ª ed., 2008, p. 77.

24 Malamud, Jaime. Prólogo. *Problemas del Derecho procesal penal contemporáneo*. Por Alberto Bovino. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006, p. I.

25 Alberto Binder, “Perspectivas de la reforma procesal penal en América Latina”, 2004, p. 199.

permite solucionar el conflicto; o bien de que se puede acceder a la verdad mediante la ritualización de ciertos actos”.²⁶ Y la forma va desde el cosido de los expedientes que pasan al juez hasta las fórmulas sacramentales que constan en las actas de las audiencias y en las providencias. Me acuerdo una vez que me inadmitieron una acción de amparo por no haber puesto un juramento “de conformidad con la resolución publicada en el Registro Oficial N. 559 del 19 de abril del 2002 de la Corte Suprema de Justicia”; en *servicio a la rutina*, que son “rituales superficiales que conforman la vida del trámite Judicial”.²⁷ Asimismo, en el uso del *lenguaje oscuro* que aleja a las personas comunes y corrientes de la ley y la justicia y —esto es lo peor— hace que los abogados seamos indispensables; en la *mentalidad burocrática*, que hace que los funcionarios y hasta los usuarios insertos en el sistema de justicia seamos ineficientes y desperdiciemos los recursos (incluido el tiempo por supuesto); en la *delegación de funciones* por la que quienes realmente toman las decisiones son funcionarios que no tienen las competencias legales y el juez simplemente se convierte en un firma papeles; un juzgado es, “en última instancia, una gran maquinaria de producir expedientes, certificaciones, notificaciones, etc., donde el juez es una suerte de manager de tal oficina burocrática e ineficiente antes que un verdadero juez”;²⁸ en el fortalecimiento de un aparato de justicia, incluyendo a los abogados, que controlan las formas y sancionan su violación, y entonces, la actitud de las personas es de *temor* a no conocer y respetar las formas y a perder las causas por omisión de las formas.

Una manifestación más es la cultura patriarcal, entendida no solo por la prevalencia de lo masculino,²⁹ sino en las formas de manifestarse: la *verticalidad* y la *sacralidad*. La verticalidad es propia de sociedades autoritarias, en las que existe una cabeza con poder de decisión y sanción, y las personas que están sometidas a su poder, al más puro estilo militar, escolar o monárquico, de los que hemos sido tributarios desde nuestra historia preincásica, acentuada en la colonia y reforzada por nuestros regímenes

26 *Ibid.*, p. 200.

27 *Ibid.*

28 *Ibid.*, p. 201.

29 Ávila Santamaría, Ramiro. “Crítica al Derecho y a la Facultad de Jurisprudencia”. *Revista Ruptura de la PUCE*. Quito, 2006.

presidencialistas. La sacralidad tiene que ver con la influencia religiosa y hasta con el derecho canónico, que no fue erradicada ni con las revoluciones liberales (si bien quitaron las tierras a la Iglesia, el poder simbólico en las conciencias de las personas sigue en pie, y basta apreciar esa presencia de unos sumisos pecadores y otros poderosos con poder de absolución en todas nuestras fiestas populares: la peregrinación al Quinche, la procesión del Jesús del Gran Poder (Quito) o del Cristo del Consuelo (Guayaquil). “Se han ido desarrollando –y se conservan de manera subterránea– fórmulas que conforman una suerte de “religión laica”, acerca de lo que significa administrar justicia y acerca de la función del juez. Esta falsa sacralidad le otorga a la persona y a la Función una legitimidad que no siempre proviene de su Función o de su inserción social, sino del hecho de que constituye una surte de delegación del poder divino”.³⁰

La consecuencia de la cultura formal-inquisitiva es que las personas, abogadas, abogados, litigantes, juezas y jueces, profesoras y profesores del derecho y juristas somos profundamente *conservadores, pasivos y resistentes* al cambio.

Las personas conservadoras tenemos fijación en el pasado (me reconozco conservador y con conciencia hago un esfuerzo racional por intentar alterar mi realidad) y, con esta actitud, las cosas no cambian y se mantiene, como dicen, el *establishment*. Creemos –como dice el refrán– que “cualquier tiempo pasado fue mejor” (*Jorge Manrique, Coplas a la muerte de su padre*) y nos resistimos al cambio por miedo a lo desconocido o por sospecha de que es más catastrófico que la realidad que se quiere cambiar. Siempre es más cómodo moverse por los caminos que uno ha recorrido, y esto no es solo metáfora, por eso caemos fácilmente en la rutina en todos los ámbitos de la vida y en los espacios donde nos desenvolvemos (casa, trabajo, universidad, diversión); por eso también los eventos que alteran nuestra rutina son al principio rechazados. Siempre recuerdo, por ejemplo, lo que significó el cambio de las máquinas de escribir a las computadoras, y el cambio de las cartas escritas con puño y letra, enviadas por correo terrestre a las cartas escritas en aparatos electrónicos y enviadas por Internet. Caminamos con la cabeza mirando para atrás. Volviendo a los

30 Binder, Alberto. “Perspectivas de la reforma procesal penal en América Latina”, p. 203.

juristas, no es casual que pensemos que los diputados de hace tiempo (distinguidos aristócratas) eran dignos representantes del país, grandes oradores y políticamente correctos, lo mismo para calificar a los jueces, a los juristas y que, en el análisis del derecho, recurramos con frecuencia al “espíritu” del legislador. Cuando he leído los libros de nuestros juristas, se puede confirmar que lo que hemos hecho es reproducir las obras del pasado, actualizarlas, difundirlas y mantener la realidad. En el peor de los casos, o sea cuando no reproducimos o reforzamos la realidad, somos patéticamente pasivos. La pasividad tiene que ver con el conformismo. Para qué intentar cambiar o esforzarse si, primero, no depende de nosotros y, segundo, es tan complicado que cualquier esfuerzo es vano. Nos conformamos y nos adaptamos a la realidad. Y el mundo va *luimême*.

Si preguntamos cuáles son las características de la ley, sin duda alguna, y además con razón, nos diría un estudiante de derecho que la ley es general y abstracta. La verdad es que estas características son manifestaciones de la seguridad jurídica. Al ser general, la ley, a diferencia de los regímenes autoritarios, no está destinada para favorecer o perjudicar a una persona o grupo humano, entonces es una manifestación de la igualdad ante la ley. Al ser abstracta, establece condiciones de aplicación que no tiene relación con los casos concretos que suceden en la vida; luego, las leyes tampoco tienen dedicatoria. El problema con la retórica de *impersonalidad y neutralidad* es que se confunde la característica de la ley con el quehacer jurídico. Entonces, así como es la ley es el jurista, los jueces, las sentencias y, en general, la materialización de la administración de justicia. Nada más alejado de la realidad. En la práctica, y esto lo demuestra la escuela crítica realista norteamericana (Duncan Kennedy es uno de los que de forma convincente ha escrito sobre este aspecto, de paso me permito reconocer que este autor escribe como me gustaría a mí: informal, profundo, directo; soy, como podrá apreciarse cuando se lea a Kennedy, un mal émulo),³¹ las personas al interpretar y aplicar la ley somos todo menos impersonales y neutros. Algunos somos ingenuos o indiferentes y actuamos sin saber qué intereses protegemos, “nadie sabe para quien juega”, otros, en cambio, incluidos los jueces, “jalan el agua a su molino”.

31 Kennedy, Duncan. *Libertad y restricción en la decisión judicial*. Bogotá, Ediciones Uniandes, 2002.

Al enfrentarse la ley, no solo es el título preliminar del Código Civil que trata sobre la interpretación lo que nos ayuda a comprenderla, sino todo el bagaje de conocimientos y hasta prejuicios que tiene la persona y que, sin duda, inciden en la aplicación. Si los jueces están “contaminados” con su cultura jurídica y valores morales, no se diga un abogado litigante que es pagado para que defienda un interés y que interpreta los hechos y la ley en función de lo que le conviene a su cliente. En general, detrás de la neutralidad –insistimos– las facultades de derecho han privilegiado “los enfoques y contenidos del derecho civil (privado) sobre uno de Derecho público... en la dicotomía entre Derecho público y privado a partir del cual se construyen los estudios de Derecho, daría la impresión de que se han olvidado de las necesidades (los Derechos) de las mujeres y los hombres, de carne y hueso”.³² La docencia universitaria tampoco es neutra. “Se puede decir en general que la educación, dada su propia naturaleza, no es una actividad neutra y aséptica, sino que inevitablemente en ella inciden factores de diverso tipo como lo ideológico, ético-moral, político, cultural y social. Todos estos factores se manifiestan en lo que técnicamente se conoce como currículo oculto”.³³

Con relación a la neutralidad y el efecto conservador, A. Wray sostiene que el convencimiento de la enseñanza legal como neutra políticamente es una forma de eludir el problema de las facultades de derecho de forma intencional. “Y digo intencionalmente porque considero que el neutralismo, tanto en las ciencias como en la política, no es una simple casualidad, sino que, al contrario –y no creo descubrir nada nuevo al afirmarlo–, es la más eficaz de las tácticas utilizadas por las tendencias conservadoras. Simplemente un ardid reaccionario”.³⁴

32 Farith Simon y Marco Navas, *op. cit.*, p. 71.

33 Monesterolo Lencioni, Graciela y Ernesto Vásquez Ribadeneira. *Propuesta de un rediseño curricular y de una metodología innovadora para la formación profesional en la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE*. Quito, PUCE, 2008. Este libro explica la reforma que se está implementando en la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE. Sin duda, existe un avance muy notable en relación con aspectos pedagógicos y a la vinculación de la praxis como parte de la enseñanza del derecho. Sin embargo, sorprende, cuando se trata sobre la teoría del derecho, que se utilice como libro eje la *Metodología del Derecho* de Francesco Carnelutti, escrito en 1939. En este punto, creo que la teoría del derecho ha evolucionado considerablemente y que, siendo imprescindible el método, el fin, también lo es el contenido.

34 Alberto Wray, *Diagnóstico sobre el estado de la enseñanza del Derecho en el Ecuador*, p. 8.

Con palabras más, palabras menos, A. Wray³⁵ denominaba a esta cultura como “derecho tradicional” y lo caracterizó como el derecho neutro, puro, resistente al cambio, en el que se conserva una realidad injusta y las innovaciones (reforma) lo único que hacen es perfeccionar el sistema vigente, y en el que los juristas hacemos una labor meramente exegética.

Uno de los autores que se me viene a la mente para reflejar la cultura jurídica formal e inquisitiva es, sin duda, Kafka. Quizá no haya mejor metáfora que la descrita en *El Proceso*.³⁶ Joseph K., un día, de esos de rutina, de pronto le informan que se ha abierto un proceso en su contra, entra en una pesadilla y tiene que soportar un trámite que nunca lo entenderá, hasta que al final sufrirá una pena manifiestamente desproporcionada; en la novela aparecerán personajes que pintan nuestra realidad, por ejemplo, el abogado Herr Huld que cuenta buenas anécdotas pero que no aporta en nada a la defensa, y el pintor Titorrelli, que retrata a los jueces, y que su influencia sería importante para persuadir a los jueces para fallar a favor de Joseph K. Alguna vez, cuando era profesor de derecho procesal penal en la universidad, mandé a leer este libro a mis alumnos. Algunas personas me reclamaron porque no veían relación entre el libro y la clase. Otras comprendieron que lo que le pasó a Joseph K. es exactamente lo que le pasa a cualquier procesado. Joseph K., en otras palabras, se enfrentó a nuestra cultura formal-inquisitiva.

2.1. La reproducción de la cultura jurídica

La cultura jurídica se reproduce por medio de todos los actores que intervenimos en la justicia, incluido, por supuesto, con particular énfasis, la universidad. Voy a echar mano de la teoría del campo jurídico, de P. Bourdieu,³⁷ para explicar el círculo vicioso en el que nos encontramos para mantener al derecho. El campo social fue una categoría que creó Bourdieu para explicar los espacios de actividad determinados por estructuras y reglas que se desarrollan al interior del mismo. Uno de los campos sociales

35 *Ibid.*, pp. 11-20.

36 Kafka, Franz. *El proceso*. Bogotá, Seix Barral/Oveja Negra, 1983.

37 Bourdieu, Pierre. “Elementos para una sociología del campo jurídico”. *La fuerza del Derecho*. Pierre Bourdieu y Gunter Teubner. Bogotá, Ediciones Uniandes, 2005.

es el jurídico. En el campo jurídico encontramos una división del trabajo identificable, que, en primer lugar, discierne a los profanos (la gente común y corriente) de los profesionales del derecho (aunque no necesariamente tienen título profesional), quienes son “el conjunto de agentes que se ganan la vida mediante la producción y la venta de bienes y servicios jurídicos”.³⁸ En el campo jurídico existe una disputa simbólica por el capital jurídico (conformado por la capacidad que tiene un grupo para dominar a otro basado en las influencias, el dinero o el prestigio), que es como “una reserva de autoridad que garantiza, de forma similar a un banco central, la autoridad de los actos jurídicos singulares”.³⁹

Una primera división de trabajo, en nuestro campo, es la de teóricos y prácticos. Entre los teóricos encontramos a los profesores, con un puesto privilegiado, y a quienes elaboran doctrina. Entre los prácticos a los jueces, que valoran el derecho a los casos particulares, a los productores de normas, los expertos judiciales (abogados litigantes), que ponen toda su competencia al servicio de los intereses de su clientela, que, entre otras estrategias para lograr sus metas, también son profesores, inciden en la producción legal y mueven influencias para anular los efectos de la ley. Como profesores crean la doctrina, “que reproduce y refuerza la dominación”⁴⁰ y, como litigantes y jueces, tienen el monopolio de los instrumentos jurídicos, que excluye a los profanos, y con ellos “el poder de manipular las aspiraciones jurídicas, de crearlas en ciertos casos, de amplificarlas o de disuadirlas en otros”.⁴¹

Estamos diciendo, en otras palabras, que la cultura jurídica es un sistema compuesto por varios actores que cumplen funciones específicas para mantenerla y reproducirla. Ahora bien, al decir que hay disputas simbólicas, se afirma que podría haber otra direccionalidad del sistema. El problema no son los agentes que intervienen, y que parecería no podrían dejar de intervenir, sino la finalidad. La finalidad actualmente es instrumentalizar el derecho para “imponer una *representación oficial* del mundo social que sea conforme a su visión del mundo y favorable a sus intereses”.⁴²

38 *Ibid.*, p. 167.

39 *Ibid.*, p. 172.

40 *Ibid.*, p. 170.

41 *Ibid.*, p. 190.

42 *Ibid.*, p. 213.

Pero la finalidad puede alterarse y esto significa que debe existir otro grupo de agentes que desarrolle doctrina, jurisprudencia y alegatos distintos.

El círculo cerrado, que da vueltas, comenzaría con la universidad, que es el espacio privilegiado para “formar” personas, ahí encontramos a los profesores que hacen doctrina y a los que reproducen el conocimiento jurídico, algunos de ellos también son litigantes y se convierten en modelos de litigantes-exitosos. Progresivamente los estudiantes se van formalizando, incluso en sus formas de vestir (hasta uno se siente medio mal cuando al final de la carrera no trabaja en un bufete jurídico o en la institución modelo, que iba entre el Servicio de Rentas Internas y la Cancillería) hasta en sus formas de comportarse (las famosas poses que tenemos los abogados y que capaz son hasta atractivas). Poco a poco los estudiantes y los abogados recién graduados van adquiriendo, sin cuestionarse y hasta pensando que las normas son justas, las habilidades para interpretar la “letra colorada” (nunca entendí el por qué de colorada, pero la idea de que había un código oculto que podía ser utilizado para exclusivo interés del abogado que lo necesita, se lo entendía a cabalidad), y nos vamos ubicando y llenando las plazas para hacer proyectos de ley, para aprobarlas, para interpretarlas, para aplicarlas, para usarlas y hasta para violarlas.

Los “profanos”, mientras tanto, deben estar tan lejos como se pueda, sirven en tanto son ejemplos, casos, problemas jurídicos, pruebas o clientes. Conviene que no entiendan de las leyes y su interpretación porque, no democratizando el conocimiento, se garantiza la exclusión del poder y el uso intencionado del derecho por sectores minoritarios con intereses particulares.

Recapitulemos, para destacar el cambio de paradigma, sobre los ejes de la cultura formal-inquisitiva: el fin es controlar y mantener el statu quo, el contenido es la ley abstraída de la realidad en la que se aplica y a la gente a la que afecta, el método es el exegético y se transmite el conocimiento mediante clases magistrales y estudiantes receptivos, la evaluación es memorística; la cultura inquisitiva rinde culto a la forma, es burocrática, vertical, rinde culto al trámite, es secreta, escrita, basada en la delegación de la facultad de decisión del juez a funcionarios administrativos, da apariencia de impersonalidad y neutralidad.

2.2. Una cultura alternativa y comprometida

¿Puede existir una Facultad de Derecho distinta? ¿Pueden los estudiantes tener expectativas de formación diferentes a la que están recibiendo? ¿Pueden existir en las facultades otros fines, métodos, contenidos, evaluaciones y actores? ¿Puede existir, en suma, una cultura alternativa y comprometida?

Nunca podré olvidar mis primeros días de clase en la universidad donde estudié mi maestría, en New York (Columbia University). La primera gran sorpresa fue que los trámites administrativos eran realmente imperceptibles (de hecho, la matrícula, el pago, la inscripción en los cursos, la asignación de aulas es electrónico) y que toda la programación académica era minuciosamente (neuróticamente) planificada. Antes del primer día de clases teníamos los programas de estudio, la finalidad del curso, las lecturas asignadas clase por clase, los libros, las formas de evaluación. Las lecturas para cada sesión de clase oscilaban entre 60 y 100 páginas, si es que no era un libro entero. La genialidad del maestro no estaba en la forma como se desarrollaba la clase en el aula sino en las lecturas que escogía. Por ejemplo, en una clase que se llamaba Jurisprudencia sobre la Identidad, para la primera clase, tuvimos que leer el Tomo I de la Historia de la Sexualidad de Foucault. No podía creer, pasé de un sistema en el que no se leía a otro en que se leía toneladas de páginas para cada clase. El aprendizaje se hacía, sin duda, fuera de la clase. Se dormía con el libro junto, desayunaba con el libro, leía en el camino a clases y así todo el día. Todo el ambiente de la universidad estaba pensado en espacios para leer. En la biblioteca uno encontraba espacios con diseños clásicos, cubículos individuales, mesas, asientos reclinables... todo en función del humor que uno tenga para la lectura. Para una sesión de dos horas había que leer un promedio de diez.

Ahora la clase. Si uno estaba acostumbrado a sentarse y poder divagar pensando en otras cosas más urgentes de la cotidianidad, acá se debía estar preparado para tener argumentos, compartirlos y defenderlos. Una pregunta del profesor podía desatar una discusión que no termina sino por la hora de cierre de la clase. El aula no es necesariamente la clase; algunas discusiones se hacían en un bar, en el departamento del profesor o en las mesas de trabajo. No cabía la idea de un estudiante pasivo y peor

irreflexivo. Alguna vez me expliqué, desde esta experiencia académica, el porqué los EE. UU. eran potencia mundial. La memoria no cuenta para nada, sino la opinión informada y crítica. La evaluación, en consecuencia, no eran preguntas con respuestas únicas y cerradas, sino que debían ser elaboradas y contrastadas. El famoso *take home exam* también me chocó. Había exámenes que decían que debían ser elaborados en dos horas, dentro de una semana determinada y fuera del aula. Uno retiraba las preguntas y hacía su agenda en función de los otros exámenes y del tiempo que uno debía estudiar. El miércoles a las 15:00, porque el estudiante lo ha decidido, comienza el examen, abre el sobre y lo termina, a las 17:00. Creo que a nadie se le ocurre copiar/plagiar o dejar de consultar lo que cree pertinente. Por otro lado, los profesores eran una eminencia en sus áreas de investigación y se caracterizaban –salvo excepciones– por ser sencillos, accesibles y generosos con su tiempo y conocimientos. También los estereotipos se me rompieron.

Para mí fue esta experiencia un verdadero *tsunami* académico. De hecho, me marcó la vida como profesor. Quienes han sido mis alumnos y alumnas podrán dar fe, la programación de clase minuciosa, de la lectura previa y de la discusión en clase sobre la lectura. Esa sensación de leer a los autores que han escrito después de haber reflexionado tanto tiempo, discutir con ellos, no tiene comparación con la intermediación, por brillante que fuere, del profesor magistral. Para mí siempre la lectura tiene algo de mágico. Leer, por ejemplo, a H. Hart, que era un tipo excesivamente riguroso y preciso con los textos que escribía, que seguramente estaba rodeado de libros, que editaba sus textos después de haber escuchado a sus pares, y comentarlos, traerlo a una clase a Ecuador, en contextos que nunca él se imaginó, y compartir sus ideas con un grupo de veinte personas, me parece un deleite que pocas veces se puede repetir.

Hasta acá tenemos, sistematizando lo dicho de forma anecdótica, un sistema distinto, en cuanto al método y al contenido de la cultura formal, que podríamos llamarlo crítico pero de ninguna manera comprometido y que es indiferente al fin. Me explico. El método no es el magistral ni tampoco, en el análisis normativo, el exegético; se basa en la participación activa del estudiante y del jurista. En muchos casos el método es el estudio de casos, con lo que la realidad es algo más que una norma general y

abstracta y tiene sentido en los casos a los que se aplica; el contenido sale de la ley y se traslada a los hechos problemáticos con dimensión jurídica, aunque la realidad no deja de ser un dato más. Reconocemos, sin duda, que el contenido se expande. Sin embargo, el fin es indiferente y hasta me atrevería a sostener que es una refinación del sistema de enseñanza para seguir manteniendo el statu quo. Se es crítico del derecho, de la doctrina, de la jurisprudencia para corregir o mejorar el sistema. Por ejemplo, se podría considerar que “en todas las áreas del derecho la revolución científica y social se hace presente... Los contratos de libre voluntad son reemplazados por los contratos de adhesión y otros innominados; la vieja letra de cambio es reemplazada por las Cartas de Crédito...”⁴³ De hecho, en los países hegemónicos se diseñan, difunden y aplican las normativas que sostienen lo que se ha venido llamando neoliberalismo jurídico.

El fin que propongo, y que éticamente no puede ser otro en países tan inequitativos como el nuestro, tiene que ver con lo que Boaventura de Sousa Santos denomina la emancipación, por oposición al control, y que, en sus palabras sería “la contribución específica de la universidad en la definición y solución colectiva de los problemas sociales, nacionales y globales”.⁴⁴ De aquí el fin al que me refiero no es cualquier alternativo sino aquel que emancipe a las personas, estudiantes, juristas, jueces para transformar la realidad de exclusión, indiferencia y discriminación. De manera más poética, Alfredo Pérez Guerrero, sostiene que “hay que educar e instruir para la ruda, compleja y difícil batalla de todos los días contra la ignorancia, contra la tiranía, contra la enfermedad y contra la injusticia. Enemigos estos que pueden destruir un pueblo más seguramente que la espada, el puñal o las balas”.⁴⁵ La radicalidad de los cambios que se necesitan apuntan a un “modelo crítico, propositivo, creativo y transformador de las estructuras sociales; ello exige que los sujetos de este proceso se comprometan con la realidad y no simplemente se conformen con asumir y aplicar mecánicamente un orden legal completo, definido y estático,

43 Colmenarez M., Néstor E. *Modelo de docencia jurídica: teoría y estructura*, p.12.

44 Santos, Boaventura de Sousa. *La Universidad del siglo XXI: para una reforma democrática y emancipadora de la universidad*. México, Edit. CEIICH-UNAM, 2005, p. 36.

45 Viteri Paredes, Patricio y Patricio Herrera Crespo, eds. *Ideario Alfredo Pérez Guerrero (1901-1966)*. Quito, Universidad Alfredo Pérez Guerrero/Centro Cultural, 2007, p. 63.

como si este fuera autónomo, tuviera consistencia propia y se hallara por encima y fuese ajeno a la dinámica social”.⁴⁶ El compromiso es, pues, con la verdad y con la justicia.⁴⁷

La *cultura emancipatoria* por oposición a la inquisitiva tendría otras características, que brevemente describiremos.

El culto es a la *sustancia*. Las formas procesales y de procedimiento, para tomar decisiones, dirigir un juicio o elaborar una ley son una garantía para el cumplimiento del fondo.⁴⁸ Las formas solo tienen sentido si contribuyen a la realización del fin. El fin no puede ser otro que la realización de los derechos humanos, luego atrás de cada norma, expediente, libro, lo que encontramos es seres humanos de carne y hueso a quienes se les respeta o no sus derechos. Desde esta perspectiva, siendo los destinatarios del derecho todas las personas que vivimos y nos interrelacionamos en sociedad, el lenguaje del derecho debería ser sencillo y transparente. Los abogados deberíamos dejar atrás nuestra mentalidad burocrática y ser respetuosos con el tiempo y con las necesidades de la gente. El juez dejaría de ser este gran *manager* de expedientes escritos y asumir sus funciones para evitar la delegación de competencias.

El conocimiento, transmisión y aplicación del derecho debería ser más *horizontal y democrático*. Me imagino que debe existir una ruptura parecida a la que existió en el siglo XVI cuando se promovió la reforma protestante, y, entre otras cosas, se afirmó que la biblia no requería, para su comprensión, de intermediarios y que se la podía leer directamente. Algo así debe pasar con la ley. Pensar que la ley puede y debe ser leída y entendida por las personas y no solo por los abogados. La delegación divina, que hablábamos antes, en un estado constitucional de derechos, debe ser, en el peor de los casos, una delegación de la soberanía popular.

Los juristas, estudiantes y profesores deberíamos ser *activos, promotores de cambio y profundamente comprometidos*. Esto, por supuesto, no se debe

46 Monesterolo, Graciela y otro. *Propuesta de un rediseño curricular y de una metodología innovadora para la formación profesional en la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE*, p. 135.

47 Carbonell, Miguel. *La enseñanza del Derecho*. México, D.F., Editorial Porrúa/Universidad Autónoma de México, 3ª ed., 2008, pp. 66 y 68.

48 Binder, Alberto. *El incumplimiento de las formas procesales: elementos para una crítica a la teoría unitaria de las nulidades en el proceso penal*. Buenos Aires, Ad-Hoc, 2000.

generalizar. Siempre han existido, en el contexto liberal y neoliberal, personas activas, que están constantemente cambiando y actualizando las regulaciones jurídicas para promover y proteger los intereses privados; tampoco podemos pedir que las universidades privadas dejen de tener las especificidades y los fines que crean pertinentes. Lo que no debe ni puede pasar es que las facultades de derecho de universidades públicas, y hasta de universidades privadas que promocionan la dignidad del ser humano como las católicas o la opción preferencial por los pobres, sean indiferentes a un uso del derecho que acumule poder o resuelva los intereses relacionados exclusivamente con la propiedad o lo privado. El compromiso no es con los problemas jurídicos de las personas que tienen un caso concreto, es a largo plazo y con los problemas nacionales que tienen concreción con el caso particular. La actitud para el cambio es propia de personas que no están conformes con la realidad y que pretenden alterarla. En este sentido, la impersonalidad y la neutralidad no tienen cabida. Los estudiantes y los abogados están conscientes del uso general del derecho y también de la realidad en la que se aplica. L. Ferrajoli ha sostenido que la mayoría de violaciones a los derechos de la gente se produce no por la violación a la ley, sino precisamente por su respeto. El abogado y estudiante no es una persona con la cabeza en las nubes, sino también con los pies en la tierra. Se revierte el principio de que la realidad tiene que ser subsumida en la norma jurídica, por el principio de que la norma se adapta a la realidad. La metáfora, en el sistema formal, es que la ley es como un molde y la realidad es como la masa de pan que se adecua a ese molde. En el derecho transformador, en cambio, el derecho es dúctil y maleable que se adapta a la forma requerida por la realidad que debe ser transformada.

Boaventura de Sousa Santos nos habla de que las universidades, y por tanto también las facultades de derecho, atraviesan tres crisis: de hegemonía, de legitimidad y de institucionalidad.⁴⁹ La de hegemonía es inevitable en una era de globalización donde los espacios de aprendizaje y de producción de pensamiento son múltiples, aunque preocupante desde la perspectiva de que el fracaso de lo público, como cualquier otro servicio, conviene al florecimiento de las instituciones privadas. Pero la crisis de

49 Santos, Boaventura de Sousa. *La Universidad del siglo XXI: para una reforma democrática y emancipadora de la universidad*, p. 14.

legitimidad, que en esta propuesta se basa por el predominio de la cultura formal-inquisitiva, y la de institucionalidad, que es la adecuación de la universidad al estado constitucional de derechos y justicia, deben centrar nuestra atención.

La crisis de legitimidad debe –seguimos con Santos– resolverse por varios actores y desde múltiples áreas.

Se podría considerar que las crisis de las facultades de jurisprudencia la tienen que resolver las propias facultades y desde sus propios integrantes. Esta perspectiva no es correcta, al menos desde la perspectiva de que las facultades de jurisprudencia tienen relación directa con la cultura jurídica y con la función judicial, y que, en consecuencia, tienen relación con el estado y con la ciudadanía. Boaventura de Sousa Santos considera que hay tres actores imprescindibles: (1) las propias facultades, pero no individualmente, sino actuando de forma coordinada e incluso globalmente; (2) el estado, que tiene facultades reguladoras y de acreditación, sin que esto signifique un atentado a la autonomía de las universidades, entendiendo que la reforma no es contra las facultades sino a favor de ellas; (3) los ciudadanos individual o colectivamente organizados, que serían los beneficiarios o destinatarios del derecho (grupos activistas, sindicatos, movimientos sociales, organizaciones no gubernamentales, gobiernos locales). La distancia generada por las facultades elitistas con la sociedad y sus problemas debe, de forma urgente y necesaria, acortarse.

Las áreas que deben crearse y potencializarse son: (1) el acceso, (2) la extensión, (3) investigación-acción, (4) ecología de saberes, (5) facultad de derecho y escuela pública, (6) facultad de derecho y mercado, (7) responsabilidad social.

(1) Una facultad de derecho en un país multicultural debería reflejar la diversidad. No tengo memoria de haber tenido un compañero indígena y peor un afroecuatoriano. Supongo que eso cambia en la universidad pública, si así no fuere sería francamente intolerable. Las pocas veces que he tenido alumnos y alumnas indígenas ha sido profundamente enriquecedor sus aportes, en particular desde el conocimiento de un derecho absolutamente desconocido por la mayoría de juristas. Para garantizar el acceso, las universidades deben incentivar, mediante becas si es que no es gratuita la universidad, el ingreso de personas y grupos diversos, hacer

alianzas con la educación secundaria para incentivar vocaciones y vincularla con la educación superior, establecer programas de acción afirmativa (podría asegurar que, si no hubiese sido por un programa de acción afirmativa, posiblemente no ingresaba a la universidad en EE. UU.) con seguimiento y apoyo los primeros años universitarios, evaluar críticamente los resultados de las políticas de acceso.

(2) La extensión de las facultades de jurisprudencia se materializa en la prestación de servicios legales, dirigidos a la lucha contra la exclusión social, reinvidicación de derechos, ejercicio alternativo del derecho. Existen muchos conflictos sociales que actualmente no tienen respaldo teórico y peor práctico. Para una persona recién graduada es relativamente fácil poder dar respuesta a un conflicto patrimonial (contratos, mercantil, propiedad intelectual, marcas, compañías, sucesiones), pero difícilmente encontrará categorías para resolver el problema de la falta de alcantarillado, agua potable, educación de calidad, acceso a servicios públicos, discriminación en salud y problemas de este orden. La extensión social es la oportunidad para completar el aprendizaje no solo en relación al derecho público sino en cuanto a la praxis del derecho.

Es evidente que las actividades de protección de derechos de personas tradicionalmente excluidas no son rentables. Conseguir apoyo para actividades de apoyo o prácticas empresariales no es complicado (es más, puede hasta verse como mano de obra barata), pero apoyo para actividades de interés público o litigios contra instituciones públicas o privadas de poder, solo podrán realizarse con apoyo público o apoyo privado solidario.

Las actividades de extensión a los sectores más vulnerables es un elemento de distinción clave en el cambio de modelo. Como podrá apreciarse en el texto de Juan Pablo Morales, la enseñanza del derecho ha transcurrido por tres grandes fases. La una que tiene que ver con la transmisión de conocimientos, que correspondería al modelo formal-inquisitivo; el otro, que podríamos caracterizarlo por la discusión de los conocimientos, en el que el estudiante es activo y reflexivo, pero sin contacto con la realidad y la sociedad; y uno tercero que se caracteriza por las labores de extensión. En palabras de Pérez Guerrero, “la universidad no puede, por tanto, habitar dentro de las murallas que la garantizaban seguridad y paz. Tiene que vivir la hora del mundo; ser antena del tormento y de la angustia de

esta hora. Tiene que encontrar la brújula perdida que señale un norte de confraternidad y de unión entre los hombres”.⁵⁰

(3) No existe investigación y creo que, en las condiciones de nuestras facultades, tampoco creo que podría existir.⁵¹ No dudo en reconocer que lo más tedioso de ser profesor es dirigir y leer monografías para la graduación. En primer lugar, son la demostración de que el sistema formal-inquisitivo existe. Las tesis son descriptivas, utilizan, y a veces mal, los métodos exegético y comparativo, se confunden las fuentes con los títulos de los capítulos y a veces se llega al absurdo que, cuando se cambia una ley, pierde el sentido el objeto de la tesis. Nada es nuevo, original ni útil. El derecho sigue estando en las nebulosas y las tesis son condenadas a no ser leídas sino por el tribunal que las califica (y a veces ni ellos las leen). No hay investigación por algunos factores. Parte de la herencia formalista, al separar tan radicalmente al derecho de las ciencias sociales, es que no aprendimos y nadie nos enseña a utilizar los métodos para apreciar la realidad: cuantitativos, cualitativos y comparativos (el mejor libro que he encontrado para introducirnos en estos ámbitos desconocidos por los abogados es el de Charles C. Ragin, *La construcción de la investigación social, introducción a los métodos y su diversidad*);⁵² el divorcio es tan grande con las ciencias sociales que así como nosotros, juristas, les matamos con la indiferencia a la sociología, antropología, psicología, ciencia política y otras, las personas científicas sociales también hacen lo mismo: no se meten con el derecho ni con los juristas. Otro factor que incide negativamente es la falta de profesores a tiempo completo;⁵³ los pocos que existen se dedican a labores de carácter administrativo y son mal remunerados. Las facultades no tienen líneas de investigación y se dedican exclusivamente a la transmisión de conocimientos (fase uno). Las bibliotecas, aún suponiendo que lo que

50 Viteri Paredes, Patricio y Patricio Herrera Crespo, eds., *op. cit.*, p. 63.

51 Véase Farith Simon y Marcos Navas. *op. cit.*, p. 23; y Graciela Monesterolo L. y Ernesto Vásconez R., *op. cit.*, p. 167.

52 Ragin, Charles C. “Estrategias de investigación social”. *La construcción de la investigación social, introducción a los métodos y su diversidad*. Bogotá, Siglo del Hombre Editores/Universidad de los Andes, 2007.

53 El 97 por ciento de los profesores son a tiempo parcial (Alberto Wray, *op. cit.*, p. 33, y Farith Simon y Marcos Navas, *op. cit.*, p. 23); y el 90 por ciento, según Graciela Monesterolo L. y Ernesto Vásconez R., *op. cit.*, p. 147.

se quiere es hacer investigación teórica, tampoco ayudan mucho. Salvo contadas excepciones, las bibliotecas son desactualizadas, pequeñas y poco útiles. El panorama, pues, no es muy alentador. Lo cierto es que si no hay investigación no hay una verdadera universidad. A veces se oye que las facultades de derecho deberían contribuir a opinar o direccionar el debate jurídico, pero ¿de dónde podrían salir estas opiniones? Ecuador ha vivido estos años un intenso debate jurídico alrededor de la Constitución y de la restructuración del sistema jurídico. Las universidades no han opinado sino para reclamar por cuestiones puntuales relacionadas a su presupuesto. Cuando un profesor opina difícil atribuir a que ese pensamiento sea el producto de un saber que provenga del debate académico, seguro lo hace a título personal.

Lo deseable no es solo que exista investigación, sino que sea una investigación estrechamente ligada a la transformación de la realidad, de acuerdo con la sugerencia del pedagogo P. Freire, que hace años, ya planteó que el conocimiento sin acción es inútil y que la acción sin conocimiento es como dar “palos de ciego”.⁵⁴ En lugar de separar, como lo hacía H. Kelsen y lo refuerza N. Bobbio, a las ciencias en distintos planos, que se abordan desde perspectivas distintas: la justicia desde la filosofía, la validez desde la ciencia jurídica y la eficacia desde la sociología del derecho,⁵⁵ debemos integrar en cada materia las tres perspectivas. Esto, por supuesto, requiere un programa de estudios diferentes, más profesores y con distinto perfil y una redefinición de los requerimientos para ingresar, pasar materias y hasta para graduarse.

(4) La ecología de saberes –según Boaventura de Sousa Santos– consiste en “la promoción de diálogos entre el saber científico y humanístico que la universidad produce y los saberes legos, populares, tradicionales, urbanos, campesinos, provincianos, de culturas no occidentales (indígenas, de origen africano, oriental, etc.) que circulan en la sociedad”.⁵⁶

El llamado es salir de nuestra burbuja, bajarnos de la nube, regresar de las constelaciones a la tierra (si la burbuja, la nube, las constelaciones

54 Véase Paulo Freire, *op. cit.*, pp. 176-240.

55 Bobbio, Norberto. *Teoría General del Derecho*. Bogotá, Editorial Temis, 2ª ed., 2008, pp. 22-24.

56 Santos, Boaventura de Sousa. *La Universidad del siglo XXI, para una reforma democrática y emancipadora de la universidad*, p. 44.

fueran realmente teóricas no fuera tan dramático el problema, pero estar en esos lugares metafóricos significa que estamos completamente desvinculados no solo del derecho contemporáneo sino de la realidad, y esto si que es patético). Salir, bajarnos y regresar requiere un alto grado de humildad, que el estereotipo no nos permite.

¿Qué puede aprender Robinson Crusoe de Viernes? Robinson, que era el prototipo de hombre civilizado, naufragó y llegó a la isla con tres cuestiones que nos caracterizan: herramientas, razón y soberbia. Instrumentalizó a Viernes y volvió a la “civilización”. Viernes tenía algo que pudo haberle enriquecido: otra cultura.⁵⁷ Esto sí lo comprendió Paul Gauguin cuando decide cambiar su forma de vida, de banquero a convertirse en un pintor, y decide ir a Tahití, donde conoce a los maoríes; no solo que descubre una forma distinta de vivir, de experimentar la sexualidad, sino de pintar.⁵⁸

¿Qué nos puede enseñar Joseph K., o sea cualquier procesado penal, una mujer que requiere alimentos, unos campesinos que no tienen acceso al agua, una comunidad indígena a la que le van a explotar petróleo en su territorio ancestral, un niño maltratado, un travesti discriminado por el Registro Civil, una prostituta explotada, una niña a la que se le privó de su alimentación escolar, un político de oposición al que se le negó la inscripción de su candidatura, un bosque primario que será talado para construir una carretera, un guerrillero torturado, un policía despedido ilegalmente, una organización ambientalista cerrada por protestar en contra de la explotación minera? ¿una madre soltera a la que le quitan los subsidios...? ¿Qué se puede aprender de ellos? La respuesta puede sonar cursi, pero es cierta, se aprende el verdadero sentido de la vida. “¿Cuándo señor te vimos preso?” —dicen que dijo Cristo— Y él contestó: “Lo que hiciste con el último, lo hiciste conmigo”.⁵⁹

57 El análisis de este cuento no es nada original, se lo puede encontrar en Latouche, Serge. *El Planeta de los naufragos*, 1993, pp. 147-192.

58 Vargas Llosa, Mario. *El paraíso en la otra esquina*. Madrid, Alfagura, 2003.

59 “La escala de los necesitados ha sido trazada en aquel discurso de Cristo... referido en el capítulo vigésimo quinto de San Mateo: hambrientos, sedientos, desnudos, vagabundos, enfermos, presos; una escala que conduce de la esencial necesidad física o, mejor, animal, a la necesidad de esencialmente espiritual...” Carnelutti, Francesco. *Las miserias del proceso penal*. Bogotá, Editorial Temis, 1989.

La solidaridad no solo es preocuparse de los “peor situados” sino también preocuparse de aprender de ellos. “La ecología de saberes es un conjunto de prácticas que promueven una nueva convivencia activa de saberes con el supuesto de que todos ellos, incluido el saber científico, se puedan enriquecer del diálogo”.⁶⁰ Esta vinculación con el saber no académico lo avizoró Pérez Guerrero cuando afirmó que la universidad “es parte del pueblo, que la ciencia, la sabiduría y la cultura del pueblo, y también su emoción y su esperanza”.⁶¹

(5) La universidad está desvinculada totalmente del colegio y el colegio de la escuela y la escuela de la preescolar y el preescolar de la comunidad. Yo siempre reniego de lo que aprendí en la escuela, colegio y universidad y de lo que me tocó aprender o desaprender en la vida. Siempre digo que si me hubieran enseñado en la escuela a escribir, leer y lavarme la boca, cuanto les hubiera agradecido. Pero aprendí a respetar con miedo a los mayores y a no cuestionarles, aprendí de memoria las tablas de multiplicar (la única que me sale fácil es la del cinco), la clasificación de los insectos (que no me acuerdo), las montañas del país (que solo las pude recordar cuando me subí a ellas), las ensenadas, las capitales de los países, los límites de los barrios (el famoso terruño) y cuestiones así. Del colegio me hubiera encantado leer, pero aprendí que si uno se masturba debe rezar diez avemarías, un oh madre dolorosa, un padrenuestro, y comenzar a sentir culpa por sentir placer (esto me ha costado desaprender). En la universidad aprendí que el derecho es la ley y que la ley es hecha por el legislador que es algo así como Moisés a las doce tablas o Cristo que actúa por intermedio de Mateo en el Nuevo Testamento. Lo poco que he aprendido lo he hecho fuera del sistema formal de educación.

Parte de la explicación de la desvinculación de los actores, en los distintos niveles de educación, se debe a que no existe un ente común coordinador, no existe planificación sistemática y por la famosa autonomía universitaria. Algo parecido sucede con el sistema penal, por un lado está la policía, por otro los jueces, a un lado los fiscales y los defensores, y en otro quienes ejecutan la pena: tienen finalidades distintas, presupuestos distintos y

60 Santos, Boaventura de Sousa. *La Universidad del siglo XXI: para una reforma democrática y emancipadora de la universidad*, p. 45.

61 Viteri Paredes, Patricio y Patricio Herrera Crespo, eds., *op. cit.*, p. 66.

órganos también distintos. Entonces, se deben crear espacios para generar vínculos entre los entes educativos y de estos con la realidad. Retomemos las palabras de Boaventura de Sousa Santos: “la fosa cavada entre la universidad pública y el saber pedagógico es perjudicial para la escuela y para la universidad”.⁶²

La pregunta es, con relación a las facultades de derecho, ¿cómo se vincula la facultad y para qué con el colegio? Si no hay respuesta es un muy mal síntoma. Lo cierto es que más de una vez hemos escuchado quejas de que del colegio cada vez están peor formados, no tienen hábitos de lectura, no saben conocimientos básicos de cultura general. La misma queja, en otra dimensión, solemos hacernos los profesores de posgrado con los que vienen del pregrado: no saben escribir, no saben investigar, no tienen hábito de lectura y, peor aún, no tienen conocimientos básicos de teoría general del derecho.

Mientras escribo me digo: “Qué fácil es escribir y criticar y cuán difícil, si fuera decano o responsable de cambiarlo todo, aplicar”. Pero alguien tiene que asumir ese reto en lo que y cuando le toca. Ahora me ha tocado escribir y relacionar todas estas críticas con la posibilidad de alterar todo a propósito de la Ley Orgánica de la Función Judicial.

(6) Legitimar a la Facultad de Derecho, desde la recuperación de su funcionalidad en relación con la solución de problemas sociales, significa deslegitimarla desde al perspectiva privada. Las facultades de derecho públicas y las que tienen opción preferencial por los pobres o por la lucha por la dignidad (como se han definido algunas católicas) no tienen más remedio que así suceda. No es conveniente que una facultad de estas características se oriente hacia la eficiencia y la competitividad de las empresas. No se debe caer en la tentación de que las labores de extensión y de investigación tengan fines ajenos a la alteración de la realidad de los más vulnerables de la sociedad, aún si se corre el riesgo de tener problemas de financiamiento. En EE. UU. es común las alianzas de las grandes universidades con las empresas transnacionales y con la industria militar, y no es nada raro que éstas determinen qué se investiga, qué se construya y qué labores de extensión se realizan. Entonces uno se encuentra con

62 Boaventura de Sousa Santos, *op. cit.*, p. 48.

cosas como el estadio “american airlines”, la beca “coca cola”, y el proyecto que contribuye a desarrollar una medicina a una farmacéutica. La presión por la reforma de las facultades de derecho no deben ser canalizados para fortalecer el sistema de derecho privado, porque estos tienen los medios, los recursos humanos y las posibilidades, incluso tecnológicas y globales, para hacerlo. Una reforma debe ser capaz “de mantener en alto, por encima de logros del dinero, del éxito, del poderío o de la fuerza, las grandes y eternas virtudes de la libertad, de la dignidad, de la humildad ante el inescrutable misterio de la vida y de la muerte”.⁶³ En estas circunstancias debe existir una agenda pública con fines públicos determinados participativamente, control de parte de agencias públicas (sin que se vulnere la autonomía universitaria, garantizar la posibilidad de desarrollar creativa y libremente las áreas de investigación y extensión social). Si no existe otra posibilidad de tener alianzas con empresas, estas no deben generar dependencia, sumisión y alejamiento a los fines de promoción y protección de derechos de personas “peor situadas” (esta palabra la he utilizado dos veces ya, tiene que ver con la teoría de Rawls de que hay personas, en una estructura social, que están ubicados en la sociedad en las peores condiciones sociales, políticas y económicas).⁶⁴

Para resumir, una facultad, que se precie de ser completa, debe tener formación de pregrado, postgrado, investigación y extensión⁶⁵ y deben cambiar radicalmente sus programas de estudio, perfil y tiempo de dedicación de profesores, rol de los estudiantes, crear espacios de diálogo, relacionarse con la realidad para cambiarla, dialogar con otros actores, inventar formas de enseñanza y evaluación y, en suma, legitimarse socialmente.

¿Podremos los abogados, que somos hijos de nuestra cultura jurídica, estar a la altura de lo que exigen los cambios? Dicen que Trazengies afirmó que lo que hay que hacer es matar a los abogados. Pero lo que se pretende es “terminar con el abogado tradicional, el jurista mero exegeta, incapaz de valorar las consecuencias sociales de las normas que aplica o

63 Viteri Paredes, Patricio y Patricio Herrera Crespo, eds., *op. cit.*, p. 64.

64 El mejor resumen, con esta perspectiva, que he leído lo encontramos en Pogge, Thomas. “Propuesta para un dividendo sobre recursos globales”. *Sur Revista Internacional de Derechos humanos* (São Paulo), 6. 4 (2007): 145-169.

65 Boaventura de Sousa Santos, *op. cit.*, p. 38.

exige se apliquen al caso que interviene”.⁶⁶ No queda otra que intentar, con un proceso intenso de auto reflexión para no repetir la cultura tradicional, alterar la cultura jurídica, nuestras prácticas, la forma de enseñar y hasta la forma de concebir y aplicar las leyes.

III. El Código Orgánico de la Función Judicial y el llamado a la transformación jurídica

El Código Orgánico de la Función Judicial (en adelante “el Código”), publicado el 9 de marzo del 2009,⁶⁷ ¿tiene algo que ver con las facultades de derecho y la cultura jurídica? La respuesta es –como no podía ser de otra manera después de tantas hojas y un título rimbombante– sí.

El Código vincula a todos los actores relacionados con la función judicial tanto como servidores institucionalizados como usuarios y potenciales servidores y usuarios. Los servidores institucionalizados son quienes pertenecen a este poder como jueces, fiscales, defensores, administrativos, auxiliares; los usuarios son los abogados litigantes (no lo enfocaría, aunque podría algo decirse, en relación con los demandantes de justicia, a la ciudadanía) y los potenciales servidores y usuarios son los estudiantes de derecho.

Todos estos actores, como sistema, están interrelacionados en el Código bajo la premisa que si uno funciona mal todos tendrán un funcionamiento defectuoso. De nada sirve tener unos abogados litigantes brillantes si no tienen jueces preparados que tengan condiciones para resolver decentemente un caso; de nada sirve jueces preparados si no tienen las condiciones administrativas para poder operar; de nada sirve condiciones maravillosas para operar si los funcionarios auxiliares tienen hábitos burocráticos para despachar causas; de nada sirve auxiliares eficientes si los litigantes son corruptos y aplican la “letra colorada” y así podríamos seguir dramatizando el asunto para intentar demostrar que lo óptimo es que la gran mayoría de actores estén sintonizados. Lo que tienen todos en común es que son

66 Alberto Wray, *op. cit.*, p. 21

67 Registro oficial n.º 544.

abogados y alguna vez pasaron por las facultades de derecho. El tronco común es la facultad de derecho. ¿Tiene algo que ver lo que se aprende en las facultades de derecho con la realidad de la función judicial? En este artículo estamos sugiriendo que el fin, el contenido, el método, la evaluación que se aprende en la universidad simplemente se refuerza y reproduce en la función judicial. También podríamos afirmar que la educación superior es tan neutra que no puede resistir a lo que sucede en la función judicial y simplemente se adapta. “No hemos medido el impacto de la enseñanza defectuosa en la impartición de justicia, pero los efectos perceptibles indican que es de mucha consideración”.⁶⁸ El círculo perverso, cómo cualquier círculo, puede romperse por cualquier lado. Es decir uno de los actores decide alterar la realidad y cambia, lo cual nunca será uniforme, pero marca una tendencia. El actor que podría romper el círculo y generar cambios significativos sin duda es la universidad.

En el Código tenemos algunas normas que nos demuestran que, al menos desde la ley, se pretende alterar la realidad de la justicia. Solo menciono algunas: el sustento de la justicia no es la ley, ni el estado, sino el pueblo,⁶⁹ acá un llamado hermoso a la democratización de este poder; la máxima instancia de administración de la justicia deberá elaborar políticas para garantizar el acceso y transformar la función judicial;⁷⁰ se establecen todos los principios que tienen que ver con la supremacía constitucional y con los derechos humanos, en particular uno, al tenor de lo que hemos venido predicando en relación a la opción por los peor situados: la administración de justicia es un servicio público, básico, que coadyuva a que se cumplan los derechos humanos,⁷¹ la responsabilidad de los servidores de la justicia por violación de derechos,⁷² la carrera judicial,⁷³ que tiene la innovación de una formación al ingreso⁷⁴ y durante

68 Valadéz, Diego. “Los consejos de la judicatura: desarrollo institucional y cambio cultural”. *Documento de trabajo*. México, D.F., UNAM, IJ, 2002, citado en Carbonell, Miguel. *La enseñanza del Derecho*. México, Editorial Porrúa/Universidad Autónoma de México, 3ª ed., 2008, p. 5.

69 Ley Orgánica de la Función Judicial, artículo 1.

70 *Ibid.*, artículo 3.

71 *Ibid.*, artículo 17.

72 *Ibid.*, artículo 32.

73 *Ibid.*, título II.

74 *Ibid.*, artículo 67.

toda la carrera,⁷⁵ la evaluación permanente,⁷⁶ la corrección al litigio de abogados,⁷⁷ la creación de jueces multicompetentes,⁷⁸ la justicia de paz,⁷⁹ el régimen disciplinario para los abogados.⁸⁰ En pocas palabras, el Código establece múltiples herramientas para poder cambiar, corregir, eliminar, instaurar una justicia más democrática y al servicio de la gente.

Pero hay dos instituciones del Código que tienen particular relevancia para las facultades de derecho. La una es el establecimiento de la obligatoriedad de toda universidad para contar con consultorios jurídicos gratuitos, bajo amenaza de si no se lo hace, se prohíbe su funcionamiento, y la que se ha conocido como “rural de los abogados”, que es la práctica preprofesional para las egresadas y los egresados de las facultades de jurisprudencia.

Todas las instituciones nuevas y con potencial transformador pueden ser absorbidas e inutilizadas por la cultura formal-inquisitiva. Me puedo imaginar, por ejemplo, un consultorio jurídico administrado por un abogado jubilado de la función judicial que atienda a la gente como se atiende en la peor institución burocrática y haciendo solo informaciones sumarias; también me puedo imaginar a un estudiante de derecho metido en una oficina, en una ciudad, haciendo sus prácticas y aprovechando para ganar sus primeras “chauchitas”. Sin duda eso puede pasar si quienes tienen el deber de implementar, controlar y evaluar lo hacen desde lo formal e inquisitivo.

Pero también puedo imaginarme un consultorio jurídico gratuito que sea tan creativo y transformador que pare los abusos o las omisiones de grupos de poder, públicos y privados, y que sean la mejor defensa y coraza de la gente “peor situada”; y me puedo imaginar a un egresado liderando el proceso de empoderamiento de una comunidad indígena que resiste a la explotación minera y a la depredación de los bosques y, como decía Montalvo, “¡Desgraciado del pueblo donde los jóvenes son humildes con el tirano, donde los estudiantes no hacen temblar al mundo!”,⁸¹ sintiendo

75 *Ibid.*, artículo 86.

76 *Ibid.*, artículos 87-89.

77 *Ibid.*, artículo 131.

78 *Ibid.*, artículo 244.

79 *Ibid.*, artículo 247.

80 *Ibid.*, artículo 335.

81 Montalvo, Juan. *Lecciones de libertad*. Quito, Universidad Alfredo Pérez Guerrero/Foncultura, 2008, p. 106.

que transforma la realidad y que, por fin, el derecho tiene sentido. Sin duda, como lo avizoraba el profesor Pérez Guerrero, la facultad de derecho “tiene que ser solidaria con el dolor y con la angustia de los hombres; tiene que señalarles el camino en esta noche de tinieblas... tiene que salir a las calles y a los campos y conocer y apreciar la miseria... Y, después de conocer esa pobreza, miseria y mezquindad, debe decir su palabra redentora, su palabra de fe que permita a este pueblo nuestro, levantarse y seguir las rutas de su destino”.⁸²

Las facultades de derecho no pueden dejar de servir a la comunidad, “si es criticable la escasa producción investigativa, lo es mucho más la poca o ninguna oportunidad que el actual plan de estudios ofrece a los alumnos para tomar contacto directo e inmediato con el entorno social y sensibilizarlos a fin de formar en ellos un espíritu dispuesto a tomar la profesión de abogado como un instrumento para el cambio radical de estructuras sociales, injustas e inhumanas”.⁸³ Debemos superar la barrera de la enseñanza limitada a la legislación, que siempre se queda corta ante el avance de la conflictividad social, y pensar en un derecho operativo, finalista (enfocado en la realización, denuncia y reparación de derechos), flexible y transitorio, según la caracterización del nuevo derecho.⁸⁴

Pero dejo acá todo mi discurso alentador sin antes afirmar convencido que la esperanza de la función judicial es la universidad.

82 Viteri Paredes, Patricio y Patricio Herrera Crespo, eds., *op. cit.*, p. 74.

83 Graciela Monesterolo L. y Ernesto Vásconez R., *op. cit.*, p. 167.

84 Alberto Wray, *op. cit.*, pp. 24-26.

IV. Bibliografía

- Albán Gómez, Ernesto. "Hacia un nuevo Derecho penal". *Estudios de Derecho Penal y Criminología*. Ibarra, Año Jubilar Cuadragésimo, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 1986.
- Ávila Santamaría, Ramiro. "Crítica al Derecho y a la Facultad de Jurisprudencia". *Revista Ruptura de la PUCE*, 2006.
- Beccaria, Cesare. *De los delitos y de las penas*. Madrid, Alianza Editorial, 3ª reimp., 1986.
- Binder, Alberto. "Perspectivas de la reforma procesal penal en América Latina". *Justicia Penal y Estado de Derecho*. Buenos Aires, Ad-Hoc, 2004.
- . *El incumplimiento de las formas procesales: elementos para una crítica a la teoría unitaria de las nulidades en el proceso penal*. Buenos Aires, Ad-Hoc, 2000.
- Bobbio, Norberto. *Teoría General del Derecho*. Bogotá, Editorial Temis, 2008.
- Bourdieu, Pierre. "Elementos para una sociología del campo jurídico". *La fuerza del Derecho*. Pierre Bordieu y Gunter Teubner. Bogotá, Ediciones Uniandes, 2005.
- Carbonell, Miguel. *La enseñanza del Derecho*. México, D.F., Editorial Porrúa/Universidad Autónoma de México, 3ª ed., 2008.
- Carnelutti, Francesco. *Las miserias del proceso penal*. Bogotá, Editorial Temis, 1989.
- Carrión, Eduardo. *Curso de Derecho Civil de los bienes*. Quito, Ediciones de la Universidad Católica del Ecuador, 1982.
- Colmenarez, M., Néstor, E. *Modelo de docencia jurídica, teoría y estructura*. Universidad de Carabobo, Editora Fórmula, 1978.
- Dworkin, Ronald. *Tomando los derechos en serio*. Barcelona, Editorial Ariel, 5ª ed., 2005.
- Foucault, Michael. *Vigilar y Castigar*. México, D.F., Siglo XXI Editores, 1976.
- . *Historia de la sexualidad*. México, D.F., Siglo XXI Editores, 1991.
- Freire, Paulo. "La teoría de la acción dialógica y sus características". *Pedagogía del oprimido*. México, D.F., Siglo XXI, 53ª ed., 2000.

- Galeano, Eduardo. *Las venas abiertas de América Latina*. Siglo XXI Editores, 1986.
- Hart, Herbert L. *The concept of law*. Oxford University Press, 1994.
- Kafka, Franz. *El proceso*. Bogotá, Seix Barral/Oveja Negra, 1983.
- Kelsen, Hans. *La teoría pura del Derecho*. Buenos Aires, Eudeba, 4ª ed., 2003,
- Kennedy, Duncan. *Libertad y restricción en la decisión Judicial*. Bogotá, Ediciones Uniandes, 2002.
- Latouche, Serge. “La sociedad de los náufragos”. *Planeta de los náufragos*. Madrid, Acento Editorial, 1993.
- Lugo, Fernando. *Veinte*. Quito, Alfaguara, 2008.
- Malamud, Jaime. Prólogo. *Problemas del Derecho procesal penal contemporáneo*. Por Alberto Bovino. Buenos Aires, Editores del Puerto, 1ª reimp. 2006.
- Monesterolo Lencioni, Graciela y Ernesto Vásconez Ribadeneira. *Propuesta de un rediseño curricular y de una metodología innovadora para la formación profesional en la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE*. Quito, 2008.
- Montalvo, Juan. *Lecciones de libertad*. Quito, Universidad Alfredo Pérez Guerrero/Foncultura, 2008
- Morales de Setién Ravina, Carlos. “La racionalidad jurídica en crisis: Pierre Bourdieu y Gunther Teubner”. *La fuerza del Derecho*. Pierre Bordieu y Gunter Teubner. Bogotá, Ediciones Uniandes, 2ª reimp. 2005.
- Nino, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos*. Buenos Aires, Editorial Astrea, 2005.
- Monreal Novoa, Eduardo. *El Derecho como obstáculo al cambio social*. México, D.F., Siglo XXI Editores, 10ª ed., 1981.
- Pogge, Thomas. “Propuesta para un dividendo sobre recursos globales”. *Sur Revista Internacional de Derechos humanos*. (São Paulo) 6. 4, 2007.
- Ragin, Charles C. “Estrategias de investigación social”. *La construcción de la investigación social: introducción a los métodos y su diversidad*. Bogotá, Siglo del Hombre Editores/Universidad de los Andes, 2007.
- Simon, Farith y Marco Navas. *Diagnóstico de la enseñanza legal de los Derechos Humanos en el Ecuador*. Quito, PUCE, American University y Red Académica de Derechos Humanos, 2003.

- Santos, Boaventura de Sousa. *La Universidad del siglo XXI: para una reforma democrática y emancipadora de la universidad*. México, D.F., Edit. CEIICH/UNAM, 2005.
- Vargas Llosa, Mario. *El paraíso en la otra esquina*. Madrid, Alfaguara, 2003.
- Yourcenar, Marguerite. *Memorias de Adriano*. Trad. Julio Cortázar. Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1999.
- Zagrebelsky, Gustavo, ed. *El Derecho Dúctil*. Madrid, Trotta, 4ª ed., 2002.
- Viteri Paredes, Patricio y Patricio Herrera Crespo, eds. *Ideario Alfredo Pérez Guerrero (1901-1966)*. Quito, Universidad Alfredo Pérez Guerrero/Centro Cultural, 2007.
- Wray, Alberto. *Derecho y realidad: la enseñanza legal en la sociedad subdesarrollada*. Quito, Centro de Publicaciones de la Asociación Escuela de Derecho, 1983.
- . *Diagnóstico sobre el estado de la enseñanza del Derecho en el Ecuador*. Quito, Corporación Editora Nacional, 1999.

Fuentes de los ensayos

El artículo “De invisibles a sujetos de derechos: una interpretación desde El Principito” se lo publicó originalmente en el libro *Derechos y garantías de la niñez y adolescencia: hacia la consolidación de la doctrina de la protección integral*, Ramiro Ávila Santamaría y María Belén Corredores, eds. (Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010.)

En cambio, el artículo “Los principios de aplicación de los derechos” apareció en Ávila Santamaría, Ramiro, ed., *Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis de doctrina y derecho comparado* (Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008); también se lo publicó en INREDH, *Nuevas instituciones del derecho constitucional ecuatoriano* (Serie Investigación n.º 14, Imprenta Cotopaxi, 2009).

Entre tanto, “La clasificación de los derechos” se publicó en “Los derechos en el proyecto de Constitución” en coautoría con Julio César Trujillo en ILDIS, *Análisis Nueva Constitución* (Quito, FES, Gráficas Araujo, 2008).

Los artículos “Los derechos de la naturaleza: fundamentos” y “Las garantías normativas: otro mecanismo de protección de los derechos humanos” se los publicó por primera vez en este libro *Los derechos y sus garantías* (Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición / Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2011).

Un artículo inédito para esta publicación es: “Los derechos sociales y el activismo judicial: la situación de los Estados Unidos y su jurisprudencia”.

El artículo “La garantía jurisdiccional: la exigibilidad de los derechos del buen vivir”, se publicó como “Los retos de la exigibilidad de los derechos del buen vivir en el derecho ecuatoriano”, en *La protección judicial de los derechos sociales*, Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría, eds. (Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.)

Mientras tanto, el artículo “El estado como garante de derechos: retos para una nueva institucionalidad”, se publicó como “Retos de una nueva institucionalidad estatal para la protección de derechos humanos”, en *Neoconstitucionalismo y sociedad*, en Ramiro Ávila Santamaría, ed. (Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008). También se lo publicó en el Programa Andino de Derechos Humanos, Derechos humanos, democracia y emancipación (Quito, Universidad Andina Simón Bolívar/Abya-Yala, 2009).

Finalmente, el artículo “Cultura jurídica y la enseñanza del derecho”, se publicó como “Cultura jurídica, facultades de derecho y función judicial”, en *La transformación de la justicia*, Santiago Andrade y Luis Ávila, eds. (Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009).

ISBN: 978-9978-92-996-4



9 789978 929964

