

CRÍTICA Y DERECHO n.º 2

Política, justicia y Constitución

Luis Fernando Ávila Linzán
Editor

Política, justicia y Constitución

CORTE CONSTITUCIONAL PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN

Política, justicia y Constitución

Luis Fernando Ávila Linzán
Editor

Prólogo por
Juan Montaña Pinto

Quito - Ecuador

Ávila Linzán, Luis Fernando, ed.
Política, Justicia y Constitución/Luis Fernando Ávila Linzán, ed. 1^a reimp. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012. (Crítica y Derecho, 2)
294 p.; 15x21 cm + 1 CD-ROM

ISBN: 978-9978-92-998-8

Derechos de Autor: 035567

1. Teoría del Derecho Constitucional. 2. Derecho Constitucional - Ecuador. I. Ávila Linzán, Luis Fernando. II. Título. III. Serie
CDD21: 342. CDU: 342. LC: KHK2921.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)**

**Red por el Constitucionalismo Democrático
(RCD) Sede Ecuador**

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

Luis Fernando Ávila Linzán
Editor

Miguel Romero Flores
Corrector de Estilo

Juan Francisco Salazar
Diseño de Portadas

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

**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

Índice

Presentación	9
<i>Patrício Pazmiño Freire</i>	
Prólogo	11
<i>Juan Montaña Pinto</i>	
Introducción	21
<i>Luis Fernando Ávila Linzán</i>	
 DIÁLOGO INTERDISCIPLINARIO Y CRÍTICA DEL DERECHO	
La contrarreforma invisible de la justicia, entre la alienación social y la necesaria transformación ideológica	33
<i>Luis Fernando Ávila Linzán</i>	
Políticas constitucionales en Ecuador	77
<i>Agustín Grijalva Jiménez</i>	
El derecho, entre la tecnificación y la obra de arte (Heidegger y Arendt)	109
<i>Jacqueline Ortiz Andrade</i>	
Justicia, periplos de un concepto. Análisis del artículo 1 de la Constitución ecuatoriana de 2008	143
<i>J. Tomás Sánchez Jaime</i>	
Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano	157
<i>Roberto Viciana Pastor y Rubén Martínez Dalmau</i>	

DERECHOS Y TITULARES

Del bien común al buen vivir	189
<i>Jorge Benavides Ordóñez</i>	
El referéndum, análisis comparativo de las legislaciones de España y Ecuador	205
<i>Gina Chávez V.</i>	
Más o menos seguridad jurídica	229
<i>Pier Pigozzi</i>	
La naturaleza como persona: Pachamama y Gaia	259
<i>Eugenio Raúl Zaffaroni</i>	
Colaboradores	291

Presentación

El primer tomo de la serie *Crítica y Derecho* estableció que el criticismo exige espacios renovadores para la construcción y reconstrucción de lo jurídico. En ese sentido ha sido importante antecedente lo señalado por *Roberto Viciana y Rubén Martínez* en el ensayo “Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en el que se muestran elementos del constitucionalismo local con un potencial emancipador de alcances más amplios. Queremos presentar en este libro un nuevo acercamiento al pensamiento crítico jurídico como un continuo histórico fundado en el constitucionalismo latinoamericano y de esta manera seguir cumpliendo el propósito que animó la creación de esta Serie.

En este contexto, la relación entre el derecho y otras disciplinas se hace indispensable para poder pensar el derecho críticamente, puesto que el derecho, ha sido desconectado, en tanto ciencia –según la propuesta de *Kelsen* y sus seguidores– de otros saberes, prácticas y conocimientos científicos. Por supuesto, esta tendencia ha estado plenamente justificada si pensamos en los excesos del monarca en las relaciones jurídico-sociales antes de la *Revolución francesa* y durante el régimen *nazi* al final de la primera mitad del siglo XX. No obstante, a partir de la segunda mitad del siglo XX fue necesario reconstruir no solo la Europa materialmente destruida, sino también un nuevo orden axiológico que buscó su sustento en los textos constitucionales y la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* de 1948, a partir de los principios de supremacía constitucional y normatividad constitucional.

Esto rompía en el derecho romano-germánico la tradición constitucional que separaba el texto constitucional de naturaleza política, en tanto acuerdo sobre las reglas del poder, y las declaraciones de derechos de naturaleza jurídica.

Estas entre otras, son las razones para la presente publicación que se pone a consideración del público y propone lograr calidad y excelencia, mediante algunos de los debates más importantes con relación al nuevo constitucionalismo latinoamericano y a la necesidad de materializar los textos constitucionales a través de la integración de la política, la justicia –como expresión de la actividad estatal, como administración de justicia y como expresión material del derecho en un Estado constitucional– y la Constitución.

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

Prólogo

En 1977 *Rudolf Bahro* publicó en la República Federal de Alemania “la Alternativa”, su obra más conocida.¹ Como consecuencia de esa publicación, *Bahro* fue detenido por la policía germano oriental, encarcelado y juzgado; estuvo 8 años en una cárcel condenado como espía. Cuando finalmente recobró la libertad, producto de una amplia presión internacional, emigró a Alemania Occidental, donde continuó su actividad política como uno de los miembros más insignes y sobresalientes de la izquierda verde alemana.

El planteamiento central de la obra de *Bahro*, es la formulación de una alternativa radical a las dictaduras burocráticas institucionalizadas en los antiguos países de la cortina de hierro. Esta alternativa radical, consistía, según el autor, entre otras cosas, en la construcción de una nueva civilización socialista cimentada en una revolución política, cultural, económica donde entre otras cosas se recuperen para la sociedad entera las conquistas civilizatorias de la modernidad, incluidas tanto las promesas de igualdad económica, social y cultural promovidas por *Marx*, *Engels* y los primeros socialistas; como también las conquistas civilizatorias y las libertades arrancadas al poder en tiempos de las primeras revoluciones liberales del siglo XVIII, especialmente las que tienen que ver con el debido proceso y el derecho de defensa.

1 Bahro, Rudolf. *La alternativa, contribución a la crítica del socialismo realmente existente*. Madrid, Alianza Editorial, 1980.

Hoy en día, 30 años después de la publicación de *La Alternativa*, parece claro que *Bahro* era excesivamente optimista al creer en la posibilidad de construir un “comunismo democrático” basándose en una relectura “correcta” de Marx, y que este fuera la vía idónea para alcanzar finalmente la emancipación social que todos anhelamos.

Sin embargo, el hecho de que *Bahro* se equivocara en cuanto al camino, no significa que la meta planteada por el autor alemán no fuera la correcta, pues ciertamente el horizonte ético de aquel *comunismo democrático* era y sigue siendo un componente esencial de la nueva utopía que buscan quienes aún creen, y creemos, en la posibilidad de desarrollar un proyecto emancipatorio que dé respuestas adecuadas y suficientes a la creciente injusticia que padecemos en el mundo posindustrial de hoy.

Precisamente, uno de los proyectos políticos utópicos y emancipatorios más potentes del momento es el que ha surgido en América Latina de la mano del nuevo constitucionalismo latinoamericano en los últimos 20 años. En efecto, en las décadas finales del siglo XX en nuestro subcontinente se ha podido comprobar cómo es factible desechar la violencia y luchar por una sociedad más democrática y decente utilizando las armas y las herramientas del derecho y de la razón.²

Este tomarse en serio el derecho y particularmente los derechos y las garantías de los sectores más marginados de la sociedad; el intento de desarrollar nuevas formas de democracia política, económica y social, basadas en la participación real y efectiva de los ciudadanos en la toma de las decisiones que les afectan; la construcción de un nuevo modelo económico y productivo ecológicamente sustentable, donde la idea de progreso sea entendido de manera radicalmente distinta a la modernización capitalista soportada en el extractivismo y en la industrialización indiscriminada; así como el entendimiento y la relectura anticolonial e intercultural de los derechos humanos; es lo que, convertido en norma directamente aplicable, se conoce en América Latina como paradigma constitucional latinoamericano.³

2 Lo dicho a diferencia de lo que creían y creen aún algunos marxistas clásicos que ven en el derecho solo su cara represiva y regulatoria y, por tanto, lo consideran tan solo un instrumento de dominación de las clases poderosas frente a las subalternas o subordinadas.

3 Y lo que algunos denominan el “proyecto de socialismo del siglo XXI”.

Como ha demostrado *Boaventura de Sousa Santos*,⁴ este constitucionalismo materializado de nuevo cuño, tiene una enorme potencialidad emancipatoria y anticolonial. Particularmente, tiene la capacidad de plantear alternativas reales y correcciones sustanciales concretas al modelo capitalista neoliberal que estuvo en boga en la región desde comienzos de los años 80 del siglo pasado y al colonialismo interno que viven la mayoría de las sociedades periféricas y semiperiféricas latinoamericanas desde el inicio de la República; pero tiene, de igual manera, importantes asignaturas pendientes: sigue por ejemplo sin resolver algunas tensiones heredadas del constitucionalismo liberal clásico, como son la imposibilidad solucionar adecuadamente la tradicional tensión entre poder y libertad que ha marcado la historia del derecho liberal en los últimos 200 años.

Así como existió una enorme brecha entre el modelo de sociedad planteado por Marx y las condiciones reales de vida de la gente en los regímenes políacos del socialismo realmente existente donde vivió Rudolf Bahro; y hay una incommensurable distancia entre las promesas de libertad e igualdad del constitucionalismo revolucionario y las condiciones materiales de existencia de la inmensa mayoría de las personas en las sociedades liberales contemporáneas,⁵ ya hoy existe una importante fisura entre los postulados implícitos en las constituciones de Venezuela, Ecuador y Bolivia, herederas de la tradición teórica neoconstitucionalista, y los regímenes políticos de transición que se viven en estos países.

En el caso ecuatoriano, la principal tensión que se puede observar se da entre el modelo de desarrollo constitucional centrado en la defensa de la naturaleza y el desarrollismo extractivista y etnocéntrico que se ha venido consolidando en el país en los últimos 3 años, mediante las leyes de desarrollo de la Constitución y de las políticas públicas emprendidas por el Gobierno Nacional.

En efecto, lejos de lo que podía pensarse a primera vista, el texto constitucional ecuatoriano vigente no es una sola Constitución, sino que el

4 Santos, Boaventura de Sousa. *Refundación del Estado en América Latina*. Quito, Ediciones Abya-Yala, 2010, pp. 25 - 41.

5 Como por demás prueba la pertinaz crisis en que viven las democracias formales de los países centrales y semiperiféricos del capitalismo, permanentemente ensombrecidas por la deslegitimación de las principales instituciones democráticas (Parlamento, sindicatos y partidos políticos), y por falta de participación real de la gente en las cuestiones colectivas.

constituyente, como expresión del pluralismo social y político vivido dentro de la Asamblea de Montecristi, incorporó en el texto constitucional cuatro o cinco agendas constitucionales independientes y yuxtapuestas que conviven en un equilibrio precario, y que, dependiendo de las relaciones entre ellas, van a dar como resultado un modelo constitucional distinto: La primera es evidentemente, la agenda desarrollista⁶ que en palabras de *Pessoanas* busca una especie de *renacimiento ecuatoriano* a partir de una visión *antiimperialista* y nacionalista del Estado a partir de la recuperación de la planificación centralizada de la economía; en una visión centralista y centralizadora de la administración pública; en la reinstauración en el país de un sistema económico mixto, soportado en los cuatro sectores de la economía;⁷ y en el establecimiento de un patrón de desarrollo endógeno que en las condiciones actuales del Ecuador implica aceptar, por lo menos a corto y mediano plazo, el mantenimiento del modelo económico extractivista.

La segunda agenda política influyente en la Constitución ecuatoriana es la de los derechos, que se expresa en la constitucionalización de las últimas tendencias del derecho internacional de los derechos humanos. Los principales aportes de esta agenda a la estructura de la Constitución son: el reconocimiento del principio de subordinación entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho constitucional;⁸ el reconocimiento de la interdependencia de todos los derechos, la eliminación del concepto de derechos fundamentales; el reconocimiento de los derechos de la naturaleza y el desarrollo del concepto de *sumak kausay*; la vinculación entre los derechos y las políticas públicas; la creación de la nueva justicia constitucional; y, el reconocimiento del carácter normativo de la Constitución; entre otros.

Una subagenda importante, incorporada en la “*Constitución de los Derechos*”, es la de Género. Los defensores de esta línea política lograron

6 Como se puede observar fácilmente si se compara la Constitución ecuatoriana de 2008 con el plan de desarrollo de la dictadura militar y la Constitución de 1979, esta agenda tiene su antecedente directo en el gobierno militar del general Rodríguez Lara y en la Constitución de 1979.

7 Sectores de los que ya hablaba la Constitución de 1979: el sector público, el sector privado, el comunitario y el mixto.

8 La introducción de este principio en la Constitución ecuatoriana ha permitido considerar como parte de la constitución todos los principios y reglas establecidas en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

incorporar a la Constitución todas las reivindicaciones históricas de las mujeres ecuatorianas entre las que se destacan el reconocimiento constitucional del concepto de paternidad y maternidad responsables; la constitucionalización de los distintos tipos de familia existentes en el Ecuador;⁹ la existencia de procedimientos constitucionales para la tipificación y sanción de delitos de violencia intrafamiliar, sexual y crímenes de odio y aquellos que se cometan contra mujeres y las personas pertenecientes a grupos de atención prioritaria; la consagración de la paridad, la igualdad real entre mujeres y hombres, incluida la plena capacidad de las mujeres de decidir sobre su vida sexual y reproductiva, libres de cualquier discriminación, coerción o violencia entre otras.

La tercera agenda constitucional puede denominarse *democrática*. Sus defensores tenían como principal preocupación política devolver al pueblo la titularidad y ejercicio del poder constituyente; crear en el país una democracia participativa que garantizara la participación de todas las personas en la gestión de lo público y de los intereses que los afectan y garantizar la participación directa del pueblo en la fiscalización de las funciones estatales y en la designación de las altas autoridades del Estado.

Finalmente, la última agenda políticamente potente que tuvo influencia en el proceso constituyente fue la de la plurinacionalidad. Los defensores de esta postura política, agrupados alrededor de las organizaciones indígenas planteaban dos cuestiones concretas: el reconocimiento del carácter plurinacional del Estado¹⁰ y la garantía efectiva de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, con el mismo nivel de protección que el resto de los derechos constitucionales.

Respecto a la creación de un Estado ecuatoriano plurinacional, los propósitos políticos del movimiento indígena no se consiguieron más allá de un reconocimiento formal y retórico. Más bien al contrario: los avances de la visión intercultural de la estructura del Estado anteriores a la

9 Entre los distintos tipos de familia que reconoce la Constitución encontramos aquella formada por mujeres cabeza de hogar, la familia mono-personal, la familia ampliada producto de la migración, o la familia formada por parejas del mismo sexo, entre otras.

10 Con las implicaciones institucionales que ello significa en términos de una estructura del Estado que debe reflejar por lo menos en sus elementos más importantes la realidad plurinacional, multietnica y pluricultural del Estado ecuatoriano.

Constitución se vieron limitados en la actual coyuntura constitucional, a partir de la concepción fuertemente centralista que prevaleció en la Asamblea constituyente y que es contraria a la noción de autodeterminación y autogobierno defendidas por el movimiento indígena.

En materia de derechos indígenas,¹¹ por el contrario, más por la propia inercia del proceso constituyente que por la fortaleza del movimiento indígena, se consiguió mantener y profundizar en algunos casos las conquistas jurídicas obtenidas en los últimos 20 años de lucha indígena, si bien con algunas matizaciones respecto de las propuestas originales de los pueblos indígenas y sus voceros.

Pero, lejos de lo que puede pensarse a primera vista, el problema de la Constitución no está tanto en su estructura plural y compleja cuanto en su nivel de eficacia normativa. La verdadera realidad constitucional es la siguiente: de las cuatro agendas planteadas tan solo la primera tiene apoyo real y manifiesto en términos de desarrollo legal y de políticas públicas. Si un observador imparcial revisa la gestión del órgano legislativo nacional y del gobierno actual, pronto se da cuenta que el desarrollo normativo secundario y el de las políticas públicas tan solo refleja y obedece a las directrices de la agenda desarrollista. Las otras “constituciones”, incluida la potente Constitución de los derechos, se están progresivamente quedando en letra muerta, cuando no, son objeto de una temprana *contrarreforma* impulsada desde los sectores más retardatarios del Ejecutivo y de la mayoría legislativa.

En el caso de la Constitución plurinacional, si nos concentrámos al ámbito de los derechos colectivos y sus mecanismos de garantía, ni la consulta previa ni el derecho y la justicia indígenas tienen el respaldo institucional que la Constitución manda. La consulta previa, a pesar de la claridad del texto fundamental que otorga eficacia directa a los instrumentos

11 Recuérdese que los cinco derechos colectivos fundamentales de los pueblos indígenas reconocidos internacionalmente, y recogidos por la Constitución de Ecuador son el derecho al autogobierno, el derecho al territorio, el derecho a la participación y el derecho a un modelo de desarrollo propio; mismos que en la lógica de la Constitución de Montecristi, contempla y debe garantizar la existencia de mecanismos procesales transversales para hacerlos efectivos en la realidad. También se sabe que los dos principales mecanismos de realización de esos derechos son el *mecanismo-derecho* a la consulta previa y el reconocimiento del derecho propio y de la justicia indígena como un sistema jurídico y una justicia equivalente al derecho mestizo nacional y a la justicia ordinaria.

internacionales de derechos humanos y de la existencia de unos procedimientos relativamente claros y sencillos definidos por el relator de Naciones Unidas para los derechos de los pueblos indígenas James Anaya, y recogidos por la Corte Constitucional en una de sus sentencias;¹² el legislador secundario se ha negado rotundamente a desarrollar legalmente la consulta prelegislativa como manda la Constitución. En el ámbito de la justicia indígena el Estado ecuatoriano por medio de instituciones como la Fiscalía menoscaba y criminaliza el ejercicio de la justicia indígena como demuestra el caso de la Cocha.

Pero lo que sin duda es más grave es el ataque directo contra la “Constitución de los derechos”. Uno de los orgullos que legítimamente podemos tener quienes vivimos en el Ecuador es contar con una Constitución que incorpora la regulación más moderna y consistente de los derechos y libertades públicas que puede concebirse en ningún ordenamiento jurídico democrático. Uno de los elementos esenciales de ese constitucionalismo garantista de los derechos es justamente la constitucionalización de la regla según la cual ninguna reforma constitucional o legal puede ir en contra del principio de progresividad en los derechos. La restricción que se plantea a la figura garantista de la caducidad de la prisión preventiva es sin duda un desconocimiento claro de este principio de progresividad de los derechos, que no puede introducirse ni siquiera mediante un pronunciamiento popular porque implica igualmente un desconocimiento del núcleo esencial de la Constitución, que no puede tramitarse mediante el expediente del poder de reforma.

Ante esta situación y parafraseando a *Lenin*, es necesario que nos preguntamos ¿qué hacer? La respuesta política y jurídica obvia es “*tomarse en serio la Constitución*”, para lo cual hay varios caminos: en primer lugar, en el plano institucional es indispensable utilizar los mecanismos de defensa del texto constitucional que la propia Constitución contempla, relacionados con la existencia de una justicia constitucional independiente y autónoma que garantice la supremacía y la interpretación correcta de la Constitución.

Pero también existen caminos y alternativas teóricas que permiten encontrar el camino de realización de los anhelos y expectativas éticas,

12 Sentencia n.º 001-10-SIN-CC.

políticas y jurídicas planteadas por la Constitución ecuatoriana de 2008. Una de estas es justamente la crítica racional a la realidad social, política e institucional que vivimos en Ecuador hoy día. Una crítica que para ser efectiva, debe ser penetrante y lucida; y, debe ser realizada con altura teórica y buena fe, tal como en otro contexto realizará *Kant* respecto de la sociedad europea de fines del siglo XVIII, *Marx* a mediados del siglo XIX, o *Rudolf Bahro* respecto de la política y la vida en las sociedades del socialismo realmente existente de finales de los años 70 del siglo pasado.

Y esta es justamente la idea de la Corte Constitucional y de su Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC) cuando impulsa la creación de una red de constitucionalismo democrático y una línea editorial sobre derecho crítico. La idea es generar un espacio abierto y plural de divulgación de los planteamientos y esfuerzos teóricos y metodológicos que desde el pensamiento crítico y desde el derecho, se puedan estar dando en nuestra región para consolidar el horizonte emancipatorio que plantea el nuevo constitucionalismo latinoamericano.

Y esta es justamente la finalidad que tienen el CEDEC de la Corte, la Red de Constitucionalistas Demócraticos capítulo Ecuador, y el editor del libro, el profesor Luis Ávila Linzán, al editar y publicar este segundo volumen de la serie *Crítica y Derecho*, donde se recogen los planteamientos críticos y provocadores de distintos autores nacionales y extranjeros sobre la realidad jurídica y constitucional que plantea el nuevo paradigma constitucional latinoamericano y en particular la nueva Constitución ecuatoriana.

En este libro se sigue la pista de la tesis ya planteada en el primer libro de la serie, sobre la necesidad de superar el aislamiento de la ciencia del derecho defendida por el positivismo y la urgencia de asumir una visión inter y transdisciplinaria para abordar y analizar los fenómenos jurídicos. El otro gran eje articulador del discurso implícito en el libro es la idea de la necesaria integración de la política, la justicia y la Constitución en los contextos planteados por el constitucionalismo material que se defiende en América Latina.

La obra se estructura sobre dos ejes temáticos: la necesidad del diálogo interdisciplinario y su relación con una dimensión crítica y emancipadora de lo jurídico, y un examen teórico de algunos de los principales derechos y las garantías incorporadas en las constituciones latinoamericanas.

En cuanto a los colaboradores, el libro recoge los escritos de autores consagrados ecuatorianos y extranjeros como *Roberto Gargarella, Eugenio Zafaroni, Roberto Viciano y Agustín Grijalva* con las aportaciones sesudas y sustanciales de autores jóvenes o menos conocidos como *Jorge Benavides, Pier Pigozzi, Gina Chávez, Tomás Sánchez Jaime, Jacqueline Ortiz*, o el propio *Luis Ávila*, quienes a pesar de las diferencias metodológicas y teóricas comparten su preocupación por la necesidad de consolidar en nuestra región un constitucionalismo democrático, crítico y verdaderamente emancipatorio.

En definitiva, quien se acerque a este libro tendrá la oportunidad, de disfrutar, reflexionar y debatir sobre cuestiones importantes y de candente actualidad en nuestra realidad.

*Juan Montaña Pinto**

Director Ejecutivo 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

Un nuevo constitucionalismo latinoamericano en serio

[...] la democracia moderna nos invita a sustituir la noción de un régimen regulado por leyes, la de un poder legítimo, por la de un régimen fundado sobre la legitimidad de un debate sobre lo legítimo y lo ilegítimo, debate necesario, sin debate y sin término.¹

I. La historia no contada del constitucionalismo judicial latinoamericano

Normalmente, cuando en América Latina se habla de la justicia, se hace referencia a la administración de justicia o a los fines del Estado o la sociedad en su conjunto. En el primer caso, estamos en el ámbito específico del derecho, mientras que en el otro, en el de la política. De esta manera, en el derecho tradicional, la justicia es sinónimo de actuación judicial y de judicatura, más concretamente, administración de justicia; y, en la política, se habla de intervención, regulación o abstención estatal; bienestar, bien común, desarrollo o buen vivir; o, utilitarismo o garantismo, etc.

1 Lefort, Claude. *La Incertidumbre Democrática: ensayos sobre lo político*. Madrid, Embajada de Francia en España y Editorial Anthropos, 2004, p. 139.

A partir de la década de los ochenta por el influjo de *Duncan Kennedy* y *Guillermo O'Donnell*, más desde el derecho; y, a partir del interés de algunos politólogos sobre el fenómeno de la justicia, tales como *Dakolias* y *Popkin*, bajo el influjo de *Sartori* y *Dalh*, en América Latina se ha comenzado a relacionar la justicia con la política, por lo tanto, el derecho con la política y la administración de justicia con los fines sociales y estatales. Al mismo tiempo estos fines se han estudiado con las regulaciones e instituciones específicas de la judicatura. Estos esmeros tienen antecedentes un poco más atrás, pues siempre existió una relación instrumental de la justicia –en los dos sentidos aquí establecidos– y la política en el entorno de la coyuntura política de nuestros pueblos. De esta manera, cada crisis política, al menos en Ecuador, supone una (s) corte (s) nueva (s), acompañada de una reestructuración de toda la judicatura.

En este libro, vamos a tratar a la justicia como lo relacionado con la administración de justicia, pero como inclusión de todos los sectores de la justicia ordinaria y la constitucional y como una cuestión radicalmente transformadora que aparece en nuestra Constitución desde la necesidad de “constitucionalizar la justicia”.

Frente a esta realidad, lo realmente nuevo es el uso instrumental de la Constitución para la “transformación de la justicia”, más allá de la formalidad de estos cambios institucionales en la justicia que siempre han estado acompañados de nuevas constituciones. Vale decir, que la Constitución de 2008 es el proyecto político democrático y democratizador de las/os ecuatorianas/os, que sustituye el proyecto del retorno a la democracia en 1979, que fijó una agenda política monopolizada por los sectores políticos organizados; principalmente, los partidos políticos, con el fin de reconstruir el sistema político que, en términos institucionales, siempre representó un sector particularmente débil.

De acuerdo con esto, este constitucionalismo de tradición liberal resultó ser solo un espacio de legitimación formal; pero no supuso un instrumento de transformación social que, tal como lo pensara *Lassalle*, fuera el resultado de las relaciones reales de poder.² La Constitución de 1929, la que inauguró el constitucionalismo social en Ecuador, heredera del continuo

2 Véase Lassalle, Ferdinand. *¿Qué es una Constitución?* México, ed., Siglo Veinte, 1975.

histórico de lucha social en América iniciado con la Constitución de 1917 en México, fue proscrita de este proceso constituyente. Su espíritu social fue derrotado por las circunstancias negociadas en la transición con el mando militar y las élites civiles.

Sin embargo, la Constitución del Ecuador 1978 fue entendida como progresista y –además, tuvo apoyo de los militares salientes–, aunque resultó de un proceso abiertamente elitista, puesto que fue elaborada por una comisión de notables, y tuvo como un dato novedoso la realización de un referéndum que, aunque limitado a los dos proyectos propuestos por los notables, significó un precedente importante de participación para la elaboración de un acuerdo constituyente. Tres fueron los asuntos fundacionales promovidos por el poder constituyente de 1978: (1) el control estatal de lo que se denominó sectores estratégicos de la economía, básicamente recursos naturales no renovables y algunos servicios públicos; (2) un régimen de representación partidista como centro de decisión del poder; y, (3) el ejercicio del poder centralizado regionalmente. La justicia siguió la misma regulación formal y organizativa de las anteriores constituciones, con lo cual dejó con plena vigencia –igual que ocurrió en otros sectores– la *Ley Orgánica de la Función Judicial*, elaborada por los militares.

Esta ley entregaba el control político de la justicia a dos sectores. Por un lado a las/os abogadas/os tradicionales (de las universidades de élite del Ecuador) que pasaban, coyunturalmente, del libre ejercicio profesional –litigio– al ejercicio de la alta judicatura (Corte Suprema y las cortes provinciales, para aquella época); y, por el otro, a la agremiación judicial, en la mayoría de casos, formada en las universidades públicas; o sin formación universitaria alguna, la mayoría –los denominados “meritorios”–. De esta manera, cuando de organizar el poder político se trataba, los partidos respecto del sistema político ecuatoriano –en realidad “maquinarias electorales”–, fueron quienes organizaron directamente la judicatura con la complacencia de la agremiación judicial.

Posteriormente, las reformas constitucionales de 1983 y, principalmente, las de 1992 y 1996 se centraron en dos cuestiones de la justicia. Primero, la independencia judicial externa, especialmente, de la Corte Suprema de Justicia [hoy Corte Nacional de Justicia], frente al Ejecutivo y los partidos políticos; y, segundo, los problemas de la infraestructura

institucional, particularmente, lo referente a la profesionalización de las/os servidoras/es judiciales y el mejoramiento del espacio físico. En lo normativo, se promulgaron las leyes de *Casación, Orgánica del Consejo de la Judicatura y del Control Constitucional*. Este acuerdo implícito entre las/os actores/as políticos/as y las políticas de ajuste estructural se codificó en la Constitución de 1998: el proyecto de la transición democrática (1978) consolidó su degeneración neoliberal.

No obstante, este acuerdo se desgastó y entró en crisis a finales de los noventa por el propio fracaso del neoliberalismo, lo que llevó a la Asamblea Constituyente de 2007 a la promulgación de la Constitución de 2008, dentro de un proceso regional de transformaciones constitucionales en Venezuela y Bolivia, que fue aprobada mayoritariamente en un referéndum directo. Esta Constitución muta la naturaleza del Estado social de derecho en constitucional de derechos y justicia, y con este, la administración de justicia en un instrumento de la transformación social, que es lo que hemos llamado “nuevo constitucionalismo latinoamericano”. Esta es la historia conocida... El derecho y el constitucionalismo de los vencedores (en este caso, solo en masculino) en los procesos electorales y en la cooptación del poder, la justicia de quienes tienen el poder real de decidir porque lo tomaron por la violencia de los medios institucionales. ¿Qué pasó con las/os derrotadas/os? Por si acaso, no refiero a los sectores opositores del proceso constituyente, sino quienes históricamente son derrotados en todas los procesos revolucionarios y en sus réplicas reaccionarias: las/os excluidas/os, los pueblos indígenas, afroecuatorianos y montubios, los campesinos, los obreros –organizados o no–, los cientos de mujeres, niños/as, adultas/os mayores, diversidades sexuales, extranjeras/os marginadas/os.

¿Qué debemos rescatar del constitucionalismo revolucionario para que sea realmente emancipador? Según Zaffaroni, en una ponencia que presentaba en la *Universidad Andina Simón Bolívar* el 2010, decía que la historia no es un conjunto de hechos que en un momento dado diferencia la barbarie de la civilización, no es una flecha incontenible, en su versión *hegeliana*, que deja a su paso aquello que se le opone como un obstáculo.³ Concuerda esto con lo que la historia es para Benjamin, en la lectura que

3 Zaffaroni, Raúl Eugenio. “Los Derechos de la Naturaleza en la nueva Constitución ecuatoriana”. Quito, XV Conferencia Continental de la Asociación, Americana de Juristas, 22 de septiembre de 2010. “Justicia, soberanía, democracia e integración en América”, miércoles 22 de septiembre.

hacia de él *Bolívar Echeverría*: un proceso dialéctico desde abajo donde es la lucha social una constante dentro de un continuo social por la emancipación sin que importe la desbocada búsqueda por el progreso –en el ideal “civilizatorio occidental”–⁴ que, en el fondo, esconde la anulación de los derrotados por la opresión de los conquistadores, de los que ganaron las guerras o de los decidieron la convención inicial de las sociedades mediante el uso manifiesto o velado de la violencia. Nos referimos al llamado pacto social de la modernidad, del cual, considera *Santos y García Villegas*, está la gran mayoría de las personas históricamente excluidas por una “ciudadanía” que, al tiempo que incluye también excluye, a favor de las necesidades de dominación del Estado nación y de sus propietarios –en este caso, solo en masculino–.⁵

La metáfora utilizada por *Benjamín* fue una pintura de *Paul Klee* titulada “angelus novus” (1921) que sirvió para explicar la tesis IX de su obra “Sobre el Concepto de Historia”.⁶ En esta obra, en realidad el autor trasladaba a otra imagen respecto de la obra de *Gravelot y Cochin* titulado “L’histoire” (1791). La pintura de *Klee*, a diferencia de la de *Gravelot y Cochin*, representaba a un ser humano desorientado en un entorno caótico (*angelus novus*), mientras el ángel de la historia, un intermedio entre dios y la humanidad, que avanza inevitablemente arrastrado por una necesidad de avance. Este contraste es una crítica al ideal del progreso civilizatorio, al tiempo que busca revalorizar el papel del sujeto histórico frente a la dirigencia de los procesos políticos de transformación y su rol mesiánico –no en el sentido religioso, sino de la capacidad real de construcción de un proyecto histórico emancipador–. Esto quiere decir, que la historia debe ser escrita de otra manera y los procesos políticos deben vistos como un continuo de una lucha histórica de resistencia contra la opresión con independencia de su dirigencia.⁷

-
- 4 Echeverría, Bolívar. “El Ángel de la Historia y el Materialismo Dialéctico”. *La Mirada del Ángel. En torno a las tesis sobre la historia de Walter Benjamin*. Comp. Bolívar Echeverría, pp. 23-25.
 - 5 Santos, Boaventura De Sousa y Mauricio García Villegas. “El Revés del Contrato Social de la Modernidad”. *El Caleidoscopio de las Justicias en Colombia. Análisis Socio-Jurídico*, t. I. Comps. Boaventura De Sousa Santos y García Villegas. Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2001.
 - 6 Véase Benjamin, Walter. *Tesis sobre la historia y otros fragmentos*. México, Contrahistorias, 2005.
 - 7 La pintura comentada de *Gravelot y Cochin*, incluso, en un contexto más amplio, forma parte de una colección neoclásica que a finales del siglo XIX eran un mecanismo de reproducción ideológica de los valores y moral pública de las clases dominantes. Tenemos así una pintura titulada “justice”, que incluye una mujer rubia con una balanza en la mano derecho y una espada en la mano izquierda apoyada de codos sobre unos libros –posiblemente, los libros– y el pie izquierdo sobre una corona y cetro botados en el suelo.

En América Latina es indispensable reconstruir el constitucionalismo social desde abajo, con lo cual será necesario comenzar por la lectura atenta de los trabajos de *Gregorio Peñes-Barba* y *Roberto Gargarella*. Un constitucionalismo popular al cual se ha aplicado un derecho de admisión simulado en los procesos de legitimación política. Una historia que ha hecho invisibles a *François Dominique Toussaint Louverture* y la primera república negra y libre en Haití (1793-1803), al mismo tiempo que inventó en nuestros textos escolares “primeros gritos de independencia” a favor de los nuevos ganadores; que desconoce a un *Alonso Illescas* en la Esmeraldas negra e independiente de los siglo XVI-XVIII en Ecuador; mientras magnifica los eventos de lucha por la independencia materializados en la Constitución colonialista y burguesa de 1812; que sepultó en el olvido y abandonó a los dispositivos ideológicos de control del imperio a *Tupac Amaru* y *Tupac Jatari* (finales del siglo XVIII), cuando simultáneamente hace un relato místico de los próceres criollos de la independencia y aún de los fundadores conquistadores de nuestras ciudades; y, que cubrió tras de un velo de oprobio a *Camilo Torres*, *Ernesto Che Guevara*, *Carlos Mariátegui* y *Emiliano Zapata*, simulando un silencio cómplice con *Augusto Pinochet*, *Rafael Leónidas Trujillo* y todos los asesinos de Estado de nuestra América. ¿Quién cuenta hoy, entonces, la historia, el derecho y la justicia de los vencidos? ¿Cómo hacer visible su incidencia en los procesos políticos de transformación? El primer paso, si hablamos en este libro sobre política, justicia y Constitución, es entender el proceso constituyente, su transición y las decisiones del poder como un continuo histórico dentro de la lucha silenciosa de los pueblos, de los millares de descalzas/os, a quienes, *Arnulfo Romero* decía, las serpientes únicamente suelen morder.

II. Una legitimidad material de la justicia

Cuando se habla de legitimidad, se piensa en la aceptación de las decisiones del poder y del alcance de las instituciones políticas y sociales; se habla sobre la correspondencia de estas decisiones con la realidad social imperante; y, se piensa sobre el referente mismo de lo que se considera válido socialmente. Pero esta legitimidad que entendemos supera a la mera legalidad

—teóricamente insuficiente; esto ya no está en discusión—, sigue siendo en la teoría de la política y del derecho tradicionales un espacio institucional (reglas y procedimientos), de conformación de la decisión de las/os actores/as políticas/os —para el caso, las/os servidoras/es judiciales del sector justicia (agencia política)—, o de la verificación de un problema estructural que se evidencia como contradictorio socialmente (cibajes).

La legitimidad, según lo anterior, viene dada como un fenómeno artificial o de una naturaleza condicionada al conflicto de coyuntura estructural. Si la justicia debemos entenderla desde abajo y como parte de un proceso histórico de lucha, su legitimidad, además, deberá leerse, si seguimos a *Lefort*, como un proceso abierto al diálogo social, con lo cual la democracia ya no sería un orden formativo, sino un espacio vacío para el debate de lo legítimo.⁸ Este nivel de incertidumbre deberá ser una representación de intereses antagónicos mediante un proceso de participación democrática, perteneciente a las personas, tal como lo establece *Mouffe* a través de una redefinición de lo político.⁹ Dialéctica de la historia y redefinición constante de lo legítimo/político debe ser el norte desde el pensamiento del sur, con el fin de explicar hacia donde debe ir la justicia, más concretamente la reforma judicial en un proceso de transformación y transición constitucional. Lo anterior plantea el reto en nuestro proceso de transición constitucional respecto de la justicia de garantizar una legitimidad dialéctica, histórica y democráticamente participativa en la construcción de la voluntad política profundamente revolucionaria y transformadora.

Consecuentemente, la justicia necesita de acuerdos con las personas y colectivos, los sectores históricamente involucrados y los movimientos sociales, los partidos y movimientos políticos; y, en un nivel más instrumental, la implementación de mecanismos formales para el desarrollo de lo que hemos denominado *legitimidad de origen y de ejercicio* que guarda una estrecha relación con el acceso a la justicia, la independencia judicial (externa e interna) y la integralidad de la justicia.¹⁰ La suma estratégica de todo lo anterior lo hemos queremos llamar “legitimidad material” de la justicia.

8 Claude Lefort, *op. cit.*, pp. 157-160.

9 Chantal, Mouffe. *En Torno a lo Político*. México, Fondo de Cultura Económica, 2007, pp. 15-20.

10 Véase Ávila Linzán, Luis Fernando. “Legitimidad Social e Independencia Judicial Interna”. *La Transformación de la Justicia*. Ed. Luis Fernando Ávila Linzán. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.

Se materializa como un resultado instrumental, en primer lugar, la legitimidad de origen que requiere un compromiso con la independencia judicial interna y externa, participación social amplia y un proceso meritocrático de selección abierto, igualitario, profesional, de probidad ética y comprometido con el cambio y transformación de la justicia, con el fin de integrar el sector justicia con juezas/es que cumplan el perfil establecido en el artículo 37 del *Código Orgánico de la Función Judicial*:

Art. 37.- **PERFIL DE LA SERVIDORA O SERVIDOR 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 académica; 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.¹¹

Un cortocircuito en este proceso puede ocasionar parecidas crisis políticas ocurridas en el pasado respecto de las altas cortes con el consecuente desmantelamiento de la judicatura.

De la mano de lo anterior, la legitimidad de ejercicio, las más importante, a nuestro criterio, es aquella que se gana día a día y hace que la gente lleve sus conflictos a las/os juezas/es. Es una suma de prestigio con la calidad de sus fallos y un proceder imparcial e incorruptible. Indispensable deviene, además, un activismo consciente, automoderado y estratégico, como expresión de politizar –no partidizar– la justicia en los términos que hemos defendido en otros trabajos.¹²

Apenas este libro colectivo abarca algunos de los debates que van desde lo institucional a lo estructural. No obstante, la ausencia de un

11 Código Orgánico de la Función Judicial, registro oficial suplemento 544: 9-mar-2009, artículo 37.

12 Véase Ávila Linzán, Luis Fernando. “La Constitucionalización de la Administración de Justicia”. *La Constitución del 2008 en el contexto andino: análisis desde la doctrina y el derecho comparado*. Ed. Ramiro Ávila. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009; Ávila Linzán, Luis Fernando. “El acceso a la justicia y la emancipación social de las personas excluidas”. *Neoconstitucionalismo y sociedad*. Ed. Ramiro Ávila. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

constitucionalismo judicial desde abajo y como parte de una lucha histórica por la emancipación y desde la participación democrática es, por ahora, una invitación y una deuda, que sobrepasa con creces la aparente intención del título que tomamos prestado de la obra de *Dworkin*, “Los Derechos en Serio”; ¹³ para esta introducción de quienes creemos que es indispensable implementar materialmente la Constitución de 2008, como parte de la consolidación de la tendencia subregional hacia la consagración de un nuevo constitucionalismo latinoamericano. Nuestro proyecto político de cambio y transformación es la Constitución, y es nuestra oportunidad, de las pocas que se presentan en nuestra historia de opresión y dominación, para pensar la política, justicia y Constitución críticamente desde el sur. Tomarse la Constitución en serio es tomarse el cambio y la transformación en serio.

Luis Fernando Ávila Linzán
Secretario Ejecutivo de la Red
por el Constitucionalismo Democrático

13 Véase Dwokin, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona, Ariel, 1995.

Diálogo interdisciplinario y crítica del derecho

La contrarreforma invisible de la justicia, entre la alienación social y la necesaria transformación ideológica

Luis Fernando Ávila Linzán*

El derecho, en tanto que derecho social objetivo, no puede ser agotado por la norma o la regla, ya sea escrita o no escrita. La norma como tal, es decir su contenido lógico, o bien es deducida directamente de las relaciones ya existentes, o bien sólo representa, cuando es promulgada como ley estatal, un síntoma que permite prever con alguna certeza el futuro de relaciones correspondientes.¹

Resumen

Este trabajo intenta poner en evidencia la agenda política necesaria para la transformación de la justicia en tres escenarios, donde se instrumenta ideológicamente el cambio de la institucionalidad judicial: lo decisorio, lo técnico-administrativo; y, lo formativo. A partir de la visibilidad de estos escenarios, el autor identifica algunos de los problemas estructurales que es necesario tomar en cuenta para hacer viable cualquier tipo de reforma constitucional, legal o de política judicial.

Palabras clave

Administración de justicia, alienación social, transformación de la justicia, derecho judicial, política judicial, teoría crítica, escuela judicial, gobierno judicial, formación judicial, ideología, constitucionalismo crítico.

* Profesor de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador y del Instituto de Altos Estudios Nacionales (IAEN), asesor de la Corte Constitucional para el Período de Transición del Ecuador y secretario ejecutivo de la Red por el Constitucionalismo Democrático (RCD).

1 Pashukanis, Evgeny. *La Teoría General del Derecho y el Marxismo*. Barcelona, Editorial Grijalbo, 1985, p. 73.

I. Introducción

En América Latina los cambios revolucionarios, incluso los coyunturales y reaccionarios, van encadenados a reformas en el sistema de derecho, especialmente en el ámbito de lo constitucional. Unas más profundas que otras, estas son una válvula de escape de la presión en la configuración del poder y en la redefinición del lugar que corresponde a las élites en el escenario político y, si se quiere, desde un análisis de dependencia y desarrollo, la forma como estas se relacionan con las condiciones dirigidas desde los países centrales.²

Las reformas constitucionales, por otro lado, han tenido una especial relevancia en la historia de nuestra América, pues normalmente coinciden con el llamado a la fundación o refundación de la sociedad política en su conjunto o, al menos, con el afán inusitado de superar una grave crisis política. Sin duda, algo que opera a favor de una visión optimista de lo que las normas constitucionales pueden hacer por transformar la realidad, guarda relación con la tradición liberal y la imposibilidad real desde la izquierda de luchar en otros frentes que no sean la institucionalidad y las normas.

Esta maximización de las normas constitucionales crea la sensación como si estas tuvieran propia entidad y pudieran ellas mismas alterar la realidad, con lo que se produciría, si tomamos como base el pensamiento de Marx, una especie de fetichismo jurídico que, en verdad, esconde las relaciones cosificadas (reificadas)³ en tanto problemas de fondo que afectan histórica y estructuralmente a nuestras sociedades.⁴ Esto produciría un estado particular de conciencia social que nos hace sentir “fuera de”, en otras palabras, alienados. La explicación de este fenómeno está en la propia naturaleza del derecho hegémónico y, particularmente, en sus normas

2 Marini, Ruy Mauro. “Dialéctica de la Dependencia”. *La Teoría de la Dependencia: antología del pensamiento político, social y económico de América Latina*. Ed. Ángel María Casas Grageas. Agencia Española de Cooperación Internacional y el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, 2006, p. 245.

3 Pashukanis, Evgeny. “Ideología y Derecho”. *Lecturas sobre Derecho y Derecho Económico*. Comp. José María Martinelli, pp. 71-79.

4 Colomer, Jordi Magnet. “Fetichización Jurídica y Derechos Sociales”. *Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas* (Madrid) 4, Universidad Complutense (2008): 2-5.

las cuales en un orden liberal, de manera análoga como advirtió *Marx* respecto de la realización del trabajo, anulan al ser humano.⁵ Ante esto, el derecho debe retornar a su manifestación material: la realidad social.

Centrar la crítica en el derecho reformula el postulado ortodoxo marxista, pues da a la superestructura (ideología, dentro de ella, el derecho), en palabras de *Althusser*, la categoría de ser –también– escenario de lucha y acción política con una relativa autonomía de las relaciones sociales (infraestructura). Necesitamos, no obstante, superar la sola estrategia de apropiación física de sus aparatos ideológicos propuesta por el filósofo argelino, mediante el análisis creativo que influya realmente sobre las formas y prácticas del derecho, en tanto ideología de la hegemonía:⁶ utilizar lo jurídico y el sistema de derecho para una profunda transformación social y no únicamente como un arma utilitaria para cooptar y mantener el poder.

Parto de la evidente y necesaria relación entre política y derecho, que ya he manifestado en otros trabajos, y aún más allá de esto: el derecho tiene, además, un contenido ideológico lo cual se convierte en una barrera invisible en toda reforma progresista. Entiendo la ideología como el conjunto de valores, pareceres, percepciones y modelos de vida que se encuentran en la sociedad y que, de manera consciente o inconsciente, programáticamente influyen en las condiciones reales existentes en una sociedad con el fin de mantener la hegemonía de un grupo de personas o los intereses de las clases dominantes. No debe confundirse con el concepto de cultura, aun cuando se puede decir que la ideología es una forma o expresión concreta de aquella. La diferencia está en la medida que la ideología tiene como fin el mantenimiento o transformación de las estructuras profundas de una comunidad política, mientras que la cultura en el entorno hegemónico liberal opera en un nivel de abstracción y neutralidad casi *folklórica*. En este entorno, dicho sea de paso, la ideología está restringida a los programas de los partidos políticos (socialdemócratas, socialistas, liberales, etc.).

5 Marx, Karl. *Manuscritos Económico-Filosóficos de 1844*. México, Editorial Grijalbo, 1968, pp. 77-78.

6 Althusser, Louis. “Ideología y Aparatos Ideológicos de Estado”. *Ideología: un mapa de la discusión*. Comp. Slavoj Zizek. México, Fondo de Cultura Económica, 2003, p. 119.

Sin que esto signifique agotar las diversas dimensiones y manifestaciones de la alienación social, postuló que la supuesta apoliticidad del derecho y el fetichismo jurídico configuran condiciones actuales de aquella en dos niveles. El primer nivel estaría condicionado por el pensar que las normas jurídicas no tienen o no deben tener un contenido político; y, el segundo, por creer que la promulgación de las normas aún conscientes de los objetivos políticos que se quieren alcanzar, son suficientes para una reforma jurídico-política. Quiero identificar en este ensayo estos dos niveles de alienación respecto de la reforma judicial a partir de la reforma constitucional de 2008 en Ecuador, y establecer cuáles son los elementos ideológicos que dificultan su real implementación a largo plazo.

Al momento de escribir este ensayo, se cumple un año y una semana de aprobado el *Código Orgánico de la Función Judicial* (COFJ),⁷ y si nos trasladamos al momento en que se discutía este proyecto en la Asamblea Nacional, ocurrió un situación, por sus efectos, paradójica. Al tiempo que se empobrecía el debate jurídico-político por las disputas por la autonomía de la Fiscalía, el reclamo de los gremios de abogadas/os, las notarias/os y las servidoras y servidores judiciales, que se resistían a los cambios; también se lograba sin mucha resistencia incluir reformas que en otro contexto y tiempo hubieran sido políticamente inviables, pero que tienen la potencialidad de ser ideológicamente transformadoras más allá de la coyuntura política del momento.

He escogido tres escenarios donde creo se instrumenta ideológicamente la institucionalidad judicial: lo decisorio (el Consejo de la Judicatura), lo técnico-administrativo; y, lo formativo (la Escuela Judicial). Desarrollo aquí lo que *Althusser* entendía como aparatos ideológicos del Estado (AIE), pero con la diferencia que, acogiendo las propuestas de *Mouffe* y *Lefort*, no creo que estos se limiten únicamente al espacio estatal o estatizado y que, además, es importante la posición de las/os sujetos/as en la orientación de la ideología.

El balance actual de la reforma judicial es aún negativo y por demás desalentador, pero suficiente para poder reflexionar críticamente sobre hasta qué punto esta, a partir del COFJ, guarda un grado de adecuación razonable o de alejamiento ideológico de la Constitución de 2008.

7 Código Orgánico de la Función Judicial, registro oficial suplemento 544, 9-mar-2009.

Voy a dividir este ensayo en las siguientes partes: (1) *la reforma de la justicia*, en la cual buscaré establecer el contenido político de la reforma judicial, con el fin de determinar qué significa o debe significar ideológicamente en la Constitución de 2008 (ejes ideológicos); (2) *la contrarreforma de la justicia*, en la que tenemos tres objetivos: identificar la limitación de la reforma, es decir, establecer aquellas fisuras que dejan las normas jurídicas de nuestro Código luego de la negociación política en su proceso de gestión legislativa; mostrar cómo se afecta su realización política (primer nivel de alienación social); y, a partir de esto, hacer visibles las barreras ideológicas que, por fuera de la norma, puedan boicotear la materialización de la reforma judicial en la práctica política de la transición (segundo nivel de alienación social).

II. La reforma de la justicia

2.1. Transformación de la justicia

Desde una visión marxista ortodoxa, el derecho ha sido un instrumento al servicio de las clases dominantes con el fin de asegurar el despojo de los medios de producción y de los excedentes (plusvalía) del producto social del trabajo enajenado.⁸ En este entendido, si tomamos la metáfora infraestructura-superestructura de Marx, lo que importaría sería la prioritaria apropiación de las relaciones sociales y la economía (infraestructura), en la cual estaría el campo de la lucha social y la acción política, pues se entiende que el derecho, como parte de la ideología, devendría igualmente como reflejo de la regencia del proletariado –clase sin intereses que no sea el de romper sus cadenas–, en su transformación automática. Particular incidencia tuvo en la región este esquema teórico a partir de los trabajos de *Pashukanis*, quien siguiendo una línea ortodoxa, consideraba, incluso, que el derecho era una categoría que estaba destinada a desaparecer con el advenimiento de la sociedad comunista.⁹

8 Louis Althusser, *Ideología y Aparatos Ideológicos de Estado*, p. 120.

9 Jordi Magnet Colomer, *Fetichización Jurídica y Derechos Sociales*, p. 7.

Se cerró así la posibilidad de que las reformas jurídicas en América Latina desde sectores contrahegemónicos pudieran pensarse como relevantes a largo plazo. La agenda fue construida, a partir de la movilización social permanente, para influir en los espacios de decisión política o por medio de intentos desestructurados de insurgencia armada. Esto explica, en parte, el énfasis que en la discusión política se tiene sobre la organización y la integración de los organismos y la desidia sobre todo lo demás. También explica que la reforma judicial no fuera del interés, sino casi exclusivamente de los gremios relacionados con la práctica jurídica y de los partidos políticos tradicionales que, en representación de las clases dominantes, buscaron controlar al aparato judicial a favor de sus intereses.

Desde la hegemonía, el derecho fue desconectado de toda “contaminación política”, por lo cual las reformas jurídicas fueron pensadas desde y para las normas positivas. La movilización social fue considerada antisistema y un obstáculo del ideal modernizador. Pero no solo fue la *apolitidad* lo que influyó sobre esta situación, sino también el formalismo jurídico, forma ideológica que permeó en la cultura y la práctica jurídicas: la autonomía del derecho respecto de otros saberes y de la experiencia provocó, en realidad, el vaciamiento de su contenido socio-político.¹⁰ Y, si bien este formalismo fue un esfuerzo en la Europa de la segunda posguerra, por darle al derecho una calidad de ciencia, al mismo tiempo también fue una respuesta a la absolutización de la política en las prácticas del derecho y la justicia en el escenario del fascismo a inicios del *siglo XX*. De esto resultó su anquilosamiento, procedimentalidad e instrumentación para el mantenimiento de un sistema de privilegios.

Ante esto, en América Latina se tomó lo que resultó útil para las élites locales,¹¹ a partir de la manida estrategia de evocar el modernismo y la racionalidad de la cultura de los países desarrollados, espejo de nuestra dependencia cultural poscolonial. Se podría decir que el colonizador se fue, pero nosotros no. Resultó de esto un frenesí permanente por imitar los modelos jurídicos-políticos pensados para realidades distintas que las

10 Evgeny Pashukanis, *Ideología y Derecho*, p. 72.

11 Véase López, Diego. *Teoría Impura del Derecho: la transformación de la Cultura Jurídica Latinoamericana*. Bogotá, Legis, 2004.

nuestras, y el mantenimiento para la coyuntura de la transición luego de la emancipación política, de algunas formas del sistema jurídico del colonizador que hasta hoy perviven.¹²

Vale decir, fue una suma de alienación y estado de necesidad. Así, el formalismo *kelseniano* que se dice fue introducido como fundamento ideológico del derecho en la región, fue asimilado tomando de él aquello que permitiera mantener el orden dominante¹³ y se empatara con los patrones de la cultura jurídica que heredamos de la colonialidad: escrituralidad, informalidad de la organización judicial, y autoritarismo. Doctrina –eufemismo liberal de la ideología sacralizada– y prácticas jurídicas que corresponden con lo que los pensadores alemanes de finales del siglo XIX y principios del XX denunciaron como “derecho mecanicista” y “jurisprudencia conceptualista”, que partían de la crítica al derecho liberal burgués del siglo XIX, de acuerdo al cual el derecho sustantivo se agotaba en la literalidad de las leyes (exégesis y legalismo) y la actuación judicial, en lo que el legislador quiso decir (el espíritu de la ley).¹⁴ Esta denuncia es aún pertinente en la América Latina de hoy:

[...] el modelo de Europa continental que seguían nuestros codificadores del siglo pasado no estaba a la búsqueda de una rama del gobierno que pudiera controlar a las otras, como en el modelo madisoniano estadounidense, sino de figuras inanimadas que pudieran aplicar la ley. Buscaban servidores públicos honestos que pudieran transformarse en la boca que pronuncia las palabras de la ley.¹⁵

A partir de esta ideología, la reforma jurídica nunca pudo ser pensada desde los problemas estructurales, sino desde la coyuntura del acomodo

12 Clavero, Bartolomé. *Espacio Colonial y vacío constitucional de los derechos indígenas*. Internet. www.juridicas.unam.mx, p. 12.

13 Véase Diego López, *op. cit.*

14 Véase Ávila Linzán, Luis Fernando. *Jurisprudencia Obligatoria: prontuario de Fallos de Triple Reiteración de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador*. Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2006.

15 Correa Sutil, Jorge. “Reformas Judiciales en América Latina: ¿buenas noticias para los desfavorecidos?”. *La (in)efectividad de la Ley y la Exclusión en América Latina*. Comps. Juan Méndez, Guillermo O’Donnell y Paulo Sergio Pinheiro. Buenos Aires, Paidós, 2002, p. 262.

de las élites (político), la efectividad de los controles que establece el ordenamiento jurídico normativo (legislativo-judicial), y los necesarios arreglos institucionales que aseguraran la racionalidad burocrática del sistema de justicia y la hegemonía del mercado.¹⁶ Lo importante fue la forma y no el fondo de las reformas judiciales. Es en este reducido ámbito en el cual las reformas judiciales se han movido históricamente en América Latina. Entre los intereses locales y los de las condiciones del capital internacional promovidos por los Estados Unidos y sus satélites: Banco Mundial, Banco Interamericano de Desarrollo y Fondo Monetario Internacional. Ecuador no estuvo ajeno a este orden imperial, tal como lo podemos ver en la reforma judicial del período 1992-1996, la más importante hasta la actual.¹⁷

Sin embargo, los horrores de la guerra en Europa, que empató en América Latina con la ocurrencia de lo que Huntington ha llamado “una tercera ola de democratización”¹⁸ (el retorno o la consolidación de la democracia), ha puesto en escena la necesidad de la búsqueda de referentes jurídicos más allá de las normas positivas (valores y principios), lo cual ha abierto posibilidades importantes de usos distintos de la administración de justicia a favor de las personas excluidas.

Me parece que algunos espacios tienen particular potencial. Uno de estos es lo que en autores como Abramovich y Courtis puede identificarse como un uso estratégico de lo jurídico para la protección de otros valores no liberales (libertad y propiedad), tales como la solidaridad y la equidad.¹⁹ Por otro lado, son importantes los esfuerzos por estudiar, a partir de O’Donnell y sus discípulos, las relaciones existentes entre derecho y pobreza y, más concretamente, entre reforma judicial y exclusión; y, el intento de relacionar estas reformas con los problemas estructurales, económicos,

16 *Ibíd.*, p. 267.

17 Véase Merino, Valeria. *Avances en el Proceso de Reforma Judicial desde que se preparó la Primera Estrategia Integral en 1995*. Quito, Corporación Latinoamericana para el Desarrollo (CLD), 2000.

18 Véase Seymour Martin Lipset. “Repensando los requisitos sociales de la democracia”. *La Política*. Revista de Estudios sobre el Estado y la Sociedad (Barcelona) 2, Paidós, segundo semestre 1996.

19 Véase Abramovich, Víctor y Charles Courtis. “Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales”. *La Protección Judicial de los Derechos Sociales*. Eds. Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, pp. 1-27.

sociales, políticos y culturales.²⁰ Incluso, si se considera estos problemas históricamente como obstáculos o barreras para su viabilidad, en el caso de *Santos, García-Villegas, Uprimny y Rodríguez*, se abren posibilidades para la emancipación social y a un uso socialmente relevante de lo jurídico.²¹ Considero, sin embargo, que estos esfuerzos no son suficientes si no se los relaciona con la acción política, tal como lo sugieren *Gramsci* y *Althusser*.²²

No obstante, estos espacios pueden encontrar un impulso inusitado en la reforma constitucional en la subregión en la década actual, que busca la transformación estructural como continuación de un proceso histórico de largo aliento que enciende la mecha de un cambio ideológico desde la Constitución mediante la promoción de una nueva cultura jurídica. Este proceso comienza con la de Brasil en 1980, continúa por la de Colombia en 1991 y fluye por el actual criticismo constitucional de las de Venezuela (1999), Ecuador (1998 y 2008) y Bolivia (1994 y 2009).

Si bien todos estos procesos son distintos y los resultados normativos y políticos pueden tener determinadas particularidades, el hilo común que los comunica es el deseo de transformar profundamente las estructuras sociales, políticas y económicas, a partir de instrumentos que pudieran ser tachados por la ortodoxia de izquierda como burgueses, liberales o contramayoritarios: las asambleas constituyentes. Adicionalmente, los textos constitucionales de esta década parecen generar escenarios importantes

20 Véase Abramovich, Víctor. *Acceso a la Justicia como Garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Estudio fijado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2007; también Méndez, Juan, Guillermo O'Donnell y Paulo Sergio Pinheiro, comps. *La (in) efectividad de la Ley y la Exclusión en América Latina*. Buenos Aires, Paidós, 2002.

21 Véase Uprimny, Rodrigo. César Rodríguez y Mauricio García-Villegas. *Más allá de la Oferta y la Demanda: análisis sociojurídico de la justicia colombiana a comienzos de siglo*. Internet. www.cejamerica.org; Rodríguez, César. “Globalización, Reforma Judicial y Estado de Derecho en América Latina”. *¿Quo Vadis?: Nuevos Rumbos en la Administración de Justicia*. Bogotá, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos ILSA, 2000; y, Santos, Boaventura De Sousa. “Los paisajes de la Justicia en las Sociedades Contemporáneas”. *El Calidoscopio de las Justicias en Colombia: análisis socio-jurídico*, t. I. Comps. Santos, Boaventura De Sousa y Mauricio García Villegas. Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2001.

22 Véase Gramsci, Antonio. *Introducción a la Filosofía de la Praxis*. Barcelona, Editorial Península, 1972; Althusser, Louis y Étienne Balibar. “La Filosofía: arma de la revolución”. *Para Leer el Capital*. Louis Althusser. México, Siglo XXI Editores, 2006, pp. 5-12.

para materializar los cambios anhelados, dotando de mecanismos de garantía para la instrumentación de los derechos, la ampliación del estatuto de derechos y el reconocimiento de nuevos paradigmas. Esto es lo que puede denominarse transformación política. Nuestra Constitución vigente nos presta el marco ideológico para otorgar sentido a la reforma judicial en el Ecuador, históricamente formalizada y vaciada de contenido. Se hace necesaria la transformación de la justicia.

Ante este proceso político y desde la emergencia de las nuevas izquierdas latinoamericanas, el derecho debe constituirse en un objeto de estudio y ser considerado un instrumento de la acción política, aun más si se considera que el descalabro del socialismo real disminuyó los horizontes de la revolución como posibilidad real de cambio y mermó el discurso político de los sectores progresistas movilizados en la región. En este contexto es que el ideal *gramsciano* adquiere actualidad sobre la necesaria relación que debe haber entre la acción política y la reflexión teórica, en palabras elegantes en su postulado teórico “filosofía de la praxis”.²³ Es indispensable la ampliación del objeto del marxismo a la superestructura, el cual devendría en un espacio de lucha política que pudiera influir en alguna medida en la entidad de las relaciones sociales (la infraestructura), pero sin renunciar a la necesaria movilización social.

De esta manera, aunque la palabra “transformación” no es monopolio de las izquierdas, pues incluso *Bobbio* lo usaba afirmando su ambigüedad política,²⁴ en nuestra coyuntura buscamos darle un contenido más allá, incluso, del relacionado con las preocupaciones del joven *Marx* respecto de las contradicciones de la sociedad que le tocó vivir.²⁵ El horizonte de nuestra transformación es pues un llamado revolucionario al cambio ideológico y a desarrollar críticamente el conocimiento para cambiar radicalmente la realidad social y el estado de explotación histórica de unos seres humanos respecto de otros en la América Latina del siglo XXI. Citamos las palabras de *Marx* sobre el horizonte de la crítica: “La crítica no arranca de las

23 Véase Antonio Gramsci, *op. cit.*

24 Bobbio, Norberto. *El Futuro de la Democracia*. México, Fondo de Cultura Económica, 1984, p. 16.

25 Marx, Karl. “En Torno a la Crítica de la Filosofía del Derecho de Hegel”. *Lecturas sobre Derecho y Derecho Económico*. Comp. José María Martinelli. Iztapalapa, Universidad Autónoma Metropolitana, 2000, pp. 223-229.

cadenas las flores ilusorias para que el hombre soporte las sombrías y desnudas cadenas, sino para que se desembarace de ellas y broten flores vivas”²⁶

La transformación de la justicia busca superar la urgencia de la lucha revolucionaria y dar contenido ideológico a la reforma judicial, alejándose de la arena de la lucha política instrumental y acercándose a la construcción de un conocimiento insurgente con el fin de hacerlo un instrumento más para la lucha política, diríamos, para la construcción de una teoría crítica que sirva fundamentalmente para transformar la sociedad.

Esto significa que la justicia deba ser un factor gravitante –no el único– para cambiar las estructuras sociales que impiden la emergencia de una sociedad justa, equitativa y materialmente –no solo formalmente– democrática. Esto supera la concepción tradicional que mira al sistema judicial con desconfianza para la resolución de conflictos que tienen relevancia social. Significa, además, sustituir la matriz ideológica de las normas jurídicas que ha sido concebida para proteger los intereses de clase de las personas propietarias, por una más amplia que pueda asumir la visibilidad de otras formas de ejercicio de derechos por fuera de la propiedad individual, y de la misma naturaleza excluyente de la propiedad. En esto tiene importancia el sistema integral de garantías de la Constitución de 2008.²⁷

Además, significa que la institucionalidad es solo uno de los espacios donde se deben jugar los cambios de la justicia. Por fuera de ella, la lucha es más caótica, menos estructural, pero más democrática; es la transición de la práctica de “la política” al ideal de “lo político”, de la justicia a lo judicial –a lo que ya nos hemos referido en otros trabajos–,²⁸ y que en *Mouffe* adquiere un uso instrumental para una lucha política viable.²⁹

Con esto se alteraría el eje de legitimidad de la democracia, pues la administración de justicia y las servidoras y servidores judiciales dejar de ser fríos burócratas que se pierden en una selva de papeles y procedimientos, y

26 *Ibid.*, pp. 491-502.

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.

28 Véase Ávila Linzán, Luis Fernando. “El Acceso a la Justicia y la Emancipación de las Personas Excluidas”. *Neoconstitucionalismo y sociedad*. Ed. Ramiro Ávila Santamaría. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, pp. 163-216.

29 Mouffe, Chantal. *En torno a lo político*. México, Fondo de Cultura Económica, 2007, p. 15.

adquieren el impulso necesario para dejar los escritorios con el fin de empaparse de la realidad social y utilizar estratégicamente el derecho para ayudar a construir una sociedad más justa y democrática. La justicia se politiza en el sentido que se redefine las relaciones entre política y derecho, que el formalismo jurídico y los patrones autoritarios y civilistas insertos en la cultura latinoamericana se han encargado de mutilar. Esto no quiere decir que no deba ser independiente de los agentes externos que pudieran obligar, formal o informalmente, a decidir en uno u otro sentido para proteger injustamente intereses personales o de grupo. Esto es repudiable. La partidización de la justicia se debe combatir y la independencia judicial, interna y externa, debe defenderse con todo el rigor que exigen nuestras sociedades.

Este es el reto, y tal como ya lo expresamos en la introducción al libro del Ministerio de Justicia, titulado precisamente “La Transformación de la Justicia”, más importante que saber hacia dónde va, es saber hacia dónde debe ir la reforma judicial.³⁰ Y la reforma debe ir hacia la transformación de la justicia o, si se quiere, hacia su democratización en el lenguaje de Zaffaroni.³¹

Así, se recoge en la parte considerativa del Código Orgánico de la Función Judicial (incluso podemos buscar que sea “radical” como dice en este texto), y el objetivo 9 del *Plan Nacional para el Buen Vivir* –Plan Nacional de Desarrollo–, que da viabilidad a las políticas de justicia del artículo 3 del mismo Código –sobre las políticas de justicia–, sobre cuya base se construirá la reforma jurídica y judicial en las próximas décadas:

Que, el cambio radical de la justicia [el subrayado es nuestro] es una de las demandas populares más importantes que llevó a las ecuatorianas y ecuatorianos a convocar a una Asamblea Constituyente el 15 de abril de 2007 a través de una consulta popular, y encomendar a las y los asambleístas electos el 30 de septiembre de 2007 la elaboración de una nueva

30 Ávila Linzán, Luis Fernando. “Introducción: La Transformación de la Justicia”. *La Transformación de la Justicia*. Eds. Santiago Andrade Ubidía y Luis Fernando Ávila Linzán. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, pp. XX-XXVI.

31 Véase Zaffaroni, Eugenio Raúl, “Dimensión Política de un Poder Judicial Democrático”. *La Transformación de la Justicia*. Eds. Santiago Andrade Ubidía y Luis Fernando Ávila Linzán. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.

Constitución [...] Que es, además, indispensable que este nuevo diseño transformador permita romper las barreras económicas, sociales, culturales, generacionales, de género, geográficas y de todo tipo que hacen imposible el acceso a una justicia, efectiva, imparcial y expedita para la defensa de los derechos de toda persona o colectividad.³²

El marco adecuado de esta reforma judicial transformadora es la reforma jurídico-política en el Ecuador del siglo XXI, que busca realizar el Estado constitucional de derechos y justicia a partir de la Constitución de 2008. Esto significa superar el Estado liberal y su sistema de privilegios, que coincide con la apreciación aguda de *José Carlos Mariátegui* sobre la administración de justicia en América Latina, recogida de su obra *Siete ensayos de interpretación de la realidad peruana*, donde la crítica a la justicia, lo es también al orden establecido:

En un régimen de tipo individualista, la administración de justicia se burocratiza. Es función de un magistrado. El liberalismo, por ejemplo, la atomiza, la individualiza en el juez profesional. Crea una casta, una burocracia de jueces de diversas jerarquías.³³

2.2. Constitucionalización de la justicia

Lo jurídico en el derecho liberal opera como un instrumento exclusivamente procesal sobre la base de su supuesta neutralidad política y objetividad práctica. Esto tiene sentido si se considera que el derecho ha sido una respuesta histórica al ejercicio deformado de la política. Por tanto, el derecho se presenta como un sistema en el entendimiento de *Luhmann*, autorreferente.³⁴ Esto significa que el derecho es un conjunto cerrado de significados que se produce y reproduce a sí mismo, como si tuviere existencia propia, desligado del ser humano e independiente de su acción, lo

32 Código Orgánico de la Función Judicial, registro oficial suplemento 544: 9-mar-2009, considerando 2 y 6.

33 Mariátegui, José Carlos. *Siete ensayos de interpretación de la realidad peruana*. Rosario Santa Fe, Kolektivo Editorial “Último Recurso”, 2004, p. 210.

34 Luhmann, Niklas. *Sistemas sociales*. Barcelona, Antropós, 1984, pp. 57-59.

que Lukács postuló como una forma social superior de la fetichización de las relaciones en el mundo capitalista; la “cosificación”, diríase, del derecho.³⁵ La consecuencia es un derecho con limitadas relaciones, sino es desde su perspectiva, con otras ciencias y disciplinas; y con la emergencia de un gremio especializado de abogadas y abogados que manejan un lenguaje y categorías teóricas que solo son entendidas por este grupo de privilegio, lo que se enmascara en el derecho liberal como “doctrina jurídica” –o “creación literaria”, en palabras de Pashukanis– y que es necesario desnudar como un espacio de reproducción y control ideológico.³⁶

Sin embargo, esto no es todo. La teoría del Estado moderno a partir de las reflexiones de Hobbes, Maquiavelo, pero principalmente de Hegel, está íntimamente relacionada con la teoría del derecho, casi al punto que Estado y derecho, o si vale el juego liberal de palabras “Estado de derecho”, son casi la expresión del mismo fenómeno. Esto fue tan claro que, incluso, desde el marxismo tradicional se pensó siempre que el lugar de la revolución era precisamente el Estado, expresión idealista-práctica de las clases dominantes³⁷. Incluso cuando Althusser habla de los denominados aparatos ideológicos, no hace sino referirse a los “Aparatos Ideológicos del Estado” (AIE).³⁸ Coincidén en esto con el liberalismo, pero con la diferencia de que para este, si seguimos a Touraine, el derecho funciona casi exclusivamente como limitante del poder estatal.³⁹ Por medio de este, adquiere vida el derecho en tanto lenguaje del poder y de la violencia legítima, refrendada por Feuerbach y desarrollada por los *iuspublicistas* alemanes del siglo XIX.⁴⁰

A partir de estas dos vías, el derecho en el Ecuador del siglo XXI se presenta desconectado de la realidad social (la política), a pesar del empeño

35 Véase Sierra, Wladimir. “Cosificación: avatares de una categoría crítica”. *Revista de Filosofía “Sophia”* (Quito)1, 2007. Internet. www.revistasophia.com.

36 Evgeny Pashukanis, *Ideología y Derecho*, p. 72.

37 Marx, Karl. “La relación entre el Estado y el derecho y la propiedad”. *Lecturas sobre derecho y derecho económico*. Comps. José María Martinelli. Iztapalapa, Universidad Autónoma Metropolitana, 2000, p. 138.

38 Althusser, Louis. “Ideología y aparatos ideológicos de Estado”. *Ideología: un mapa de la discusión*. Comp. Slavoj Zizek. México, Fondo de Cultura Económica, 2003, pp. 124 y 125.

39 Véase Touraine, Alain *¿Qué es la democracia?* Madrid, Editorial Ediciones de Hoy S.A., 1994.

40 Peces-Barba Martínez, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales: teoría general*. Madrid, Universidad Carlos III, 1999, p. 622.

histórico en el cambio constitucional en la estructura institucional del Estado, sin que el paso del Estado de derecho al Estado social de derecho –o a otra forma distinta– tuviera algún impacto permanente y radical en las estructuras sociales.

Pueden existir muchas razones, pero lo que importa para el tema que nos ocupa es el tipo de ideología constitucional que ha operado en Ecuador y su asimilación cultural. Históricamente hemos pasado por el tránsito de varias corrientes ideológicas del constitucionalismo regional. Creo que cuatro son las principales, cuyo desarrollo dejó para otro momento y que por ahora solo menciono: (1) con la que inauguramos la república, de tipo liberal-poscolonial o premoderno; (2) el de tipo liberal-modernizador (1897-1906); (3) la posterior a la revolución juliana de 1928 que introdujo el constitucionalismo social; y, (4) finalmente, el actual, de tipo posliberal y que se desarrolla en la Constitución de 2008.

Sin embargo, la diferencia básica del momento constitucional que vivimos y que nos interesa enfatizar es la integralidad ideológica del proyecto constitucional de 2008. En las otras formas de constitucionalismo mencionadas, la constitucionalización, vale decir el sometimiento a los principios y reglas constitucionales y la materialización de sus mandatos, fue parcial. Esta integralidad determina que toda la actividad estatal y no estatal esté sometida a la Constitución, y que existan garantías concretas para obligar al Estado a la implementación material de los postulados constitucionales.⁴¹

La profundidad del cambio dependerá, entonces, de que la Constitución sea un elemento relevante de referencia social, política e ideológica para que el Estado funcione y las personas particulares incorporen a su estilo de vida una cultura constitucional, lo cual sería una especie de garantía social que se ejercería mediante una participación activa de las personas y colectividades. El esquema ideológico de la actual Constitución va más allá de la institucionalidad estatal, y propone constitucionalizar incluso lo que Pogge llama las instituciones sociales.⁴² Aparecen, a partir de esto, dos líneas

41 Véase Ávila Santamaría, Ramiro. “Estado constitucional de derechos y justicia”. *La Constitución de 2008 en el contexto andino: análisis desde la doctrina y el derecho comparado*. Ed. Ramiro Ávila Santamaría. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, pp. 19-38.

42 Pogge, Thomas. *La pobreza en el mundo y los derechos humanos*. Barcelona, Paidós, 2005, p. 66.

diferentes pero relacionadas: la redefinición de lo político⁴³ (propuesta que ya mencioné) y la desregularización estatal como plataforma de emancipación social, la cual he acogido en otros trabajos.⁴⁴ Tomar el ideal de constitucionalización de esta manera puede ser un puente entre la ideología de la Constitución de 2008, la realidad social y la práctica diaria; y la permanente y radical construcción democrática de una nueva cultura constitucional en todos los niveles sociales.⁴⁵

[...] las Constituciones importan, porque pueden facilitarnos la salida de una crisis, o retrasar el ingreso a ella; importan porque pueden ser condición necesaria o detonante de cambios sociales mayores; importan porque pueden fijar ideales y aspiraciones alcanzables y deseables; importan porque pueden representar pequeños pero decisivos pasos en pos de la autonomía individual y el autogobierno colectivo.⁴⁶

La tarea revolucionaria consiste, por supuesto, en constitucionalizar las ideas, la normativa y la práctica, estatal y no estatal. De esta manera, la asimilación ideológica/cultural será un motor y no un obstáculo para la legitimidad social del texto constitucional y, por medio de esta, del derecho y la actividad estatal. Las garantías en la nueva Constitución son las que mejor expresan este cambio paradigmático. Su integralidad se ocupa de las normas (garantía normativa), las decisiones estatales (garantía de las políticas públicas), y las prácticas (garantías jurisdiccionales).⁴⁷

Consecuentemente, en la Constitución de 2008 se redefinen las relaciones entre derecho y política, pues su integralidad de dicha Constitución la hace necesaria. El derecho debe ampliarse a incluir aportes por fuera del derecho y pensarse como un instrumento para el ejercicio de los derechos

43 Chantal Mouffe, *En torno a lo político*, pp. 15-20.

44 Véase Ávila Linzán, Luis Fernando. “El acceso a la justicia y la emancipación de las personas excluidas”. *Neoconstitucionalismo y sociedad*. Ed. Ramiro Ávila Santamaría; y, Ávila Linzán, Luis Fernando. “Legitimidad social e independencia judicial interna”. *La Transformación de la Justicia*. Eds. Santiago Andrade y Luis Fernando Ávila Linzán, 2009.

45 *Ibid.*, pp. 71-73.

46 Gargarella, Roberto. Prólogo. *Desafíos Constitucionales: la Constitución ecuatoriana de 2008 en perspectiva*. Ramiro Ávila Santamaría y otros. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y Corte Constitucional, 2008, p. 15.

47 Constitución del Ecuador, registro oficial 449: 20-oct-2008, artículos 84-86.

constitucionales y no para la defensa del gremio de las abogadas y abogados, judiciales y un conjunto de usuarias/os privilegiados/as históricamente. La administración de justicia debe conectarse con la realidad social en su actividad.

Todo esto significa que el derecho deja de ser un simple instrumento normativo, y se convierte, además, en un conjunto de mecanismos para la formulación de directrices políticas para el acceso a la justicia, la independencia judicial, interna y externa, y la integralidad de la justicia, como los grandes ejes de la reforma judicial, y un instrumento de lucha social y política que invita, particularmente, a las servidoras y servidores judiciales a un uso estratégico y politizado –no partidista– de sus funciones jurídicas, políticas y sociales. En abstracto, este postulado es una invitación a toda persona y colectividad para la participación activa y protagónica para involucrarse en la transformación social a partir de la exigibilidad de derechos por medio de las garantías. Esto es constitucionalizar la justicia y el derecho,⁴⁸ lo cual va de la mano de la transformación de la justicia que traté en el acápite anterior.

Más allá de todo esto, el neoconstitucionalismo, a pesar de ser desarrollado desde el derecho liberal y como una proyección de la tradición burguesa del Estado de derecho, se presenta con potencialidades para que sea llenado e instrumentalizado a favor de las personas excluidas dentro de las agendas de las izquierdas, mucho más si consideramos que, según las palabras de *Carbonell*, es aún una teoría jurídico-política en construcción.⁴⁹

Nuestro COFJ establece este elemento ideológico en sus considerandos, cuarto y séptimo, y lo desarrolla principalmente en los artículos del 1 al 33 (principios rectores y disposiciones fundamentales respectivamente):

48 Véase Ávila Linzán, Luis Fernando. “La constitucionalización de la administración de justicia”.

La Constitución del 2008 en el contexto andino: análisis desde la doctrina y el derecho comparado. Ed. Ramiro Ávila Santamaría. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008; Luis Fernando Ávila Linzán, “El acceso a la justicia y la emancipación de las personas excluidas”, *op. cit.*

49 Carbonell, Miguel. *El neoconstitucionalismo en América Latina: elementos para una definición*.

México, Instituto de Investigación Jurídica, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), II Congreso Internacional Derecho y Sociedad en el Estado Constitucional, 2007, pp. 1-12; y, Carbonell, Miguel. Presentación. *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Ed. Miguel Carbonell. Madrid, Trotta, 2007, pp. 9-12.

[4] Que, el artículo 1 de esta Constitución vigente establece que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, por lo que la actuación de servidoras y servidores de la justicia debe responder a los principios y disposiciones constitucionales como una garantía de los derechos, limitación del poder estatal y la realización de la justicia [...];

[7] Que, es un deber primordial del Estado garantizar el goce efectivo de los derechos constitucionales y desarrollar progresivamente el contenido de los derechos a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 3.1, 11.8, 84 y 85.⁵⁰

III. La contrarreforma de la justicia

3.1. Limitación ideológica de las normas positivas de la reforma: la desnudez de la política

Piero Calamandrei, uno de los epígonos de la tradición jurídica en el ámbito del derecho procesal moderno en el sistema continental de derecho, en un contexto distinto al que quiero asumir en este ensayo, señalaba que la naturaleza de la actividad judicial era impredecible,⁵¹ con lo cual buscaba criticar el formalismo jurídico, o más concretamente abogar por lo que *Erlich*, desde la escuela alemana, llamaría *derecho vivo*.⁵²

Él utilizaba una metáfora a partir del aforismo *habent sua sidera litis* (también los litigios tienen sus estrellas). De la misma manera que los astros están fijos en el firmamento y guían determinados comportamientos, el derecho establece algunos puntos de referencia. Ante esto, debemos preguntarnos: ¿el derecho otorga una certeza incuestionable? Sin duda, la constatación de la realidad de la existencia de un derecho contemporáneo con crecientes niveles de ductilidad, tal como lo evidencia *Zagrebelsky*, daría una respuesta negativa.⁵³ Ahora, si volvemos a la metáfora, el que

50 Código Orgánico de la Función Judicial, registro oficial suplemento 544: 9-mar-2009, considerandos 4 y 7.

51 Calamandrei, Piero. “De la fe en los jueces: primer requisito del abogado”. *Actos del juez y prueba civil: estudios de Derecho Procesal Civil*. Bogotá, Editorial Jurídica Bolivariana, 2009, p. 35.

52 Véase Ávila Linzán, Luis Fernando. *Jurisprudencia obligatoria: prontuario de fallos de triple reiteración de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador*.

53 Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid, Editorial Trotta, 2005.

existan determinadas formaciones estelares inamovibles no condiciona indefectible e inexorablemente las rutas a seguir de los navegantes, pues esto depende de un sinnúmero de variables que están en control del sujeto o de varias contingencias. Estas estrellas son los elementos que queremos identificar en la Constitución y el COFJ, y que hemos llamado líneas ideológicas del cambio, instrumentos políticos a los cuales debemos dar contenido sobre lo ya dicho respecto de los dos ejes ideológicos tratados en este ensayo (transformación y constitucionalización de la justicia).

Pugna este fin con el derecho tradicional en América Latina, en el cual las normas positivas guardan un contenido que disfraza los intereses de las clases dominantes. Llenar de contenido a nuestra reforma judicial tiene sentido desde la crítica marxista, sobre la base de la naturaleza de la necesaria relación de mediación entre el objeto y la realidad, lo cual permitiría explicar la existencia humana históricamente considerada. Lo que quiere decir que el objeto –para el caso, la norma– no es exclusivo sino, además, inclusivo de las ideas (ideología). Lo contrario, sería otorgar al derecho y a los intereses dominantes, la completa autonomía de la realidad, su alienación:⁵⁴ “El hombre hace al hombre, se hace así mismo y al otro hombre [...] el objeto, que es la inmediata realización de su individualidad, es al mismo tiempo su propia existencia para el otro hombre, la existencia de éste y la existencia de éste para él”⁵⁵

A partir de esto, el constructo ideológico alrededor del cual giran los mecanismos ideológicos en la Constitución de 2008, es lo que se ha reconocido como “derecho a la justicia”, cuyo contenido lo representa el conjunto de facultades de las personas y colectividades que, mediante una actuación, negativa o positiva del Estado, para el caso, de la administración de justicia, busca resolver integralmente los conflictos y garantizar la paz ciudadana. Si bien el estatuto de derechos constitucionales incorporado en el 2008 es bastante amplio, no dispone formalmente este derecho. La que nos interesa para efectos de este trabajo es verificar cómo este derecho se relaciona con un cambio fundamental en la ideología constitucional.

54 Cerroni, Umberto. “Marx y el Derecho Moderno”. *Lecturas sobre derecho y derecho económico*. Comp. José María Martinelli. Iztapalapa, Universidad Autónoma Metropolitana, 2000, p. 175.

55 Marx, Karl. “Manuscritos Económico-Filosóficos de 1844”. *Escritos económicos varios*. Karl Marx y Federico Engels. México, Editorial Grijalbo, 1962, pp. 83-84, citado por Umberto Cerroni, p. 173.

Entonces, sobre la base de una interpretación sistemática de las normas constitucionales, es posible integrar ideológicamente el derecho a la justicia a partir de tres grandes líneas conceptuales dispersas en el texto constitucional y que funcionan como un denominador común a varios principios y derechos. Identificar estas líneas permitirá estructurar la actuación jurisdiccional transformadora y constitucionalizadora.⁵⁶

Vamos a describir la trilogía ideológica sobre la que funciona el derecho a la justicia en los instrumentos internacionales y que fueron incorporados en la Constitución de 2008 y en el COFJ. El fin que busco es mostrar algunas fisuras ideológicas que quedaron en la normativa luego de la negociación política en la legislatura y que pudiera afectar la implementación de la reforma a partir de los ejes ideológicos tratados, constituyéndose en espacios para la contrarreforma judicial. Al mismo tiempo, deviene un vaciamiento de los fines revolucionarios de la ideología constitucional de la Constitución de 2008. Esto es la desnudez de la política.

Voy a identificar algunas de estas fisuras respecto del acceso a la justicia, independencia judicial e integralidad de la justicia (líneas ideológicas del derecho a la justicia), las que consideramos son sensibles para la fetichización normativa y la resistencia ideológica en la organización judicial: (a) lo decisorio (el Consejo de la Judicatura); (b) lo técnico/administrativo (carreras judiciales); y lo formativo (la Escuela Judicial).

3.1.1. Acceso a la justicia. La primera línea se refiere al acceso a la justicia. Desde el derecho liberal, la garantía ha sido enfocada tradicionalmente como herramienta exclusivamente normativa. Así, por ejemplo, cuando se habla del derecho a contar con un abogado, este se ve violentado, formalmente, cuando la normativa no incorpora tal participación; y, materialmente, cuando una de las partes no cuenta con un/a abogada/o en un litigio concreto. Lo mismo podría decirse de la participación de intérpretes en el caso de personas que no pudieren comprender el idioma de uso local o el de la cultura dominante. Esta visión restrictiva sometía a las garantías y derechos a la dinámica de la mera legalidad e invisibilizaba las verdaderas causas del problema.

56 Véase Luis Fernando Ávila Linzán, “La constitucionalización de la administración de justicia”, *op. cit.*

Entonces, fue necesario buscar un referente por fuera de las normas positivas, es el caso del “acceso a la justicia” como un fin integral de las políticas públicas de justicia a partir de los problemas estructurales, sociales, económicos, políticos, culturales y de cualquier otra índole. Este enfoque ideológico no puede desentenderse, además, de los intereses regionales del capital internacional y transnacional, los cuales vienen camuflados de aquello que se ha denominado “gobernabilidad” y seguridad jurídica –“reglas claras”–, que en realidad, representa la tradicional doble moral del capital globalizado.

Resulta evidente la existencia de barreras estructurales (no coyunturales) que excluyen a determinadas personas y grupos de personas de manera sistemática a favor de otras. Lo es, además, la de fuertes relaciones de poder al interior de las instituciones sociales y jurídicas –especialmente, la judicatura– que deben ser removidas. Esta es la motivación ideológica detrás del artículo 75 de la Constitución y 3 –políticas de justicia–, 12 y 22 –principios– del COFJ cuando habla del derecho al acceso a la justicia.

Sin embargo, esta línea ideológica se ve debilitada, puesto que si bien se logró que en el artículo 3 se desarrollos las grandes directrices para las políticas de justicia, así como que estas estén acordes con las grandes políticas nacionales expresadas en el Plan Nacional de Desarrollo; no se consiguió incluir estándares para la determinación y focalización del presupuesto del sector justicia, tal como ya lo he tratado en su momento.⁵⁷ Al contrario, la posibilidad de tener políticas presupuestarias unificadas se verá, inclusive, afectada por la forma cómo se dispuso se elabore este presupuesto internamente. De esta manera, el artículo 264, numeral 10 del COFJ determina que corresponderá al Pleno del Consejo de la Judicatura elaborar la proforma presupuestaria y, en el caso de los organismos autónomos, presentarán, por su parte, sus proformas para la “incorporación” al presupuesto general de la Función Judicial (su aprobación no corresponde al pleno).

De acuerdo con esto se presentan dos problemas. Primero, se debilita el ideal de sistema o sector justicia que se buscó implementar en el

57 *Ibid.*, p. 258.

COFJ (jueces/zas, defensoras/es y fiscales); y, segundo, se mantendrá el desbalance existente en la actualidad entre los recursos que gestiona la Fiscalía General del Estado (elemento de represión social), frente a la judicatura y la joven Defensoría Pública (elemento de protección y garantía). Esto permitirá el mantenimiento del orden represor de un sistema penal que penaliza a las/os pobres. Un avance, aunque insuficiente, fue garantizar la equidad en las remuneraciones entre las/os servidoras/es judiciales que hoy presenta enormes fluctuaciones y descontroles.⁵⁸

Ahora, respecto del acceso a la justicia en los términos ideológicos que aquí defiendo, se verá menoscabado en tanto no se logre romper las inequidades en las políticas de justicia actuales entre Fiscalía, judicatura y Defensoría. En el COFJ estas políticas corren el riesgo de ser manipuladas por la coyuntura y los intereses, locales y transnacionales, que siempre apuestan por los aparatos ideológicos represores y la criminalización, antes que por aquellos que protegen y garantizan los derechos de la gente. ¿Cuándo será el tiempo político para la defensa de los derechos de las personas y colectividades?

3.1.2. Independencia judicial. La segunda línea se presenta desde la búsqueda de la independencia judicial. Principalmente, los trabajos de *Popkin* fijaron su atención en la problemática de la independencia judicial. Se entendía que era una precondición para la gobernabilidad política. La gobernabilidad consistía en una apuesta política a generar reglas mínimas para propiciar prácticas de “buen gobierno”. Era importante, entonces, incorporar al derecho interno, especialmente en las constituciones, mecanismos para generar un sistema político de competencia y lealtad de actores políticos dentro de un sistema de partidos (*check and balances*) y el equilibrio de los poderes estatales.⁵⁹

58 Código Orgánico de la Función Judicial, registro oficial suplemento 544, 9-mar-2009, artículo 264, numeral 27.

59 Véase Popkin, Margaret. “Acceso a la Justicia, Gobernabilidad Democrática y Sociedad Civil”. *Justicia: un vínculo pendiente entre Estado, ciudadanía y desarrollo*. Ed. Carlos Cordovez. Washington, Banco Interamericano de Desarrollo BID, 2007; Popkin, Margaret. “Iniciativas para mejorar la independencia judicial en América Latina: una perspectiva comparativa”. *Independencia judicial en América Latina. ¿De quién? ¿Para quién? ¿Cómo?* Ed. Germán Burgos Silva. Bogotá, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA), 2003.

Consecuentemente, en la mayoría de las constituciones regionales se incorporaron mecanismos macro para garantizar la independencia externa del Poder Judicial, frente al cual se presentaban los mayores déficit históricos. En lo micro, se incluyeron los que se denominaron “arreglos institucionales” con el fin de ordenar la irracionalidad burocrática y corporativa de los aparatos judiciales.⁶⁰

Sin embargo, poco interés se puso en la regulación concreta de la independencia judicial interna. Con esto se la mantuvo desconectada de las políticas de justicia y del desarrollo normativo de mecanismos para garantizarla materialmente (en Ecuador, tanto la externa como la interna).

Esta distorsión fue corregida en la Constitución vigente que incluye la independencia judicial interna dentro de los artículos 75 y 168.1, con lo cual, ideológicamente, la sintoniza con el acceso a la justicia y la realización del Estado constitucional de derecho y justicia del artículo 1 de la Constitución. En consonancia, el COFJ desarrolla los artículos 76.7.k de la Constitución vigente en los artículos 3 y 8 (independencia como principio); 109.1 y 123 (independencia como garantía); y, 254 y 255 (independencia como causal de juicio político).

No obstante, en el COFJ quedan brechas que pueden boicotear la independencia judicial interna si consideramos que la carrera y la escuela judicial son precondiciones necesarias para aquella. El COFJ buscó ideológicamente crear un origen objetivo de la gestión judicial (legitimidad de origen),⁶¹ si se quiere meritocrático; con lo cual se esperaba sea un remedio para romper las formas de lealtad y de ejercicio abusivo del poder al interior de la organización judicial, mediante las cuales se protege la tradición del derecho y se perpetúa el mantenimiento del *statu quo* judicial,⁶² disfrazado de forma jurídica legalizada.

La historia de la función judicial ha tenido como constante el uso del control disciplinario y formativo como uno de los tentáculos más poderosos

60 Burgos Silva, Germán. “¿Qué se entiende hoy por independencia judicial? Algunos elementos conceptuales”. *Independencia judicial en América Latina. ¿De quién? ¿Para quién? ¿Cómo?* Ed. Germán Burgos Silva, *op. cit.*, p. 16

61 Courtis, Christian “Legitimidad del poder judicial ante la ciudadanía”. *Corte, jueces y política*. Comp. Rodolfo Vásquez. México, Distribuciones Fontamar S.A., 2007, p. 65; Luis Fernando Ávila Linzán, “Legitimidad social e independencia judicial interna”, *op. cit.*, pp. 61, 62 y 77.

62 Eugenio Raúl Zaffaroni, “Dimensión política de un poder judicial democrático”, *op. cit.*, p. 21.

de los aparatos ideológicos de la justicia, mediante lo que se ha dado por llamar, coloquialmente, por las autoridades judiciales “aberraciones jurídicas” y que, en algunos casos, ha impedido poner en cuestión el derecho tradicional, bajo el pretexto del normativismo (formalismo jurídico) que se introduce desde las escuelas de derecho de las universidades y se controla desde las altas cortes. Es por esto por lo que, como ejemplo, la Corte Suprema de Justicia [Corte Nacional de Justicia] solo tuvo un solo fallo de triple reiteración –jurisprudencia obligatoria– que rompió el orden jurídico establecido –aunque limitado– y que no se limitó únicamente a reproducir los contenidos formales de las leyes, en el período de 1992 a 2003.⁶³

Queremos, en definitiva, evidenciar algunas de estas brechas ideológicas del COFJ que pueden impedir la plena realización de la independencia como presupuesto de las carreras y la escuela judiciales:

- a) **Valoración de los méritos.** El artículo 36 del COFJ establece que será un reglamento del Consejo de la Judicatura el que determine la forma cómo se van a valorar los méritos. El proyecto original establecía un sistema en el cual se le otorgaba un valor absoluto al concurso de oposición, pues se entendía a los méritos (títulos académicos, reconocimientos, publicaciones y experiencia laboral) como un prerrequisito material para poder rendir las pruebas de ingreso a la carrera. Sistématicamente, se buscaba, además, evitar entrar a los terrenos pantanosos de la valoración de méritos; al tiempo de acabar con la “cartoncracia” (sobretitulación) que solo ha beneficiado a las instituciones de educación superior y a sus dueñas/os en detrimento de la excelencia académica. Los sectores judiciales, las universidades y los colegios de abogados se opusieron fuertemente a esto. Su propuesta, por supuesto, se empataba con las profundas redes clientelares de un Estado corporativizado, el “sentido común” de una sociedad alienada por la limosna asistencialista de un Estado abstencionista –en lo que

63 Véase Luis Fernando Ávila Linzán, *Jurisprudencia Obligatoria: Prontuario de fallos de triple reiteración de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador, op. cit.* El caso al que nos referimos es el juicio de filiación sobre la eficacia probatoria de la prueba de ADN, GJ S XVII, n.º 1, p. 29, sep-dic-1999, (S-I-Civ-Mer. Fallo de triple reiteración).

se han convertido las conquistas sociales—; y, un mal entendido igualitarismo. La negociación política dio como fruto un punto medio: se estableció en el comentado artículo 36 que se tomarían en cuenta criterios para la valoración (“criterios objetivos” y “méritos sustanciales”) en un reglamento. La evidencia actual del vaciamiento de esta reforma es que los méritos tienen aún un porcentaje enorme para la selección de las/os servidores judiciales en la etapa de transición (60%),⁶⁴ con lo cual se confirma nuestra ingenuidad respecto de que fijar criterios en un reglamento en el artículo 36 del COFJ fuera suficiente para generar el cambio ideológico que se buscaba.

- b) **La dispersión de la carrera judicial.** En el proyecto original, la carrera, como una proyección de la integralidad judicial, era única y englobaba a todo el sector justicia (Judicatura, Defensoría y Fiscalía). Se buscaba centralizar las políticas de justicia respecto del recurso humano con el fin de desarrollar el perfil transformador y constitucionalizado de las servidoras/es judiciales dispuesto en los artículos 37 del COFJ y 170 de la Constitución. Luego, esta carrera, así concebida, cubría únicamente a las/os servidores que desarrollaban labores técnicas (juezas/ces, defensoras/es y fiscales) y sometía a las/os funcionarios administrativas/os al régimen general para las/os servidores públicos, con el fin de poder identificar la responsabilidad sobre la labor técnica de la justicia y equiparar y/o homologar las condiciones generales —romper con el sistema de privilegios— de todas las funcionarias/os públicas/os. Se reservaba, además, para las/os técnicas/os un régimen de excepción para asegurar su independencia externa. Las servidoras/administradoras/es podían ingresar, si cumplían los requisitos, a la carrera judicial. No ocurriría lo mismo que en el caso de las Fuerzas Armadas, donde quienes ingresan como personal de tropa no pueden pasar al cuerpo de oficiales.

Ante esto, la resistencia y presión de los sectores gremiales judiciales y de la Fiscalía lograron que esta carrera se partiera en varios segmentos diferenciados para las/os funcionarias/os técnicas/os y para las

64 Consejo de la Judicatura, “Normas para concursos merecimientos para vacantes de la Función Judicial”, 41, registro oficial 21, 8-sep-2009, artículo 8.

administrativas. Los/as unos/as se someten únicamente al COFJ; y, las/os otras/os, al COFJ y, subsidiariamente, a la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa. Este orden tiene la potencialidad de disgregar la necesaria comunicación entre las ramas del sector justicia y va a profundizar el corporativismo. Por supuesto, una cierta uniformidad ideológica se hace complicada bajo este sistema.

Finalmente, si somos conscientes que el constructo ideológico, tanto de la Constitución como del COFJ, es la *meritocracia*, es indispensable que se implemente una reforma integral al sistema educativo en todos los niveles, pues si no, se convertirá en un instrumento de exclusión social y de elitismo judicial.

3.1.3. Integralidad judicial. Finalmente, la tercera línea cierra el círculo ideológico del derecho a la justicia: la integralidad de la justicia. El artículo 1 de la Constitución vigente determina una nueva naturaleza del Estado, que representa el reto de pasar del “Estado social de derecho” al “Estado constitucional de derechos y de justicia”. Según *Ramiro Ávila* y algunos trabajos en los cuales he desarrollado y ampliado su visión, esta nueva naturaleza significa que toda actividad estatal tiene como fuente los principios y reglas constitucionales; que existen mecanismos para materializar la norma constitucional de manera integral; y, que esta actividad debe ser justa, en la cual las servidoras y servidores de la justicia tendrían un rol activo de creadores del derecho que deberían utilizarlo estratégicamente para transformar la realidad social.⁶⁵

Sobre la base de este cambio que supera la simple retórica, es que se construye el principio de integralidad de la justicia. Esto significa que no solo las juezas y jueces administran justicia, sino también fiscales, defensoras y defensores (artículos 167 de la Constitución y 1 del Código Orgánico de la Función Judicial), sin perjuicio de las diferencias en sus funciones técnicas: jurisdiccionales (juezas y jueces), fiscales o acusatorias (fiscales); y, defensoriales (defensoras y defensores).

65 Véase Luis Fernando Ávila Linzán, “La constitucionalización de la administración de justicia”, *op. cit.*

Por otra parte, otra consecuencia de esta integralidad es la diferenciación entre funciones administrativas a cargo de un organismo centralizado (el Consejo de la Judicatura), y las técnicas de la justicia en responsabilidad de juezas, jueces, fiscales, defensoras y defensores. La centralización de justicia sirve en tanto permita diferenciar el órgano de control y administración respecto de los controlados y administrados.⁶⁶ Unificar esfuerzos para establecer políticas de justicia integrales (art. 3 del COFJ), es uno de los fines buscados pues los cambios no pueden hacerse sino de manera conjunta y articulada por medio de un organismo especial e imparcial, que permita además el trabajo técnico de la justicia. Por supuesto, se establecen mecanismos para la defensa de la independencia externa e interna para las servidoras y servidores técnicos respecto de la administración.

En definitiva, el derecho a la justicia aquí descrito fija una ruta práctica de comunicabilidad entre el discurso constitucional y los instrumentos internacionales de derechos humanos.⁶⁷ Lo que se espera es que esta ruta sea de doble vía, y que en los próximos años las reflexiones de nuestro sector justicia puedan nutrir la forma como se construyen los estándares de justicia en los organismos de defensa jurídica universal y regionales de los derechos humanos, tal como ocurre en los casos de la Corte Constitucional de Colombia, la IV Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, o la Corte Suprema de Justicia de Argentina. Esta ruta será una de las formas de relación material y objetiva, en otras palabras ideológica, entre derechos humanos y la justicia en la contemporaneidad.

No obstante, el COFJ dejó algunas comisuras por donde pueden esconderse los intereses hegemónicos del derecho liberal:

- a) **Régimen de personal.** Mientras el artículo 264.12 del COFJ determina que el Pleno de Consejo pueda modificar las unidades judiciales; no ocurre lo mismo respecto de la Defensoría ni de la Fiscalía, entidades

66 Constitución del Ecuador, registro oficial 449: 20-oct-2008, artículos 177 y 181.1.

67 Véase Dulizky, Ariel. “La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: un estudio comparado”. *La Aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local: la experiencia de una década*. Víctor Abramovich y otros. Buenos Aires, Editorial del Puerto, 2007.

que únicamente deberán “comunicar” al Consejo la creación, supresión o modificación de las fiscalías y defensoras/es, y del número de fiscales, defensoras/es, para su proceso de selección.⁶⁸ Luego, si relacionamos esto con lo que finalmente quedó como “unidad judicial”, el concepto que reemplazará al de “despacho judicial” (sólo se aplica a la judicatura y no a los organismos autónomos);⁶⁹ tenemos que el Consejo no tendrá control sobre el equilibrio que deberá haber entre las ramas del sector justicia. La ruptura de la integralidad en este punto conspira contra las políticas de justicia y la determinación de las carreras y las previsiones de la Escuela Judicial, y es una violación flagrante de la Constitución que establece que corresponde exclusivamente al Consejo determinar el número de juezas/es y tribunales.⁷⁰

El peligro es la permanencia de la inequidad y el descontrol actual sobre los organismos autónomos de la justicia, los cuales no han entendido que su autonomía es funcional y que no es sinónimo de independencia. Uno de los efectos que puede observarse por esta situación tiene que ver, además, con la posibilidad de abuso de poder hacia lo interno y el autoritarismo.⁷¹ Más allá de la integralidad, el descontrol general del sector justicia está asegurado por la imposibilidad de suspender o destituir a las/os servidoras/es judiciales, pues según la Constitución se necesitarían 7 votos de entre los nueve integrantes del Consejo.⁷²

- b) **La naturaleza de la Fiscalía.** El salto cualitativo necesario respecto de la naturaleza de la Fiscalía fue postergado y se mantuvo, lo que en la actualidad representa esta institución: ser el organismo de defensa de los dispersos intereses de la sociedad, en otras palabras, de la moral

68 Código Orgánico de la Función Judicial, registro oficial suplemento 544: 9-mar-2009, artículos 284, numeral 11 y 288, numeral 11.

69 La unidad judicial se incluyó en el proyecto original como un mecanismo flexible para la organización administrativa de la justicia. Según esto, sería posible tener una unidad con un fiscal, un defensor, un juez, etc., en un espacio y con una jurisdicción determinada. Más o menos en la idea de las casas de la justicia de Colombia. No obstante, el artículo 171 del COFJ quedó restringido únicamente a la judicatura.

70 Constitución del Ecuador, registro oficial 449: 20-oct-2008, artículo 186.

71 Véase Paladines Rodríguez, Jorge, “Fiscal General o General Fiscal”. *La transformación de la justicia*. Eds. Santiago Andrade Ubidía y Luis Fernando Ávila Linzán. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.

72 *Ibíd.*, artículo 181.

pública: embudo ideológico donde confluyen los valores de las clases dominantes.⁷³ No se quiso avanzar a variar su naturaleza en espera de una reforma penal integral que aún está en espera de ser incluida en la agenda legislativa.

La Fiscalía debe defender los intereses de las víctimas, con el fin de garantizar un sistema penal de carne y hueso, profundamente humanizador y limitado al ejercicio mínimo del poder punitivo del Estado, como un imperativo de la renovación ideológica propuesta por la Constitución de 2008.⁷⁴ No haber dado el paso necesariamente radical a partir del COFJ, aun cuando los reducidos tiempos de la transición constitucional eran enemigos innegables, ha postergado la renovación ideológica y permite el mantenimiento impune de este reducido *gueto* judicial donde se juegan, nada más ni nada menos que la libertad humana y la aplicación del aparato de represión y punibilidad del Estado, ahora abandonado a los intereses de la hegemonía y su moral de dominación.

3.2. Limitación ideológica en la práctica política respecto de la justicia: la política de diferimiento

En este acápite, quiero centrar el análisis crítico casi exclusivamente a la transición política a partir de cómo se la concibió normativamente en la Constitución y en el COFJ. Parto de la sospecha de que en los procesos de transición es donde realmente adquieren materialidad inmediata y, por tanto, viabilidad política a largo plazo las reformas jurídicas; puesto que es allí donde se deciden las relaciones de poder al interior de las instituciones, el acceso de nuevos actores políticos, y la comunicabilidad con los intereses de determinados grupos sociales, sobre cuya base se busca la siembra de la transformación ideológica.

73 Código Orgánico de la Función Judicial, registro oficial suplemento 544: 9 marzo 2009, artículos 282 y 283.

74 Ávila Santamaría, Ramiro, coord. *Anteproyecto de Código de Garantías Penales: la constitucionalización del derecho penal*. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, pp. 1-38 y 207. Ver particularmente la introducción y la exposición de motivos.

Quedo en deuda, eso sí, en realizar un estudio más profundo sobre el proceso político de transición de la justicia que está en marcha. Sin embargo, intentaré establecer, justamente, las deficiencias ideológicas que se traducen en postulados normativos desde donde hoy se arma la resistencia ideológica a la transformación y constitucionalización de la justicia.

En este punto, me alejaré del análisis propuesto en el acápite anterior que recaía sobre la organización judicial y voy a poner énfasis en el régimen de transición, desde la Constitución y el COFJ, respecto de dos aspectos: a) la vigencia del COFJ; y, b) la legitimidad de origen de las altas funciones de la justicia. La percepción general –es solo eso, pues no tenemos un sustento empírico– es que la transición hasta el momento es un fracaso y no ha logrado legitimar a la administración de justicia; todo lo contrario, su rol social cada vez parece más cuestionado. La causa de esto podría ser lo que he denominado en este trabajo “política de diferimiento”, que atenta contra la viabilidad del proceso de cambio a partir de la Constitución de 2008. Consiste en el diferimiento de la reorganización institucional de la justicia y de la anulación política de las autoridades en funciones, aun cuando pensemos que existen personas que, por sus méritos y su probidad, debieran estar o continuar en los organismos judiciales. El tema es cómo dar legitimidad de origen a la función judicial más allá de las personas.

3.2.1. Política de vigencia diferida. Uno de los grandes dilemas políticos a los que se enfrentó la Asamblea Constituyente, antes de la promulgación de la Constitución de 2008, fue cómo asegurar una transición equilibrada entre dos extremos, la necesidad de un cambio radical y el mantenimiento de la institucionalidad en la medida que no genere caos social. Por esta razón, de manera poco ortodoxa, se decidió establecer un régimen de transición regulado y adjuntado en el texto de la Constitución.⁷⁵ Un elemento importante a tener en cuenta es la legitimidad que adquirió

75 Constitución del Ecuador, registro oficial 449: 20-oct-2008, “Régimen de Transición”. En este régimen se regularon, fundamentalmente, los siguientes temas: a) la reforma normativa para desarrollar la Constitución; b) la transición institucional; y c) el nombramiento provisional de los poderes estatales en la transición.

este régimen y el mismo texto constitucional luego de su aprobación en un referéndum aprobatorio, hecho que ocurriría, de manera contundente, el 28 de septiembre de 2008.⁷⁶

Dentro de este régimen, se consideró la transición del Consejo de la Judicatura y la Corte Nacional. Además, se incluyó la estabilidad de las/os servidoras/es judiciales –entendidas solo como judicatura, sin tomar en cuenta a las/os fiscales–.⁷⁷

Respecto del Consejo, se estableció que en el plazo de 180 días se debería integrar de acuerdo con la Constitución. Luego, según la Constitución, el Consejo sería elegido por concurso público organizado por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social.⁷⁸ Este proceso normativo, en principio claro, sin embargo, se oscurece en una transición ambigua e irreal para el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social:

Comisión Legislativa, en el plazo de los quince (15) días posteriores a su conformación, iniciará el concurso público de oposición y méritos para la designación de los miembros del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social. Una vez constituido este Consejo organizará las correspondientes comisiones ciudadanas seleccionadoras para escoger las autoridades y funcionarios que establecen la Constitución y la ley.⁷⁹

En la disposición citada, si vemos su literalidad, parece que este Consejo tenía el mandato de integrar únicamente las comisiones seleccionadoras y no dirigir el concurso. Por supuesto, esta ambigüedad se polarizó por las disputas internas del bloque país al interior de la Comisión de Legislación y Fiscalización (la Asamblea Nacional de la transición) al momento de elegir a un Consejo transitorio que tuvo como función principal la de elaborar el proyecto de ley de participación. Esto hizo que

76 Diario *El Comercio*, Quito, “El TC publicará la Constitución el martes”, 16 octubre 2008. Los resultados oficiales del referéndum fueron: 63,93% por el sí, 28,10% por el no, 7,23% por el nulo; y 0,75% por el blanco. La Constitución fue promulgada en el registro oficial 449 del 20 octubre 2008.

77 Constitución del Ecuador, registro oficial 449: 20-oct-2008, “Régimen de Transición”, artículos 20-24.

78 *Ibid.*, artículos 181 y 208.

79 *Ibid.*, “Régimen de Transición”, artículo 29.

fuera imposible el cumplimiento de la transición dispuesta para el Consejo de la Judicatura.

En consecuencia, el Consejo de la Judicatura que estaba en funciones antes de la Constitución, se mantuvo prorrogado de facto hasta que logró su reconocimiento formal por parte del Tribunal Constitucional,⁸⁰ el cual, para aquella época, había asumido ya las funciones de la Corte Constitucional establecida en la Constitución 2008 [Corte Constitucional para el Período de Transición], una vez que decidió aplicarla directamente (principio de normatividad constitucional), de acuerdo con su papel de intérprete supremo.⁸¹

Por su parte, la ex Corte Suprema de Justicia tuvo que resignar su otrora majestad, no solo para convertirse en Corte Nacional de Justicia, sino que tuvo que someterse a un sorteo, pues el número de juezas/es fue disminuido en la nueva Constitución. Esto provocó que algunas/os de las/os juezas/es renunciaran a su cargo, siguiendo el camino de otras/os de sus compañeras/os que, meses antes, habían hecho lo mismo previa la entrada en vigencia del mandato constituyente que homologaba sus remuneraciones a las del presidente de la República, lo cual afectaría los ingresos y el monto de jubilación de quienes provenían de la carrera judicial.⁸² En todo caso, tanto las cortes como el Consejo de la “partidocracia” y con ellos, la tradición jurídica liberal, fueron conservados en funciones.

Esta situación marcó la discusión legislativa respecto de la transición de la justicia en el COFJ, puesto que la consigna política fue bloquear la actuación de estas autoridades, y que sean las nuevas autoridades permanentes elegidas de acuerdo con la nueva Constitución, las que tengan todas las potestades y prerrogativas y puedan realizar el modelo ideológico del COFJ. Por esta razón, se limitó en el COFJ el campo de actuación de las actuales autoridades judiciales, como reflejo del *diferimiento* de la transición constitucional:

80 Corte Constitucional para el Período de Transición, sentencia 001-08-SI-CC: 28-nov-2008.

81 Corte Constitucional para el Período de Transición, resolución: 21-oct-2008.

82 Asamblea Constituyente, Mandato Constituyente 002, *Remuneraciones del Sector Público*, artículo 2, literal a.

NOVENA.- REGLAMENTOS DE FUNCIONAMIENTO.- Una vez posesionado el nuevo Consejo de la Judicatura designado a través de concurso dirigido por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, dictará los reglamentos a los que este Código se refiere y los que sean necesarios para su plena vigencia, en el plazo máximo de un año, salvo que este Código señale un plazo diferente. De ser necesario, también está facultado para reglamentar cualquier vacío, duda u obscuridad que surja en la aplicación de este régimen transitorio [el subrayado es nuestro].

Entonces, la integración de las autoridades y la aplicación plena del COFJ quedaron diferidas, deslegitimando el proceso de cambio y la misma administración de justicia; al tiempo que se toleró la continuidad de la justicia que se quiere superar. De esta manera, quedan postergadas (diferidas) la necesaria purga del personal del sector justicia que quedó supeditada a un proceso de evaluación incierto para las/os funcionarias/os judiciales actualmente en funciones, y la implementación de la carreras judiciales y la Escuela Judicial.⁸³ Pero esto no es solo cuestión de estrategia política, sino que ocasiona un vaciamiento constitucional de consecuencias prácticas, tal como la reciente resolución de la Corte Nacional de Justicia que dice asumir el régimen disciplinario de las/os juezas/es, y del Consejo de la Judicatura de transición, que hace lo mismo sobre las/os juezas/es de la Corte Nacional.⁸⁴ Todo esto durante el régimen de transición. Lo que recuerda la época que se entiende superada y solucionada normativamente con el COFJ, de pugna entre la ex Corte Suprema de Justicia y ex Consejo Nacional de la Judicatura (1998-2008).

3.2.2. Política de legitimidad diferida. Como un efecto del diferimiento político mencionado, la institucionalidad judicial no pudo legitimarse de inicio. Recordemos lo que ya he expresado al respecto. La legitimidad puede ser de origen o de ejercicio. En alguna ocasión ya traté la legitimidad de ejercicio como función política –no advertida por la tradición liberal– de la independencia judicial interna; en este ensayo me quiero referir

83 Código Orgánico de la Función Judicial, registro oficial suplemento 544: 9-mar-2009, disposición transitoria quinta.

84 Corte Nacional de Justicia, resolución 1, registro oficial 618: 26-jun-2009; Consejo de la Judicatura, resolución 53, registro oficial 53, 21-oct-2009.

a la legitimidad de origen, es decir, aquella que guarda relación con la forma de integración y el momento político en que esto ocurre. Tiene que ver también con dos cuestiones a tener en cuenta. Por un lado lo que se ha denominado “herencia institucional”, que es el cúmulo de situaciones anteriores que le dan una imagen, positiva o negativa, a un organismo y que hacen difícil la transición y el cambio ideológico.⁸⁵ Y, por el otro, el capital social simbólico del que nos habla Bourdieu.⁸⁶

Un ejemplo de la primera cuestión es lo que sucedió con el Tribunal Constitucional –antes, Tribunal de Garantías Constitucionales de 1994, luego Tribunal Constitucional en 1996, y ahora Corte Constitucional para el Período de Transición–, el cual venía precedido de un prestigio atenuado por la irrelevancia política del Tribunal de Garantías Constitucionales (TGC). La herencia, en este caso, dificultó la transición hacia el Tribunal Constitucional de 1997 y es muy posible que también lo haga respecto de la Corte Constitucional de la transición y de la definitiva, al punto que siga funcionando como una mezcla de pequeño parlamento y juez de primera instancia. En el sentido contrario, podemos imaginar si se quisiera cambiar el modelo institucional del Servicio de Rentas Internas hoy, es posible que su proceso de transición sea más fácil.

Por su parte, el capital social se refiere a la posibilidad de acumular prestigio y distinción como forma de ubicación en las relaciones de poder al interior del espacio judicial (campo judicial). De acuerdo con esto, se entiende la resistencia de las servidoras/es judiciales al cambio, puesto que sienten que se pone en peligro su capital social simbólico (estabilidad laboral y función pública), y es a partir de esto que, también, debe comprenderse la necesidad del cambio generacional a pesar de la tensión entre la vieja y la nueva burocracia que nos propone el COFJ.

85 Andrade, Pablo. “¿Populismos renovados?: Ecuador y Venezuela en perspectiva comparada”. *Constitucionalismo Autoritario: los regímenes contemporáneos en la región andina*. Santiago Andrade y otros. Quito, Centro Andino de Estudios Internacionales de la Universidad Andina “Simón Bolívar”, 2005, p. 20. En este estudio, que compara los regímenes políticos de Ecuador (Lucio Gutiérrez) y Venezuela (Hugo Chávez), el autor al establecer el marco conceptual delimita lo que entiende como “herencia institucional”, que sería un conjunto de reglas, formales e informales de distribución del poder que se han estabilizado, que permanecen luego del momento histórico en el que surgieron y que limitan el desarrollo futuro de las instituciones.

86 Véase Bourdieu, Pierre. *La Distinción: criterios y bases sociales del gusto*. Buenos Aires, Editorial Taurus, 2006.

Por estas razones es indispensable la legitimidad de origen, sobre la base de los méritos –menos del prestigio acumulado por los cartones “pseudoacadémicos” otorgados o simuladamente comprados–, y el control social que permita la refundación judicial, a partir de un punto de referencia inicial con un nivel aceptable de compromiso ideológico con la transformación y constitucionalización de la justicia.

Esta necesidad del proceso político de cambio radical no fue entendida por su dirigencia política, en parte por la falta de un programa político (un orden programático-ideológico), y por las vacilaciones y contradicciones internas frente a la radicalización, lo cual ha significado frenar la necesaria velocidad de una revolución. La Asamblea Constituyente debió terminar el período de las altas autoridades y cortes y nombrar inmediatamente las permanentes. El camino seguido significó armar una transición política la que dio tregua a los poderosos respecto del cambio democratizador.

Un profundo impacto ideológico ha tenido esto en el régimen de transición del COFJ. Dos casos. El primero, la carga política del pasado respecto de los casos en los que se utilizó abiertamente a la justicia como instrumento de persecución política –más allá de que es posible que pensemos que algunos se lo merecían o de que no había otra forma de deshacerlos de ellos ante el fracaso de los mecanismos formales de la democracia, como en los casos de *Bucarám*, *Mahuad*, *Dahik*, entre otros– o los casos de alta relevancia social –como en el de los hermanos Isaías (herencia institucional)–.⁸⁷ Luego tenemos el descontrol de la Fiscalía General del Estado para la etapa de transición, que se logró en la negociación política legislativa y que ahora ha permitido el abuso del poder al interior de dicha institución (distinción-resistencia). Hurgan los comentarios respecto de lo que está sucediendo en estos casos en la actualidad, que minan la legitimidad de origen de la justicia y del mismo proceso político que lo sostiene. Citaré la norma sobre la fiscalía que permite la ruptura ideológica del COFJ:

87 Código Orgánico de la Función Judicial, registro oficial suplemento 544: 9-mar-2009, disposiciones transitorias décima y décimo tercera. En estas disposiciones solo se reguló el tratamiento de los casos aún no resueltos y algunas formas de caducidad para disminuir el archivo de la justicia.

DUODÉCIMA.- Las facultades del Consejo de la Judicatura respecto de la Fiscalía General del Estado, únicamente serán asumidas por el nuevo Consejo de la Judicatura designado a través de concurso dirigido por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, treinta días después de su posesión. Mientras tanto, el actual Consejo de la Judicatura y la Fiscalía General del Estado, diseñarán el proceso y reglamentación para la implementación de las normas de este Código.⁸⁸

Superar la alienación social requiere entender que el COFJ no es suficiente para el cambio si no se piensa la reforma políticamente en términos estratégicos. Debió la Asamblea Constituyente conformar una Comisión con veedurías, nacionales e internacionales, con del fin de nombrar a las autoridades permanentes de la justicia y fallar sobre los casos partidizados (no politizados). Con esto, la justicia hubiese comenzado un nuevo día con un historial depurado y con amplio apoyo social, y su transformación y constitucionalización correspondería a la naturaleza de un proceso revolucionario ideológicamente coherente.

IV. Conclusiones

A lo largo de este trabajo, no he querido demostrar la existencia de la ideología en las normas y las potencialidades de resistencia en las prácticas judiciales a la reforma judicial, sino postular que la realidad social, siguiendo a *Pashukanis*, no puede ser descubierta por medio de los conceptos del derecho liberal,⁸⁹ debido a la doble alineación que ocurre respecto de la reforma judicial de transición: dos momentos que configuran la fetichización de nuestra reforma judicial. La primera alienación se instrumenta por el vaciamiento político de la reforma judicial. Este vaciamiento ocurre como efecto de la negociación política del COFJ, lo cual permitió a los actores políticos de la justicia a alejarse de los ejes ideológicos de la Constitución de 2008, y crear brechas normativas y espacios de resistencia que dificultarán el cambio radical de la justicia:

88 *Ibíd.*, disposición transitoria duodécima.

89 Pashukanis, Evgeny. “Ideología y Derecho”. *Lecturas sobre derecho y derecho económico*, Iztapalapa. Comp. José María Martínez. Universidad Autónoma Metropolitana, 2000, p. 232.

[...] la apoliticidad que se ha endilgado al derecho y la institucionalidad judicial napoleónicos como un dogma en supuesta defensa del derecho no ha hecho más que ser un instrumento que acentúa la resistencia al cambio, puesto que blinda las prácticas judiciales viciosas –lo hace ver como atentados contra la estabilidad gremial–.⁹⁰

La segunda alienación aparece en la forma de una política de diferimiento por parte de la dirigencia del proceso político de cambio en la justicia luego de la Constitución de 2008, debido a las propias contradicciones y debilidades de encontrar un proyecto político consolidado y una fuerte base social para poder refrendarlo y defenderlo. Para lo jurídico, esto aparece como la idea de que con la sola promulgación del COFJ, la transformación y constitucionalización están aseguradas; al tiempo que se pone en riesgo la sostenibilidad de la reforma político-jurídica luego de la Constitución de 2008, pues se prolonga la organización de la justicia que se quiere superar e incluso se permite una mixtura débil que será el germen de la resistencia antidemocrática de quienes defienden el sistema de privilegios y de control ideológico a favor de la tradición, el mercado y la hegemonía de las oligarquías locales y del capital internacional.

Hacer un balance de la situación actual de la administración de justicia provoca bastante pesimismo. Tal vez el mismo que terminó por apoderarse de nosotros, cuando junto con *Ramiro Ávila*, discutíamos en el Ministerio de Justicia hace casi un año atrás el título del tomo séptimo de la colección que publicó esta cartera de Estado. La discusión giraba alrededor de una sola cuestión: ¿transformación o transformación radical de la justicia? Yo defendía “lo radical”. Finalmente, me convencí de que solo fuera “transformación de la justicia”. El argumento de Ramiro Ávila era casi textualmente el siguiente: “debemos ser un poco cautos... No vaya a ser que no sea radical, entonces, vamos a quedar como ingenuos.”

Hoy, luego de ver la debilidad de la transición jurídico-política de la justicia, llena de oscuridades, dubitaciones y diferimientos, ya no siento que la ingenuidad sea monopolio exclusivo de nuestros temores y fantasmas, sino que es una realidad más allá de aquellos.

90 Luis Fernando Ávila Linzán, “Legitimidad social e independencia judicial interna”, *op. cit.*, p. 68.

Resulta que la ideología instrumentalizada en las normas toma aún elementos de lo que se quiere negar para poder superarlo. Es inevitable. De hecho, es parte del esquema central del nihilismo de la dialéctica hegeliana sobre cuya base se yergue la doctrina marxista en su esencia, lo que el mismo *Marx* nos dice textualmente: “no ven que la filosofía solo puede superarse realizándola”.⁹¹

No obstante, si queremos realmente realizar una transformación ideológica profunda y permanente, es indispensable una *fuga teórica* que no esté consagrada “siempre a aquello de lo que se huye, sino a una fundación radical de un nuevo espacio, de una nueva problemática, que permita plantear el problema real”⁹² a partir de su contenido ideológico.

Por último, se hace necesaria una acción política comprometida, depurando todo eclecticismo e incoherencia ideológica respecto del cambio radical de nuestra realidad, dentro y fuera del Estado, mediante la acción organizada o el empeño de activistas independientes. La primera tarea es evitar que nuestros esfuerzos sean la expresión de una contradicción social en acción, que se manifieste por una admiración inconsciente de lo hegemónico y un compromiso con las penurias del pueblo.⁹³ Estamos ante la posibilidad histórica de construir un derecho verdaderamente crítico sobre la base de nuestra Constitución y una transformación radical de la justicia:

La misión de la historia consiste, según esto, en descubrir *la verdad más acá*, una vez que se ha hecho desaparecer *al más allá de la verdad*. Y, ante todo, la misión de la filosofía [del conocimiento, la ciencia y el derecho, diríase], puesta al servicio de la historia, después desenmascarar la forma de santidad de la autoenajenación del hombre, está en desenmascarar la autoenajanación bajo sus formas profanas. La crítica del cielo se trueca, de este modo, en la crítica de la tierra, la crítica de la religión en la crítica en la crítica del derecho, la crítica de la teología en la crítica de la política.⁹⁴

91 Karl Marx, *En Torno a la Crítica de la Filosofía del Derecho de Hegel*, *op. cit.*, p. 226.

92 Althusser, Louis. “Del Capital a la Filosofía de Marx”. *Para leer el Capital*. Louis Althusser y Étienne Balibar. México, D. F., Siglo XXI Editores, 2006, p. 60.

93 Marx, Karl. *Miseria de la Filosofía*, Moscú. Ediciones en Lenguas Extranjeras, s.f., p. 190.

94 Karl Marx, *En Torno a la Crítica de la Filosofía del Derecho de Hegel*, *op. cit.*, p. 224.

V. Bibliografía

Libros y revistas

- Abramovich, Víctor. *Acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales: estudio fijado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2007.
- Abramovich, Víctor y Charles Courtis. “Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales”. *La protección judicial de los derechos sociales*. Eds. Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- Althusser, Louis. “Ideología y Aparatos Ideológicos de Estado”. *Ideología: un mapa de la discusión*. Comp. Slavoj Zizek. México, D. F., Fondo de Cultura Económica, 2003.
- _____. “Del Capital a la Filosofía de Marx”. *Para leer el Capital*. Louis Althusser y Étienne Balibar. México, D. F., Siglo XXI Editores, 2006.
- _____. “La Filosofía: arma de la revolución”. *Para leer el Capital*. Louis Althusser y Étienne Balibar. México, D. F., Siglo XXI Editores, 2006.
- Andrade, Pablo. “¿Populismos renovados?: Ecuador y Venezuela en perspectiva comparada”. *Constitucionalismo autoritario: los regímenes contemporáneos en la región andina*. Andrade, Santiago, Quito, Centro Andino de Estudios Internacionales de la Universidad Andina Simón Bolívar, 2005.
- Ávila Linzán, Luis Fernando. “Introducción: la Transformación de la Justicia”. *La Transformación de la Justicia*. Eds. Santiago Andrade Ubida y Luis Fernando Ávila Linzán. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- _____. “Legitimidad Social e Independencia Judicial Interna”. *La Transformación de la Justicia*. Eds. Santiago Andrade Ubida y Luis Fernando Ávila Linzán. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.

- _____. “El acceso a la justicia y la emancipación de las personas excluidas”. Quito, *Neoconstitucionalismo y sociedad*. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- _____. “La constitucionalización de la administración de justicia”. *Constitución del 2008 en el contexto andino*. Eds. Ramiro Ávila Santamaría. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- _____. *Jurisprudencia obligatoria: prontuario de fallos de triple reiteración de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador*. Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2006.
- _____. *Prontuario de resoluciones del Tribunal Constitucional*. Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2004.
- Ávila Santamaría, Ramiro, coord. *Anteproyecto de Código de Garantías Penales: la constitucionalización del derecho penal*. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- _____. “Estado constitucional de derechos y justicia”. *La Constitución de 2008 en el contexto andino: análisis desde la doctrina y el derecho comparado*. Ramiro, Ávila Santamaría. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Bobbio, Norberto. *El futuro de la democracia*. México, Fondo de Cultura Económica, 1984.
- Bourdieu, Pierre. *La distinción: criterios y bases sociales del gusto*. Buenos Aires, Editorial Taurus, 2006.
- Burgos Silva, Germán. “¿Qué se entiende hoy por independencia judicial? Algunos elementos conceptuales”. *Independencia Judicial en América Latina. ¿De quién? ¿Para quién? ¿Cómo?* Ed. Germán Burgos Silva. Bogotá, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA), 2003.
- Calamandrei, Piero. “De la fe en los jueces: primer requisito del abogado”. *Actos del Juez y Prueba Civil: estudios de Derecho Procesal Civil*. Bogotá, Editorial Jurídica Bolivariana, 2009.
- Carbonell, Miguel. *El neoconstitucionalismo en América Latina: elementos para una definición*. México, Instituto de Investigación Jurídica, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), II Congreso Internacional Derecho y Sociedad en el Estado Constitucional, 2007.

- _____. Presentación. *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Miguel Carbonell. Madrid, Trotta, 2007.
- Clavero, Bartolomé. *Espacio Colonial y vacío constitucional de los derechos indígenas*. Internet. www.juridicas.unam.mx.
- Cerroni, Umberto. “Marx y el Derecho Moderno”. *Lecturas sobre Derecho y Derecho Económico*. Comp. José María Martinelli. Universidad Autónoma Metropolitana, 2000. Documento original: Cerroni, Umberto. “Marx y el Derecho Moderno”, Iztapalapa, México, D. F. Editorial Grijalbo, 1975.
- Correa Sutil, Jorge. “Reformas Judiciales en América Latina: ¿buenas noticias para los desfavorecidos?” *La (in) efectividad de la Ley y la Exclusión en América Latina*. Comps. Juan Méndez, Guillermo O’Donnell y Paulo Sergio Pinheiro. Buenos Aires, Paidós, 2002.
- Dulizky, Ariel. “La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: un estudio comparado”. *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local: la experiencia de una década*. Víctor Abramovich y otros. Buenos Aires, Editorial del Puerto, 2007.
- Gramsci, Antonio. *Introducción a la Filosofía de la Praxis*. Barcelona, Editorial Península, 1972.
- Gargarella, Roberto. Prólogo. *Desafíos constitucionales: la Constitución ecuatoriana de 2008 en perspectiva*. Eds. Ramiro Ávila Santamaría y otros. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y Corte Constitucional, 2008.
- López, Diego. *Teoría Impura del Derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá, Legis, 2004.
- Lipset, Seymour Martin. “Repensando los requisitos sociales de la democracia”. *La Política. Revista de Estudios sobre el Estado y la Sociedad* (Barcelona) 2, Paidós, segundo semestre 1996.
- Lhumann, Niklas. *Sistemas sociales*. Barcelona, Antropós, 1984.
- Magnet Colomer, Jordi. “Fetichización jurídica y derechos sociales”. *Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas* (Madrid) 20, Universidad Complutense, 2008.
- Mariátegui, José Carlos. *Siete ensayos de interpretación de la realidad peruana*. Rosario Santa Fe, Kolektivo Editorial “Último Recurso”, 2004.

- Marini, Ruy Mauro. "Dialéctica de la Dependencia". *La Teoría de la Dependencia: antología del pensamiento político, social y económico de América Latina*. Ed. Ángel María Casas Grageas. Agencia Española de Cooperación Internacional y el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, 2006.
- Marx, Karl. *En torno a la crítica de la Filosofía del Derecho de Hegel. Lecturas sobre derecho y derecho económico*. Comp. José María Martinelli. Universidad Autónoma Metropolitana, 2000. Documento original, Marx, Karl. "En torno a la crítica de la Filosofía del Derecho de Hegel". *Escritos de juventud*. Iztapalapa, Fondo de Cultura Económica, 1982.
- _____. "La Relación entre El Estado y el Derecho y la Propiedad". *Lecturas sobre derecho y derecho económico*. Comp. Martinelli, José María. Iztapalapa, Universidad Autónoma Metropolitana, 2000. Documento original: Marx, Karl. "La relación entre El Estado y el derecho y la propiedad". *La ideología alemana*. México, D. F., Cultura Popular Editores, 1978.
- _____. *Manuscritos Económico-Filosóficos de 1844*. México, D. F., Editorial Grijalbo, 1968.
- _____. *Miseria de la Filosofía*. Moscú, Ediciones en Lenguas Extranjeras, s.a.
- Méndez, Juan, Guillermo O'Donnell y Paulo Sergio Pinheiro, comps. *La (in) efectividad de la Ley y la Exclusión en América Latina*. Buenos Aires, Paidós, 2002.
- Mouffe, Chantal. *En torno a lo político*. México, D. F., Fondo de Cultura Económica, 2007.
- Paladines Rodríguez, Jorge. "Fiscal General o General Fiscal". *La transformación de la justicia*. Eds. Santiago Andrade Ubidía y Luis Fernando Ávila Linzán. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- Pashukanis, Evgeny. "Ideología y Derecho". *Lecturas sobre Derecho y Derecho Económico*. Comp. José María Martinelli. Iztapalapa, Universidad Autónoma Metropolitana, 2000. Documento original: Pashukanis, Evgeny. *Ideología y Derecho*. México, Editorial Grijalbo, 1976.
- _____. *La Teoría General del Derecho y el Marxismo*. Barcelona, Editorial Grijalbo, 1985.

- Peces-Barba Martínez, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales: teoría General*. Madrid, Universidad Carlos III, 1999.
- Pogge, Thomas. *La pobreza en el mundo y los derechos humanos*. Barcelona, Paidós, 2005.
- Popkin, Margaret. "Acceso a la Justicia, Gobernabilidad Democrática y Sociedad Civil". *Justicia: un vínculo pendiente entre Estado, ciudadanía y desarrollo*. Ed. Carlos Cordovez. Washington, Banco Interamericano de Desarrollo (BID), 2007.
- _____. "Iniciativas para mejorar la independencia judicial en América Latina: una perspectiva comparativa". *Independencia judicial en América Latina. ¿De quién? ¿Para quién? ¿Cómo?* Ed. Germán Burgos Silva. Bogotá, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA), 2003.
- Rodríguez, César. "Globalización, reforma judicial y Estado de derecho en América Latina". *¿Quo Vadis?: Nuevos rumbos en la administración de justicia*. Bogotá, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA), 2000.
- Santos, Boaventura De Sousa. "Los paisajes de la justicia en las sociedades contemporáneas". *El caleidoscopio de las justicias en Colombia: análisis socio-jurídico*, t. I. Comps. Boaventura De Sousa Santos y Mauricio García Villegas. Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2001.
- Sierra, Wladimir. *Cosificación: avatares de una categoría crítica*. Revista de Filosofía "Sophia" (Quito) 1 (2007). Internet. www.revistasophia.com.
- Uprimny, Rodrigo, César Rodríguez y Mauricio García Villegas. *Más allá de la oferta y la demanda: análisis sociojurídico de la justicia colombiana a comienzos de siglo*. Internet. www.cejamerica.org.
- Zaffaroni, Raúl Eugenio. "Dimensión política de un poder judicial democrático". *La Transformación de la Justicia*. Eds. Santiago Andrade Ubidia y Luis Fernando Ávila Linzán. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid, Editorial Trotta, 2005.

Normativa jurídica

- Asamblea Constituyente. Mandato Constituyente 002, *Remuneraciones del Sector Público*.

Código Orgánico de la Función Judicial. Registro oficial suplemento 544, 9-mar-2009.

Consejo de la Judicatura. Resolución 53, registro oficial 53, 21-oct-2009.

Consejo de la Judicatura. *Normas para concursos merecimientos para vacantes de la Función Judicial.* res. 41, registro oficial 21, 8-sep-2009.

Constitución del Ecuador, registro oficial 449, 20-oct-2008.

Corte Constitucional para el Período de Transición. Sentencia 001-08-SI-CC, 28-nov-2008.

Corte Constitucional para el Período de Transición. Resolución, 21-oct-2008.

Corte Nacional de Justicia. resolución 1. Registro oficial 618, 26-jun-2009.

Políticas constitucionales en Ecuador*

Agustín Grijalva Jiménez**

Resumen

Este artículo, esencialmente conceptual, ofrece una propuesta de marco teórico para investigar empíricamente desde la Ciencia Política las relaciones entre Corte Constitucional, función legislativa y ejecutiva en sistemas con alta fragmentación partidista, con especial atención al caso ecuatoriano en el período 1997-2004.

Palabras clave

Jueces, condiciones político-institucionales, teoría de la separación de poderes.

I. Introducción

Los estudios políticos sobre el sector justicia no son muy frecuentes en América Latina. Pese a la creciente importancia política de jueces y tribunales en la región, las ciencias políticas latinoamericanas prestan mucha mayor

* Este ensayo se elaboró gracias al Fondo de Investigaciones de la Universidad Andina Simón Bolívar; el texto presenta el marco teórico de un estudio más amplio por parte del autor, el cual incluye investigación empírica de orden estadístico, histórico y jurídico sobre el Tribunal Constitucional del Ecuador en el período 1997-2004, y que será publicado próximamente.

** Doctor en ciencia política, University of Pittsburgh; docente del área de derecho y coordinador de la especialización superior en derecho constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Actualmente es miembro del Consejo de Educación Superior del Ecuador.

atención a la actividad de los partidos políticos, del Congreso o del Presidente, dando así a los jueces, paradójicamente, una importancia muy por debajo de la que incluso le da la propia clase política. Es pues necesario desarrollar desde la Ciencia Política la subdisciplina de estudios políticos de la justicia.

El presente ensayo se inscribe en esta línea de estudios de políticas judiciales; no se trata, por tanto, de un estudio jurídico o de teoría política, es decir de *cómo los jueces deberían idealmente actuar*, sino de un análisis respecto a *cómo los jueces de hecho actúan bajo ciertas condiciones político-institucionales*. El presente ensayo por tanto no tiene carácter normativo y se ubica en un plano principalmente conceptual, despliega una propuesta de marco teórico para investigar empíricamente desde la Ciencia Política las relaciones entre Corte Constitucional, Congreso y Presidente en sistemas de alta fragmentación partidista, con especial atención al caso ecuatoriano en el período 1997-2004.

¿Cómo incide la relación entre los partidos políticos y los jueces o magistrados constitucionales¹ sobre la independencia judicial? La *teoría de la separación de poderes*² afirma que el partido de gobierno ejerce menos influencia sobre los jueces en *un gobierno dividido que en uno unificado*. Hay *gobierno dividido* cuando el Presidente no tiene mayoría en el Congreso y en consecuencia no tiene ningún poder para impulsar un juicio político o ejercer otro tipo de control sobre los tribunales. Contrariamente, hay *gobierno unificado* cuando el presidente cuenta con mayoría legislativa.³

- 1 Para propósitos de este estudio defino a los jueces o magistrados constitucionales como aquellos que tienen el poder para tomar la última decisión en el control constitucional abstracto en un país. Estos jueces generalmente son magistrados de la Corte Suprema o miembros de una Corte Constitucional.
- 2 Mediante la expresión “teoría de división de poderes” hago referencia aquí a un sistema de postulados teóricos planteado por varios investigadores de políticas judiciales especialmente en los Estados Unidos. Más adelante expongo algunos de estos postulados.
- 3 Bill Chávez, Rebecca. *The rule of law in nascent democracies: judicial politics in Argentina*. Stanford, Stanford University Press, 2004; Helmke, Gretchen. “The Logic of Strategic Defection: Court-Executive Relations in Argentina under Dictatorship and Democracy”. *American Political Science Review* 96(2), 2002, pp. 291-303; Iaryczower, Matias, Pablo T. Spiller y Mariano Tomás, “Judicial Independence in Unstable Environments, Argentina 1935-1998”. *American Journal of Political Science* 46(4), 2002, pp. 699-716; Navia, Patricia y Julio Ríos Figueiroa. “The Constitutional Adjudication Mosaic of Latin America”. *Comparative Political Studies* 38(2), 2005, pp. 189-217.

El presente ensayo plantea que los partidos políticos pueden ejercer una significativa influencia sobre los magistrados constitucionales, incluso bajo un *gobierno dividido*, siempre y cuando los partidos de oposición puedan conformar una coalición legislativa para controlar la reelección de estos magistrados en sus cargos. Se sostiene aquí que la independencia judicial se ve limitada cuando los jueces constitucionales están en sus cargos por períodos cortos y pueden ser reelegidos por el Congreso, independientemente de si el gobierno está dividido o unificado.

La independencia judicial es un concepto complejo que incluye dimensiones empíricas y normativas. Sin embargo, para los fines de este ensayo he adoptado la noción desarrollada por *Iaryczower, Spiller y Tommasi*, que han definido la independencia judicial como “el grado en que los jueces pueden reflejar sus preferencias en sus decisiones sin tener que enfrentar medidas de represalia por parte del Congreso o del Presidente”. Estas preferencias pueden estar relacionadas con las preferencias políticas o con lo que un magistrado considera es la interpretación correcta de la ley en un caso concreto. Cuando un magistrado constitucional no puede declarar esas preferencias a través de su voto debido a las presiones políticas del Presidente o del Congreso, quienes le exigen tomar una decisión diferente, y cuando estos pueden producir algún daño al tribunal o al juez con el fin de obtener la sentencia que desean, se pone claramente en duda la independencia de ese tribunal o juez como actor político y como intérprete autónomo de la ley.

Por lo tanto, la independencia judicial puede ser concebida no como un concepto integrado dicotómicamente (total independencia o dependencia) sino como algo gradual, una variable que puede estar relacionada con las condiciones políticas e institucionales (mayor o menor independencia o dependencia). Es necesario entonces analizar cómo condiciones institucionales específicas como la extensión de los períodos, las reelecciones en el cargo y las medidas de represalia, como el juicio político, pueden aumentar o disminuir el grado de independencia judicial. Los períodos y las reelecciones juegan un rol clave en las relaciones entre los magistrados constitucionales, el Congreso y el Ejecutivo. Suponiendo que los magistrados desean mantenerse en sus cargos (ambición de inamovilidad), estos tenderán a ser funcionales a aquellos actores políticos que controlan

los nombramientos. Esta funcionalidad será empíricamente observable en los fallos de control abstracto de constitucionalidad de los magistrados. Si un magistrado constitucional es funcional al partido que puede auspiciar su reelección, este magistrado votará por la inconstitucionalidad de aquellas leyes a las cuales se opone ese partido y, así mismo, votará por la constitucionalidad de las leyes que ese partido respalde en el Congreso.

Para investigar este vínculo una estrategia plausible de indagación empírica es la de relacionar el apoyo o la oposición legislativa del partido del magistrado respecto al gobierno de turno con el voto del magistrado en los procesos por demanda de inconstitucionalidad de una ley específica. Pueden también examinarse empíricamente mediante modelos estadísticos y estudios de caso el impacto del transcurso del tiempo dentro del periodo de los jueces sobre la orientación de sus votos en las sentencias de inconstitucionalidad. Con el fin de investigar estas relaciones estadísticamente es posible crear bases de datos de las sentencias de procesos por demandas de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Esta base puede incluir información sobre la posición política de cada partido en el Congreso durante el momento en que alguna ley fue cuestionada por medio de una demanda de inconstitucionalidad, y puede relacionar dicha información con los votos de cada juez del TC al decidir sobre la constitucionalidad de dicha ley. Metodológicamente, es posible entonces combinar un enfoque débil de elección racional⁴ con el contexto histórico respectivo y triangular estos resultados con el estudio de casos y en general con un análisis cualitativo.

El Tribunal Constitucional del Ecuador bajo la Constitución de 1998 constituye un buen ejemplo de esta relación debido a los períodos cortos en el cargo de los magistrados constitucionales y a la posibilidad de su reelección inmediata e indefinida. En Ecuador este proceso de reelección ha sido históricamente controlado por el Congreso. A diferencia de Argentina, México o Chile, donde los magistrados que realizan control constitucional de cierre desempeñan el cargo en forma vitalicia o por períodos largos sin reelección, los magistrados constitucionales en

4 Ames, Barry. "Electoral Strategy Under Open-List Proportional Representation". *American Journal of Political Science*, n.º 39, 1995, pp. 406-433.

Ecuador se desempeñaban como tales durante períodos cortos de cuatro años con reelección ilimitada.

De conformidad con la disposición 275 de la Constitución Política de Ecuador de 1998, los nueve magistrados del TC eran designados de la siguiente manera: el Congreso nombraba directamente a dos jueces del TC, mientras que los otros siete jueces eran designados por el Congreso a partir de las ternas de candidatos enviadas por varios organismos de nominación. El Presidente de Ecuador enviaba al Congreso dos ternas de candidatos, de los cuales se elegía a uno de cada lista. Asimismo, la Corte Suprema de Justicia enviaba al Congreso dos ternas de candidatos, que elegían a un candidato de cada una. La Asociación Nacional de Alcaldes y Prefectos Provinciales también enviaba una terna de candidatos, de los cuales se elegía a uno. Del mismo modo, los sindicatos de trabajadores e indígenas y las organizaciones campesinas enviaban al Congreso una terna de candidatos para que este seleccione a uno de ellos. Las cámaras empresariales enviaban una última terna de candidatos para el nombramiento legislativo.

En contraste, la Constitución ecuatoriana de 2008 establece un período de nueve años sin reelección para los magistrados constitucionales lo cual permite disponer de variación empírica dentro del caso ecuatoriano. Es decir, este cambio institucional entre las constituciones de 1998 y de 2008 en cuanto al nombramiento y período de los magistrados constitucionales hace de Ecuador un país adecuado para analizar el efecto de estos cambios.

De acuerdo al artículo 276 de la Constitución de 1998, las competencias del Tribunal Constitucional en el período de estudio incluían importantes atribuciones. En primer lugar, el TC tenía la facultad de declarar la inconstitucionalidad de leyes u otras normas jurídicas, tales como decretos, ordenanzas, resoluciones y reglamentos (art. 276, numerales 1 y 2). El TC también era un tribunal de apelación de los fallos de los jueces que negaban las peticiones de amparo, de habeas corpus y otros derechos de protección de las garantías constitucionales (art. 276, numeral 4). Otra de las competencias del TC se refiere a la facultad de tomar decisiones finales en los casos en que el Presidente vetaba un proyecto de ley del Congreso por considerarlo inconstitucional (art. 276, numeral 4). El TC también tenía el poder para revisar si los tratados y convenios internacionales eran compatibles con la Constitución, antes de que estos fueran conocidos y aprobados por el Congreso (art. 276, numeral 5). Por

último, el TC dictaminaba como Tribunal de última instancia en determinados conflictos de competencia entre las instituciones públicas. Desde el punto de vista jurídicoformal, el TC era un organismo público, independiente del poder legislativo, del Ejecutivo y del poder judicial, y disfrutaba de su propio presupuesto y administración.⁵

Existen cuatro modelos en el estudio de las políticas judiciales: 1) el modelo jurídico, 2) el modelo actitudinal, 3) el modelo institucionalista histórico, y 4) el modelo de elección racional.

El modelo jurídico se basa “en la creencia de que, de una forma u otra, las decisiones del tribunal están notablemente influenciadas por los hechos del caso a la luz del significado evidente de las leyes, de la Constitución, de la intención de los redactores de la Constitución, y/o los precedentes”.⁶

El modelo actitudinal postula que los hechos del caso son evaluados por los jueces basados en sus propias posiciones y valores ideológicos (por ejemplo, un punto de vista conservador o liberal).⁷

El modelo institucionalista-histórico afirma que las normas y las tradiciones jurídicas no son solo regulaciones, sino que también estructuran sistemas de percepciones, actitudes y motivaciones de los magistrados, las cuales influyen en sus decisiones.⁸

Por último, *el modelo de elección racional* se concentra en la *acción estratégica* de los magistrados es decir en la “conducta de los magistrados al menos parcialmente interdependiente respecto a las preferencias y posibles acciones de otros actores relevantes”.⁹

5 Artículo 3 de la Ley Orgánica de Control Constitucional.

6 J. Segal y Harold Spaeth. *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*. Cambridge, Cambridge University Press, 2002, p. 48.

7 Segal, Jeffrey A. “Supreme Court Deference to Congress: an examination of the Marxist Model”. *Supreme Court Decision-Making: new Institutionalism Approaches*. Eds. Cornell Clayton and Howard Gillman. Chicago, University of Chicago Press, 1999.

8 Clayton, Cornell. “The Supreme Court and Political Jurisprudence: new and Old Institutionalisms”. *Supreme Court Decision-Making: new Institutionalism Approaches*. Eds. Cornell Clayton and Howard Gillman. Chicago, University of Chicago Press, 1999, p. 4; Hilbink, L., *Judges beyond Politics in Democracy and Dictatorship*. New York, Cambridge University Press, 2007.

9 Maltzman, Forrest, James F. Spriggs, II, y Paul J. Wahlbeck. “Strategy and Judicial Choice: New Institutionalism Approaches to Supreme Court Decision-Making”. *Supreme Court Decision-Making: New Institutionalism Approaches*. Eds. Cornell Clayton and Howard Gillman. Chicago, University of Chicago Press, 1999, p. 47.

El *enfoque estratégico*, por tanto, parte del supuesto de que los jueces son actores estratégicos racionales. A diferencia del modelo jurídico actitudinal que sostiene que los jueces expresan sus políticas preferidas o su propia interpretación de la ley en los fallos, un enfoque estratégico hace hincapié en cómo los jueces se hallan políticamente condicionados al decidir un caso.¹⁰ Sin embargo, estos condicionamientos pueden ser internos o externos al tribunal.

En efecto, los magistrados constitucionales pueden enfrentar condicionamientos de dos tipos: endógenos y exógenos. Los *condicionamientos endógenos* se refieren a las instituciones internas del tribunal que limitan la capacidad de los magistrados para traducir sus preferencias a resultados de política jurídica, algunas de estas instituciones son la distribución de tareas en la admisión de casos o en la redacción de ponencias o proyectos de sentencias y la presentación de opiniones por escrito.¹¹

En otras palabras, el comportamiento de un magistrado se ve condicionado por el de los otros magistrados del tribunal. En consecuencia, los magistrados tienen que tomar decisiones estratégicas no solo en sus votos finales de las sentencias dictadas por el pleno de la Corte, sino también a lo largo de un complejo proceso de múltiples fases previas a estos votos finales.¹² De la misma manera, los tribunales jerárquicamente superiores pueden limitar o controlar el comportamiento de los tribunales inferiores mediante sanciones administrativas¹³ (por ejemplo, impedir la promoción de los jueces y el consiguiente incremento de sus salarios), cuando los tribunales inferiores no siguen las políticas judiciales preferidas de aquellos.¹⁴

10 Baum, Lawrence. *The Puzzle of Judicial Behavior*. Ann Harbor, Michigan, The University of Michigan Press, 1997; Lee Epstein, Olga Shvetsova y Jack Knight, “The Role of Constitutional Courts in the Establishment and Maintenance of Democratic Systems of Government”, *Law & Society Review* 35, 1998, p. 117.

11 Maltzman, Spriggs and Wahlbeck. “Strategy and Judicial Choice: New Institutionalist Approaches to Supreme Court Decision-Making”. Epstein y Knight, 1998.

12 Hammond, T. H., Chris W. Bonneau and Reginald S. Sheehan. *Strategic Behavior and Policy Choice on the U.S. Supreme Court*. Stanford, Stanford University Press, 2005.

13 Por supuesto, en el caso latinoamericano la existencia de consejos de la judicatura como órganos especializados en la administración judicial debería moderar o excluir esta posibilidad, pero este no es siempre el caso; por el contrario, se producen situaciones en que el propio Consejo atenta contra la independencia interna de los jueces.

14 Hilbink, L. *Judges beyond Politics in Democracy and Dictatorship*. New York, Cambridge University Press, 2007.

Las *limitaciones exógenas*, a su vez, se refieren a las influencias políticas provenientes de otras instituciones públicas o funciones del Estado. El *enfoque de separación de poderes* estudia estas limitaciones externas. La idea fundamental de este enfoque es que los magistrados son actores estratégicos cuyas decisiones están condicionadas por el Congreso y por el Presidente cuando se hallan bajo ciertas condiciones institucionales. Bajo estas condiciones en lugar de dictar sentencia en base a la ley o a sus propios valores, los magistrados calculan sistemáticamente las posibles reacciones de otros actores institucionales como el legislativo y el ejecutivo. La mayor parte de la literatura sobre política judicial estadounidense que utiliza este enfoque se refiere a la interpretación de leyes por parte de la Corte Suprema,¹⁵ pero una parte de estas investigaciones también se refieren a cuestiones constitucionales.¹⁶ En ambos casos, el de la interpretación legal y el de la constitucional, los jueces tratan de evitar conflictos con las autoridades de elección popular emitiendo fallos que estén lo más cerca posible de las preferencias de estas autoridades.¹⁷

Dado el sistema de períodos vitalicios de los jueces de la Corte Suprema de los EE.UU., la literatura estadounidense, y específicamente la investigación de separación de poderes, no estudia el impacto de la reelección sobre la dirección de las sentencias a nivel federal. Sin embargo, la nominación y el nombramiento de los jueces son reconocidos como un fenómeno político importante. De hecho, el 90 por ciento de los nombramientos realizados por el Presidente tanto para la Corte Suprema de los EE.UU., como para los tribunales federales recaen en jueces miembros o simpatizantes de su partido.¹⁸

15 Ferejohn, John and Barry R. Weingast. "Positive Political Theory and Public Law". *Georgetown Law Journal* 565: 565-579, 1992a; Eskridge, William N. Jr. "Overriding Supreme Court Statutory Interpretation Decisions". *Yale Law Journal*, 101, 1991, pp. 331-455; Segal, Jeffrey A. "Supreme Court Deference to Congress: An examination of the Marksist Model". *Supreme Court Decision-Making: New Institutionalism Approaches*. Eds. Cornell Clayton and Howard Gillman. Chicago, University of Chicago Press, 1999.

16 Murphy, Walter F. *Congress and the Court*. Chicago: University of Chicago Press, 1962; Knight, J. and L. Epstein. "On the Struggle for Judicial Supremacy". *Law and society Review*, n.º 30, 1996, pp. 87-120.

17 Lawrence Baum, *The Puzzle of Judicial Behavior*.

18 Peretti, 1999.

En los tribunales estadounidenses a nivel estatal la reelección de jueces por parte de los votantes –antes que por parte del Congreso, el presidente u otros órganos– es un tema importante de investigación científica porque la mayoría de los jueces en los EE.UU. deben hacer frente a estos votantes para conservar sus cargos.¹⁹ Es interesante que, tal como lo menciona Helmke,²⁰ esta literatura proporciona un útil repertorio de ideas para estudiar comparativamente las altas cortes en los países en desarrollo.

Por otra parte varias investigaciones de política judicial en América Latina han utilizado el enfoque de *separación de poderes* para el estudio de las relaciones entre la Corte Suprema y el Ejecutivo.²¹ De acuerdo con estos estudios, los magistrados tienden a estar condicionados cuando el Presidente controla una mayoría legislativa (gobierno unificado) porque aquel puede ejercer acciones de control sobre la Corte, tales como amenaza o impulso real de un juicio político, modificación del número de miembros de la Corte (court-packing), restricciones de sus competencias, presupuesto o incluso impulso a reformas legales o constitucionales que ataquen la jurisprudencia de la Corte o a la Corte misma. Frente a estas amenazas, los jueces tenderían a someterse a las preferencias del Presidente y a disminuir el número de sentencias que declaran la inconstitucionalidad de decretos presidenciales o leyes apoyadas por el presidente.

En contraste, cuando el gobierno está dividido (es decir, cuando el presidente no controla una mayoría legislativa) se dan condiciones mucho más adecuadas para la independencia judicial, pues esta dispersión del poder supuestamente diluye las restricciones políticas antes mencionadas permitiendo a los magistrados juzgar sobre la base de sus propias preferencias políticas o ceñirse a su propia interpretación de la ley y de la Constitución.

No obstante, su lógica casi intuitiva, la teoría de que el Gobierno unificado tiende a impedir la independencia judicial y de que el Gobierno dividido la mejora se basa en varios supuestos que conviene explicitar:

19 Hall and Bonneau. "Does quality matter? Challengers in state Supreme Court Elections". *American Journal of Political Science*, n.º 50, 2006, pp 20-33.

20 Helmke, Gretchen. *Court under constraints: judges, generals, and presidents in Argentina*. Cambridge, New York, Cambridge University Press, 2005.

21 Chávez, 2004; Iaryczower, Matias, Pablo T. Spiller and Mariano Tomás. "Judicial Independence in Unstable Environments. Argentina 1935-1998". *American Journal of Political Science* 46(4), 2002, pp. 699-716.

- *Los magistrados quieren permanecer en el cargo* (ambición de inamovilidad). Mantenerse en el cargo es necesario incluso para los magistrados que persiguen otros objetivos tales como el desarrollo de sus propias políticas judiciales, el cultivo de su reputación personal o el fortalecimiento de la legitimidad institucional de la Corte, porque para alcanzar cualquiera de estos objetivos necesitan continuar siendo magistrados.²²
- *Los jueces tienen períodos vitalicios²³ o períodos largos sin reelección.* En estas condiciones, el juicio político es el único procedimiento formal para su destitución, la cual normalmente requiere que el Presidente cuente al menos con una holgada mayoría en el Congreso (Gobierno unificado), además de cumplir otros probables requisitos o condiciones constitucionales.
- *La oposición en el Congreso no tiene poder para entablar un juicio político.* Solo un gobierno unificado tiene mayoría legislativa para destituir a los magistrados, mientras que un Gobierno dividido implica que la oposición no alcanza esa mayoría en el Congreso, y por lo tanto que los magistrados están seguros en sus cargos y son independientes.

Vamos a examinar cada uno de estos supuestos y las relaciones entre los mismos en función de la teoría de la separación de poderes.

- 1) *Ambición de inamovilidad.* En principio, el supuesto de que los magistrados siempre quieren permanecer en sus cargos parece bastante razonable teniendo en cuenta que los tribunales constitucionales ocupan siempre el más alto nivel jerárquico en el sistema de justicia. Los magistrados constitucionales generalmente perciben buenos salarios, gozan de un alto estatus y de una clara influencia política que les da renombre profesional incluso después de dejar el cargo, siendo todos estos incentivos los adecuados para aquellos abogados interesados en ser miembros del Tribunal Constitucional.

22 Gretchen Helmke, *op. cit.*, 2005.

23 Los períodos vitalicios generalmente incluyen un límite de edad, pero tales límites no vuelven inseguro al cargo.

Sin embargo, este supuesto no es incuestionable o evidente por sí mismo. Está claramente vinculado a determinadas características institucionales de la Corte Suprema de los EE.UU. tales como su período, el lugar dentro de la jerarquía judicial, su alto prestigio y la casi nula probabilidad de un juicio político.²⁴ Empero, a nivel comparado, el período vitalicio es solo uno entre muchos posibles tipos de períodos tal como se muestra más adelante en un cuadro construido sobre una muestra de países de América Latina.

Además, en algunos países el control constitucional de última instancia no se concentra en un solo tribunal sino en dos o más, como es el caso de aquellos países en los que un tribunal constitucional coexiste con una corte suprema, la que también cuenta con algunos poderes de control constitucional.²⁵ También los niveles de prestigio de los magistrados y la frecuencia de los juicios políticos en su contra varían ampliamente entre países. Por lo tanto, el estudio empírico de la forma en que este supuesto se aplica a tribunales con diferentes entornos institucionales es claramente relevante para avanzar en la comprensión sobre cuáles son las verdaderas metas de los magistrados.

- 2) *Periodos vitalicios o períodos largos sin reelección.* Este supuesto también constituye una entre diversas opciones institucionales. Este es un supuesto natural en los estudios sobre la Corte Suprema de los EE.UU. dado su sistema de período vitalicio. Sin embargo, entre dieciocho países de América Latina examinados más adelante, solo los jueces de los más altos tribunales de la Argentina y de Brasil tienen períodos vitalicios. En Chile, hasta la reforma constitucional de 2005, existía un mandato de ocho años, con posibilidad de reelección inmediata y con una edad límite de 75 años, actualmente no hay reelección. En México el período es de quince años sin reelección y con un límite de edad de 75 años.

Sin embargo, entre estos dieciocho países, diez de ellos tienen diferentes formas de reelección. Por ejemplo, en Ecuador,²⁶ Honduras y

24 De acuerdo con Rohde y Spaeth y con Segal y Spaeth estos jueces no están obligados a rendir cuentas directas a un electorado y carecen de ambición por un cargo más alto lo cual les permite concentrarse en el contenido de la política legal y en aspectos jurídicos de sus sentencias.

25 Por ejemplo Chile.

26 La nueva Constitución de Ecuador, promulgada en el 2008, incrementó el período de los jueces a nueve años pero sin reelección.

Guatemala los períodos son más cortos (cuatro, cuatro y cinco años, respectivamente) y existe posibilidad de reelección inmediata.^{27/}*

Curiosamente, los países de América Latina en los cuales los investigadores encuentran que el Gobierno dividido propicia la independencia judicial son países donde los magistrados tienen períodos vitales o períodos largos: Argentina, México y Chile.

- 3) *La mayoría legislativa de oposición, lo cual implica un gobierno dividido, no tiene los votos para impulsar un juicio político.* De acuerdo con la teoría de separación de poderes, en un Gobierno dividido tanto el Gobierno como la oposición están imposibilitados de alcanzar la mayoría legislativa necesaria para destituir a los magistrados mediante juicio político. Este supuesto puede ser razonable para sistemas políticos bipartidistas o para los sistemas de partidos organizados en dos coaliciones legislativas estables y relativamente coherentes, pero no es adecuado para los países con sistemas altamente fragmentados de partidos, donde el partido del Presidente tiene pocos votos y las coaliciones legislativas son fluidas y volátiles. En estos casos, un Presidente que lidera una coalición legislativa, así como también una coalición legislativa de oposición, pueden controlar los procesos de nombramiento y reelección de los magistrados constitucionales ejerciendo así influencia en el comportamiento de los mismos. Más adelante se volverá sobre esta hipótesis en una sección específica sobre las coaliciones legislativas.

Cuando los períodos de los magistrados constitucionales son cortos, cuando su reelección puede ser inmediata e ilimitada y la legislatura es muy fragmentada, un Gobierno dividido, contrariamente a lo planteado por la teoría de división de poderes, no garantiza la independencia judicial.

De hecho, en un Gobierno dividido en que no se cumplan todos los supuestos descritos anteriormente, el Congreso puede ejercer con más fuerza que el Presidente su influencia sobre los magistrados constitucionales. Esta influencia es proporcional al nivel de control que ejerce el Congreso

27 Navia, Patricio y Julio Ríos-Figueroa. "The Constitutional Adjudication Mosaic of Latin America", pp. 189-217.

* Nota del editor: la Constitución de 2008 establece en su artículo 432 que el período de los jueces de la Corte Constitucional sería de 9 años, sin reelección inmediata y su renovación será por tercios cada tres años.

sobre el nombramiento, la reelección en los cargos y sobre la capacidad de remoción de los magistrados mediante juicio político. Cuanto mayor es el poder del Congreso sobre los nombramientos, mayor será el interés de los legisladores y de los partidos políticos para impulsar un juicio político y poder reemplazar a los jueces independientes o progobierno por jueces que respondan a los intereses de la oposición en el Congreso.

De lo anterior, se deriva que los magistrados constitucionales pueden depender del Presidente, pueden depender de la oposición legislativa, o pueden ser independientes de ambos, de acuerdo a la combinación de períodos de estos jueces (vitalicio, con reelección o sin reelección), a la duración de su propio período como magistrados (largo o corto) y a fuertes o débiles poderes partidistas, sean del Presidente o del Congreso, para destituir a estos magistrados.

En un gobierno dividido, los magistrados constitucionales tienden a ser más independientes cuando detentan el cargo en forma vitalicia o por períodos largos sin reelección.²⁸ Sin embargo, la reelección inmediata hace que los magistrados sean dependientes tanto en un gobierno unificado como en uno dividido. Si los magistrados constitucionales quieren permanecer en sus cargos y pueden ser reelegidos, ellos responderán a quienes pueden reelegirlos. Este poder puede estar en manos de un Presidente con mayoría en el Congreso o de una mayoría legislativa de *oposición* (incluyendo una coalición). Cuando no existe una mayoría legislativa que permita la destitución o reelección de los magistrados, estos serán independientes.

La investigación empírica sobre política judicial en diversos países latinoamericanos nos da una visión general de los períodos de los magistrados constitucionales, de los poderes partidistas del Presidente²⁹ y de la independencia de estos magistrados. En el cuadro que consta a continuación, se resumen parte de estos resultados, manteniendo como constantes el supuesto de las ambiciones de inamovilidad (el objetivo de los magistrados de ser reelectos) y debilitando el supuesto de una oposición pasiva

28 Con excepción de las situaciones estudiadas por Helmke en las que los períodos vitalicios no son respetados, fomentando así el comportamiento estratégico de los magistrados.

29 Las categorías para esta variable corresponden a un fuerte poder partidista (Gobierno unificado con la capacidad de juicio político) y una oposición fuerte (con capacidad de juicio político).

en el Congreso. Se incluyen además las duraciones de los períodos de los magistrados y los poderes partidistas como variables institucionales. En la columna titulada *ejemplos* se incluyen los países o provincias de los países en donde se llevó han desarrollado estudios empíricos en distintos años. En la columna titulada *investigación* se indica el nombre de los investigadores que desarrollaron estos estudios para cada país o región.

La mayoría de investigaciones de política judicial latinoamericana se han concentrado en situaciones que se resumen desde la línea uno hasta la seis; esto es magistrados con períodos vitalicios, lo cual está vinculado al período y a la influencia del Presidente sobre el Congreso.

El presente análisis destaca las condiciones descritas desde la línea siete hasta la diez, y en especial la situación de reelección de los magistrados constitucionales en los cargos durante los períodos cortos, ejemplificadas por Ecuador durante el período 1978-2004. En la línea cinco, Ecuador aparece como un sistema sin reelección y con períodos largos (nueve años); esto se debe a la promulgación de la nueva Constitución de Ecuador en 2008. Nótese que en el cuadro se incluyen solo los países con sistemas de nombramiento de magistrados por parte de otros órganos públicos, con exclusión de los sistemas en que los jueces constitucionales o de la Corte Suprema son elegidos por votación de los ciudadanos, tal como sucede en algunos Estados de los Estados Unidos. De hecho, todos los países latinoamericanos, exceptuando Bolivia, excluyen las elecciones populares entre sus sistemas de selección judicial. En Centroamérica los jueces son nombrados siempre por diferentes organismos, sean estos judiciales, administrativos o políticos. En consecuencia, los sistemas de estos países no son comparables a los que incluyen elecciones populares de magistrados.³⁰

30 En los Estados Unidos la diversidad de sistemas para la designación de los jueces de las cortes supremas estatales, (elecciones partidistas y no partidistas, nombramiento por parte del legislativo o por el gobernador y nombramiento por méritos) ha facilitado estudios comparados (Epstein, Knight y Shvetsova 2000). En comparación con el nombramiento por parte del Congreso, el Presidente u otros órganos, la elección popular directa de magistrados es un sistema más competitivo y da como resultado tasas más altas de reelección popular para los jueces o magistrados en funciones. Champagne, A., “The Politics of Judicial Selection”. *The Policy Studies Journal* 31(3), 2003; Hall, M. Gall and C. W. Bonneau. “Does Quality Matter?, Challengers in State Supreme Court Elections”.

Períodos judiciales e independencia judicial en América Latina							
	Período	Duración del	Poderes* partidarios	Depende de:		Ejemplos	Investigación
	Período			Presidente	Oposición		
1	Vitalicio	---	Alto (Unificado)	Sí	No	Argentina (1946-83/1989-97), San Luis (1983-2003)	Chávez 2004; Helmke 2005
2	Vitalicio	--	Bajo (Dividido)	No	No***	Mendoza (1995-2003) Brazil (1998 2003)	Chávez 2004; Helmke 2005; Arantes 2005
3	No reelección	Corto****	Alto (Unificado)	Sí	No		
4		Corto	Bajo (Dividido)	No	No		
5	No reelección	Largo	Alto (Unificado)	Sí	No	México (PRI era)**, Venezuela (2004-2007) Ecuador (2007...)	Magaloni and Sanchez 2001; Pérez Perdomo 2005
6	No reelección	Long	Bajo (Dividido)	No	No	Chile después de 2005	Nogueira 2005
7	Reelección	Corto	Alto (Unificado)	Sí	No	Honduras 2005	Ramos 2005
8	Reelección	Corto	Bajo (Dividido)	No	Sí	Ecuador (1978-2007)	
9	Reelección	Largo****	Alto (Unificado)	No	No		
10	Reelección	Largo****	Bajo (Dividido)	No	No	Chile antes de 2005	Scribner 2004 Hilbink 2007

* Las categorías para esta variable corresponden a un fuerte poder partidista (gobierno unificado con la capacidad de juicio político) y una oposición fuerte (con capacidad de juicio político). La situación de estancamiento o deadlock (en que nadie puede hacer mucho) no está incluida.

** Cuando el actual Tribunal fue nombrado en 1995, el PRI aún gozaba del control totalmente mayoritario del Senado y podía controlar el proceso de nombramiento.

*** Siguiendo a la literatura en la materia, estoy suponiendo una oposición sin la mayoría necesaria para proceder con el juicio político.

**** Asumo como período corto uno de hasta cinco años o menos; como período largo uno de más de cinco años. Cuando un período es largo, un juez es independiente al comienzo del período. Sin embargo, asumiendo las ambiciones de inamovilidad, él será dependiente al final del período, a medida que se aproxima el momento de su reelección.

II. Jueces y coaliciones legislativas

El tercer supuesto de la teoría de separación de poderes, la afirmación de que un congreso de oposición no tiene poder para entablar un juicio político u otras medidas eficaces de retaliación que afecten el comportamiento de los magistrados constitucionales, es puesto en duda por las posibles repercusiones de las coaliciones legislativas.

Este supuesto se basa en la idea de que en un *gobierno dividido* ni el Presidente ni la oposición cuentan con la mayoría legislativa necesaria para amenazar, designar, destituir o reelegir a los jueces (Chávez, 2004). Tal situación es especialmente clara en los sistemas bipartidistas, aunque de acuerdo con esta lógica, el mayor número de actores políticos presentes en los sistemas multipartidistas propiciaría también un gobierno dividido y, por lo tanto, mayor independencia judicial.

Una crítica a este planteamiento consiste en observar que la fragmentación partidaria no es estática; los partidos políticos pueden formar coaliciones legislativas para apoyar u oponerse al gobierno, estas coaliciones pueden ser mayoritarias y por tanto nombrar, amenazar, destituir o reelegir a los magistrados constitucionales. De hecho, los estudios de política legislativa latinoamericana han descubierto que los presidentes con minoría legislativa han sido capaces de ensamblar coaliciones legislativas de Gobierno en sistemas presidencialistas, mediante la distribución de incentivos tales como cargos en gabinetes³¹ prospectos de estabilidad política general beneficiosa para el futuro de toda o gran parte de la clase política³² beneficios políticos selectivos (clientelismo) sea a los partidos políticos o a legisladores individuales.

Si la formación, fuerza y colapso de las coaliciones legislativas tienen efectos sobre la capacidad del Presidente para impulsar sus propias políticas y legislación, también debe analizarse si estas coaliciones influyen en quienes potencialmente pueden declarar inconstitucionales estos actos o

31 Amorin, Neto. "Presidential Cabinets and Legislative Cohesion in Brazil". *Legislative Politics in Latin America*. Eds. Scott Morgenstern and Benito Nacif. Cambridge, Cambridge University Press, 2002.

32 Carey, John and M. S. Shugart. *Executive Decree Authority*. New York, Cambridge University Press, 1998.

normas: los magistrados constitucionales. De la misma forma como sucede en un *Gobierno unificado*, las coaliciones legislativas en sistemas fragmentados pueden alcanzar la mayoría requerida para entablar un juicio político o para la designación de estos magistrados. Este poder puede verse favorecido por ciertas condiciones institucionales tales como períodos cortos de los magistrados, el requisito de mayoría simple para iniciar un juicio político contra ellos o el poder para decidir su reelección inmediata en el cargo.

En un legislativo fragmentado la minoría legislativa que apoya al Presidente intentará no solo aprobar las leyes presentadas por este, sino que también tratará de evitar declaratorias de inconstitucionalidad de esas leyes por parte del Tribunal Constitucional. Con el fin de obtener estos objetivos, la coalición de gobierno nombrará o amenazará, destituirá o reelegirá a los magistrados constitucionales con el propósito de asegurar esta suerte de deferencia jurisdiccional constitucional a la legislación del Gobierno. De la misma manera, la oposición tratará también de formar una coalición para vetar las leyes del Presidente, e intentará nombrar magistrados constitucionales que tiendan a declarar la inconstitucionalidad de esa legislación.

Sin embargo, la cohesión y la duración de las coaliciones legislativas pueden variar ampliamente. Si las coaliciones tienen alta cohesión y son estables, la situación es relativamente comparable a un sistema bipartidista. Si una coalición mayoritaria sólida respalda al Gobierno esta situación política en cierta medida se asemeja a la de un Gobierno unificado, lo cual, según la *teoría de división de poderes*, disminuiría la independencia judicial. Si la coalición de la oposición controla la mayoría legislativa, esto puede asimilarse a un gobierno dividido, lo que supuestamente aumentaría la independencia judicial.

Pero si en una legislatura altamente fragmentada las coaliciones son también de corta duración, esta inestabilidad política puede también afectar a los magistrados constitucionales. En algunos sistemas presidenciales, cuando una coalición de mayoría se erosiona y es desplazada por una nueva coalición, la nueva mayoría puede ejercer control del mismo modo que en un sistema parlamentario (Mejía Acosta y Polga-Hecimovich, 2010). Los miembros de la nueva coalición pueden exigir puestos en el

gabinete, asignaciones presupuestarias y, sobre todo y lo más importante para el presente análisis, cargos judiciales. En otras palabras, si la fragmentación conduce a inestabilidad en las coaliciones legislativas, es probable que estas devengan en condiciones adversas para la independencia judicial.

Además, si los períodos de los magistrados constitucionales son cortos, estos jueces prestarán más atención a la dinámica de las coaliciones legislativas dentro del tiempo de sus propios períodos antes que al decurso de los períodos presidenciales. Como se indicó al analizar el supuesto de períodos largos de los magistrados, la vía formal para su destitución es el juicio político. Sin embargo, si el período es corto, los magistrados, asumiendo que quieren seguir en sus cargos (ambiciones de inamovilidad), tendrán también que crear las condiciones políticas para su reelección sobre todo al final de sus propios períodos.

Las condiciones políticas para que un magistrado constitucional sea reelecto en un sistema de partidos altamente fragmentado están, a su vez, relacionadas con la formación, la cohesión y el colapso de las coaliciones legislativas que detentan el poder de reelección al final del período constitucional de los jueces. Debido a que el Presidente controla directamente solo unos pocos votos dentro del Congreso³³ y que las coaliciones legislativas que él forma tienden a ser inestables debido al alto número de partidos políticos; un magistrado que busca su reelección puede tener dificultades para permanecer aliado con el Presidente al final de su propio período. Si quiere ser reelecto este magistrado tendrá que buscar el mayor número de votos posibles en el legislativo al margen de los votos del Presidente y de los votos de su propio partido, incluyendo así los votos de la oposición. De este modo, al final de su mandato, los jueces constitucionales, incluso los que apoyan al gobierno, deberán sentenciar con mayor frecuencia en contra del Gobierno.

La mayor parte de las investigaciones sobre políticas judiciales en América Latina se concentran en países en donde los períodos de los magistrados constitucionales son más largos que los del Presidente o de los legisladores, como los casos de Argentina, México o Chile. En estas

33 Asumiendo que el controla los votos de su propio partido político.

condiciones institucionales, la deserción o la delegación estratégica³⁴ puede tener mucho más sentido que en países como Ecuador³⁵ y Honduras, donde los períodos de los jueces son cortos y donde la reelección es posible.* En el primer caso, los jueces formalmente tienen estabilidad en sus cargos pero necesitan evitar el juicio político por parte de la mayoría legislativa que apoya al presidente entrante. En el segundo caso, cuando los períodos de los magistrados son cortos y pueden ser reelegidos, lo que realmente importa es el curso del tiempo dentro de los propios períodos de los magistrados porque la potencial reelección está marcada por el fin de sus propios períodos. Es en este momento y no al final del período del Presidente que las coaliciones legislativas reelegirán a los magistrados, mientras que en un Legislativo fragmentado las probabilidades de juicio político están vinculadas a las cambiantes coaliciones legislativas más que al inicio o fin un nuevo período presidencial.

Control constitucional abstracto

El control constitucional abstracto, la variable dependiente del presente análisis, es la función políticamente más relevante de cualquier Corte Constitucional. El poder declarar inconstitucional una ley u otras normas jurídicas promulgadas por el legislativo y ejecutivo coloca necesariamente al Tribunal o Corte Constitucional en el juego político. Según el diseño institucional de que se trate una Corte Constitucional puede realizar control abstracto de constitucionalidad antes, durante y después del proceso de formación de una ley.³⁶ En algunos países, la Corte también puede vetar las reformas constitucionales y los tratados internacionales. Además,

34 Nos referimos a la teoría desarrollada por Helmke por la cual los magistrados tienden a desertar del apoyo al Presidente una vez que observan que se ha debilitado políticamente y no será reelegido para un nuevo período.

35 En el caso ecuatoriano, el período corto de cuatro años establecido en la Constitución de 1998 fue sustituido en la Constitución del 2008 por un período largo de nueve años.

* Nota del editor: el artículo 432 de la Constitución de 2008 establece que los jueces de la Corte Constitucional serán elegidos por un período de 9 años, sin posibilidad de reelección.

36 Patricio Navia y Julio Ríos-Figueroa. “The Constitutional Adjudication Mosaic of Latin America”, *Comparative Political Studies* 38(2), 2005, pp. 189-217.

algunas cortes constitucionales deciden sobre la constitucionalidad de las normas electorales, incidiendo así directamente sobre el mapa político.

El control abstracto es un buen indicador de la independencia judicial. El concepto de independencia judicial es complejo puesto que, como dijimos, comprende dimensiones tanto normativas como empíricas.³⁷ En todo caso, el control abstracto ofrece información parcial pero importante sobre el grado de independencia de un Tribunal Constitucional. Para fines de investigación empírica, *Iaryczower, Spiller y Tommasi*³⁸ han definido la independencia judicial como “el grado en que los jueces pueden reflejar sus preferencias en sus fallos sin sufrir represalias por parte del Congreso o del Presidente”. Este es un buen concepto operativo de independencia judicial ya que pone de relieve las relaciones de poder concretas relacionadas con las sentencias constitucionales de control abstracto. Debido a que estas sentencias se refieren directamente a productos normativos de los poderes políticos, aquellas proporcionan información valiosa sobre los niveles de independencia judicial. Recurriendo a la medición estándar del control abstracto de constitucionalidad los estudios estadísticos en esta materia utilizan una variable dicotómica que indica si una ley u otra norma jurídica fue o no considerada como inconstitucional en la votación de cada magistrado en el pleno del Tribunal. Dentro de estas investigaciones, puede analizarse si los magistrados constitucionales votan de la misma manera cuando se pronuncian sobre los casos políticos en comparación con otros casos sin relevancia política.

Las investigaciones empíricas sobre política judicial tienden a identificar el voto de los jueces ya sea como una conducta estratégica o como una conducta sincera. Sin embargo, no está claro por qué un tipo de conducta ha de excluir por completo a la otra. Los magistrados constitucionales podrían decidir, por ejemplo, de un modo estratégico durante algunos momentos específicos o cuando se pronuncian sobre ciertas cuestiones de

37 Linares, Sebastián. “La Independencia Judicial: Conceptualización y Medición”. *Independencia Judicial en América Latina: ¿de quién? ¿para qué? ¿cómo?* Bogotá, Ed. Germán Burgos, (ILSA) 2003.

38 Iaryczower, Matias, Pablo T. Spiller and Mariano Tomás. “Judicial Independence in Unstable Environments, Argentina 1935-1998”. *American Journal of Political Science*, 46(4), 2002, pp. 699-716.

gran relevancia política, mientras que los mismos magistrados de esa Corte podrían declarar sus preferencias sinceras en otras ocasiones o en la votación de casos sin relevancia política.

De hecho, los magistrados que operan en estos dos niveles o dimensiones integran probablemente el prototipo de la mayoría de cortes constitucionales de América Latina. A diferencia de la Corte Suprema de EE.UU., la mayoría de las cortes constitucionales de América Latina no pueden seleccionar discrecionalmente sus casos, y se pronuncian sobre muchos casos que son de interés solo para las partes implicadas. Las mismas Cortes de América Latina se pronuncian en otros casos que implican cuestiones políticas claves en los que participan actores como el Congreso, los partidos políticos, el Presidente y poderosos grupos de presión. Estos casos son reportados continuamente por la prensa, e incluso a veces provocan reacciones del Congreso o del Presidente, tales como las amenazas de juicio político contra los magistrados constitucionales, así como las reacciones de otros actores políticos.

Esta situación es comparable a la develada por las investigaciones de políticas judiciales en los Estados Unidos donde se ha detectado que diferentes materias tienen diferentes niveles de relevancia política para los magistrados y para otros actores involucrados en un caso. Por ejemplo, Langer³⁹ ha encontrado estas diferencias estudiando las sentencias en las cortes supremas estatales. El ámbito de los conflictos (número de actores involucrados) y el tipo de conflicto (importancia ideológica) determinan las repercusiones políticas y la importancia de los casos para los actores políticos.

En todo caso es también necesario analizar el control abstracto de las leyes respecto al control constitucional sobre otras normas jurídicas tales como decretos, reglamentos y resoluciones. Puesto que las leyes constituyen las normas más generales después de las normas constitucionales y dado que su procedimiento de aprobación es complejo, por lo general tienden a involucrar a una mayor cantidad de actores políticos –sobre todo actores institucionales y partidistas– comparado con la producción de otras normas tales como decretos, resoluciones y otras normas promulgadas

39 Langer, L. *Judicial Review in State Supreme Courts*. New York, State University of New York, 2002.

exclusivamente por el Ejecutivo. De la misma manera, muchos temas cruciales dentro de las áreas de política pública ideológicamente cargadas, tales como la economía, el trabajo, la seguridad social o las elecciones, son también regulados por la ley. En consecuencia, cuando una Corte Constitucional declara inconstitucional una ley, la relevancia política de esta sentencia propende a ser más alta que las sentencias dictadas cuando la norma demandada es de una “jerarquía jurídica inferior”.

La jerarquía jurídica superior de una ley con respecto a la jerarquía inferior de otras normas se refiere no solo a una situación jurídica formal, sino que tiene importantes dimensiones y consecuencias políticas. A diferencia de la promulgación de normas jurídicas por el Ejecutivo, la promulgación de una ley implica necesariamente la interacción entre los poderes ejecutivo y legislativo. Frecuentemente, este proceso legislativo es regulado cuidadosamente por las constituciones y por leyes específicas de regulación del órgano legislativo; de hecho, la variación de unos países a otros en sus instituciones legislativas, tales como las facultades de iniciativa o veto, pueden cambiar profundamente el equilibrio de poder entre los presidentes y los congresos.⁴⁰

A menudo, las constituciones también establecen la reserva de ley para la regulación de determinados temas políticos de alto perfil, tales como la regulación de derechos fundamentales, los impuestos, los presupuestos o las reformas constitucionales. En consecuencia, el debate legislativo sobre las leyes está acompañado de la participación de los partidos políticos, de los grupos de presión, de las élites y de los líderes de la opinión pública. Además, las leyes generalmente establecen el marco y los procedimientos básicos que restringen formalmente la elaboración de normas jurídicas por parte del Ejecutivo.

Debido a todas estas características, los medios de comunicación tienden a dar mayor cobertura a la promulgación de leyes que a la de otras normas, lo que a su vez refleja y aumenta el interés de la opinión pública sobre ellas. Por supuesto, esta mayor relevancia política de las leyes sobre

40 En los estudios de políticas legislativas en América Latina, por ejemplo, las investigaciones sobre relaciones Congreso-Ejecutivo han atendido los poderes legislativos tales como el voto, el voto parcial y la iniciativa del presidente para presentar proyectos de ley y dictar decretos con fuerza de ley. John Carey y M. S Shugart, *Executive Decree Authority*.

otras normas jurídicas es relativa; no *todas las leyes* son igualmente importantes políticamente, y *algunas* normas provenientes del Ejecutivo pueden llegar a ser tan o más importantes políticamente que algunas leyes.

En el caso ecuatoriano, *Basabe Serrano*⁴¹ ha estudiado las sentencias de control constitucional abstracto sobre liberalización económica y desregulación laboral desde 1999 hasta 2007 utilizando el modelo actitudinal. Basabe ubica a los magistrados constitucionales ecuatorianos en una escala ideológica desde la extrema izquierda hasta la extrema derecha, recurriendo a entrevistas con abogados, asesores del Tribunal Constitucional (TC) y políticos. Este investigador encuentra que existen relaciones estadísticas significativas entre esta medición ideológica y los votos de los jueces del TC. Según Basabe, estos resultados demuestran que los magistrados votan de forma sincera. No obstante, Basabe también detecta una correspondencia con la preferencia ideológica de los partidos que auspiciaron los nombramientos de cada magistrado del TC. De acuerdo con Basabe la fragmentación legislativa y la participación de numerosas organizaciones y partidos políticos en el proceso de designación harían que los jueces del TC sean independientes del control ejercido por cualquier partido político específico.

Lo que *Basabe* y otros investigadores están captando al utilizar el modelo *actitudinal*, es un nivel o dimensión de las decisiones de las cortes constitucionales que tiene relación con sentencias en temas comunes que están sujetos a control constitucional. Estos temas comunes incluyen cientos de decretos y reglamentos promulgados por el Ejecutivo y que están relacionados con los asuntos normales de Gobierno, tales como las decisiones administrativas o los procedimientos para la aplicación de las leyes. Los partidos políticos en general no están interesados en el contenido o en la aplicación de estas decisiones comunes, y por lo tanto los jueces constitucionales son libres de expresar sus preferencias en estos casos.

41 Basabe, Santiago. "Las Preferencias Ideológicas y Políticas Judiciales: Un modelo actitudinal sobre el Voto en el Tribunal Constitucional del Ecuador". *América Latina Hoy*, 2008, 49: 157-177; también del mismo autor "Jueces sin toga: Políticas judiciales, preferencias ideológicas y proceso de toma de decisiones en el Tribunal Constitucional del Ecuador (1999-2007)". *Disertación previa obtención del grado de Ph.D*, Universidad Nacional de San Martín, 2009.

Por el contrario, otros temas, que generalmente toman la forma jurídica de leyes, afectan directamente al poder legislativo, al ejecutivo o a los partidos políticos. La promulgación de estas leyes específicas implica procedimientos parlamentarios y la participación directa de los partidos políticos en el Congreso. Además, algunas constituciones establecen que problemas claves, tales como los impuestos o los derechos constitucionales estén regulados exclusivamente por leyes (reserva de ley). En consecuencia, los conflictos sobre constitucionalidad de las leyes tienden a tener mayores impactos políticos que el control constitucional de otras normas.⁴² Las leyes afectan generalmente a un mayor número de personas que otras normas jurídicas, lo que puede tener consecuencias electorales, y por lo tanto importancia política para las autoridades públicas electas. En otras palabras, el ámbito de los conflictos o el número de actores involucrados en el control constitucional de las leyes tiende a ser mayor. Esta situación, a su vez, hace que los legisladores y el Gobierno presten más atención al control constitucional de las leyes que a la revisión de otro tipo de normas jurídicas. Cuando los jueces constitucionales dictaminan acerca de la constitucionalidad de las leyes, es mucho más probable que adopten una posición estratégica ya que los actores políticos tiendan a estar más interesados en esas decisiones.

III. El caso ecuatoriano

Ecuador es un buen caso para el estudio de políticas de control constitucional, al menos por dos razones: 1) la persistencia de un gobierno dividido desde el retorno a la democracia entre 1979 y 2007; y 2) las características institucionales del Tribunal Constitucional de Ecuador.

Los estudios recientes de política judicial en América Latina se han concentrado en ejecutivos o presidentes que cuentan con un fuerte apoyo legislativo (Argentina, México) o en presidentes con minoría que coexisten con coaliciones legislativas relativamente estables y con un poder judicial independiente (Chile). Sin embargo, los diversos niveles

42 Esta es una propensión relativa porque la mayoría de las leyes (pero no todas) tienen relevancia política, mientras que la mayoría de otras normas (pero no todas) tienen poca importancia política.

de fragmentación legislativa son una variable clave al estudiar las relaciones entre el Congreso y el Presidente, incluso de acuerdo con la teoría de la separación de poderes, la cual establece que cuanto mayor es la fragmentación legislativa, más fuerte es la independencia judicial.

De hecho, el caso ecuatoriano desafía la hipótesis de que un Gobierno dividido o un sistema legislativo altamente fragmentado aumentan la probabilidad de independencia judicial. En el período de estudio, 1997-2004 Ecuador tenía el sistema de partidos más fragmentado de América Latina después de Brasil. En promedio, el partido del Presidente controló solo el 26 por ciento de los escaños legislativos desde 1979 y ningún presidente obtuvo mayoría en el Congreso.⁴³ Los presidentes ecuatorianos han debido recurrir entonces a forjar coaliciones legislativas con otros partidos, coaliciones que han sido frágiles, de corta duración y con objetivos específicos.⁴⁴ Paradójicamente, el Presidente de Ecuador cuenta con una gran variedad de poderes, tales como los poderes de veto, de iniciativa en la presentación de proyectos de ley y de promulgación de decretos.

A diferencia de la mayor parte de las cortes constitucionales estudiadas en América Latina, cuyos magistrados ejercen sus cargos durante largos períodos, sin reelección, hasta el año 2008 los miembros del Tribunal Constitucional ecuatoriano ejercían sus cargos durante un período de cuatro años con posibilidad de reelección ilimitada. En Ecuador, los magistrados constitucionales eran nombrados y reelegidos por el Congreso Nacional. Dos de ellos eran postulados y nombrados directamente por el Legislativo y el resto eran seleccionados de las ternas enviadas al Congreso por diversos organismos nominadores. El Congreso nombraba a dos vocales de la terna presentada por el Presidente, dos magistrados de la lista facilitada por la Corte Suprema, un candidato de la terna enviada por los alcaldes y prefectos, un magistrado de la terna enviada por los sindicatos y los grupos organizados de indígenas, y un

43 Araujo, M. C. *et al.* "Political Institutions, Policy-making Processes, and Policy Outcomes in Ecuador". L. A. R. Network, Interamerican Development Bank, 2004, p. 49.

44 Mejía Acosta, J. A. "Ghost Coalitions, Economic Reforms, Fragmented Legislatures and Informal Institutions in Ecuador". Tesis de Ph.D, University of Notre Dame, 2004.

juez de la terna enviada por las cámaras de comercio.⁴⁵ Sin embargo, los partidos políticos eran los actores claves durante el nombramiento de los magistrados pues tenían gran influencia sobre las instituciones de nominación, tales como los municipios y los sindicatos de trabajadores. De hecho, la prensa ecuatoriana informaba ampliamente sobre el nombramiento de los magistrados del TC, sobre sus vínculos con los partidos políticos y sobre las negociaciones políticas para su nombramiento dentro del Congreso al nombrarlos o destituirlos, así como sobre la presión de los partidos políticos cuando el TC se pronunciaba sobre casos políticamente importantes.

El Tribunal Constitucional contaba con competencias importantes en virtud de la Constitución ecuatoriana de 1998. El TC tenía el poder para declarar inconstitucional una ley u otras normas jurídicas cuando esas normas eran demandas por el Presidente, el Congreso Nacional, el Tribunal Supremo, los municipios y los consejos provinciales, mil ciudadanos o cualquier ciudadano con el apoyo del Defensor del Pueblo. El Tribunal también era Corte de última instancia para decidir en los juicios de amparo.

Las prácticas y políticas institucionales relacionadas con el TC del Ecuador aportan a la investigación empírica sobre el papel que juega la duración de los períodos de los magistrados, la posibilidad de reelección y de juicio político. El TC en Ecuador fue constantemente objeto de amenazas o efectivamente de procedimientos de juicio político por parte del Congreso en el período 1997-2004. Curiosamente, estas amenazas y los juicios políticos se produjeron en un momento de intenso conflicto político sobre leyes específicas. A pesar de la gran inestabilidad de los magistrados del TC, alrededor del 30 por ciento de ellos fueron reelectos en sus cargos. Tal situación era favorecida por condiciones institucionales, tales como un mandato de cuatro años sin limitaciones para la reelección. Además la mayoría de los magistrados del TC tenían afiliaciones partidistas o estrechos vínculos con partidos políticos.

En resumen, el TC de Ecuador en el período 1997-2004 proporciona un excelente estudio de caso para observar las relaciones entre los jueces

45 La Provisión 275 de la Constitución ecuatoriana de 1998.

constitucionales y los partidos políticos. Incluso la prensa ecuatoriana y la opinión pública identificaban directamente a los magistrados del TC por sus tendencias o por su filiación partidista, suministrando información clara para una investigación empírica directa acerca de cómo las preferencias partidistas afectan el control constitucional.

IV. Conclusiones

El argumento teórico central en este ensayo es el de que los partidos políticos y el tiempo dentro de los períodos de los magistrados constitucionales influyen sobre el comportamiento de los mismos en los sistemas altamente fragmentados de partidos y bajo determinadas condiciones institucionales de elección de estos magistrados, tales como los períodos cortos en el cargo, el juicio político y la posibilidad de reelección.

Esta influencia de los partidos en los votos de los magistrados depende de las características institucionales y es selectiva. El nombramiento, la reelección y el juicio político pueden ser mecanismos útiles para que las coaliciones legislativas obtengan un comportamiento deferente y hasta subordinado por parte de los magistrados cuando sus períodos son cortos y cuando su posibilidad de reelección es inmediata. Sin embargo, los políticos no prestan igual atención a todos los casos de control constitucional. Del total de normas sometidas a control constitucional solo unas pocas, generalmente leyes, atraen la atención del Congreso y del Presidente y son reportados por los medios de comunicación como problemas nacionales, y eventualmente movilizan a los grupos de presión. En un sistema fragmentado de partidos la influencia partidista sobre los jueces implica costos para la coalición legislativa en el control e imposición de un comportamiento deferente por parte de los magistrados. Por lo tanto, surge una división natural entre los casos políticamente importantes y los casos estándar sin presión política. Mientras que algunas variables políticas ayudan a explicar los votos en los casos políticos, es posible que estas no tengan ninguna influencia cuando se analizan casos estándar sin relevancia política. Como consecuencia, un magistrado constitucional puede comportarse de manera estratégica en los casos políticos y votar sinceramente en casos sin importancia política.

La influencia partidista también está limitada por el tiempo en el curso del período de los magistrados ya que estos necesitan un apoyo más amplio en las votaciones legislativas a medida que se acerca el momento de una reelección. En un sistema fragmentado de partidos el número de votos legislativos controlados directamente por el partido que impulsó el nombramiento de un magistrado puede no ser suficiente para su reelección en el cargo. Por lo tanto, este magistrado tendrá que sumar los votos de la oposición para obtener una reelección. Como consecuencia, en muchos casos un juez podrá votar con sinceridad durante la mayor parte de su mandato, aprovechando la fragmentación política o la falta de presión política, actuando estratégicamente a la hora de votar sobre casos con un alto nivel de relevancia política y cuando se acerca el momento de su reelección.

El análisis es instructivo porque las variables clave examinadas, tales como los períodos, el juicio político y la ratificación en el cargo han sido totalmente rediseñadas en la nueva Constitución del Ecuador, lo que permite un estudio comparativo a futuro en esta área.

Bibliografía

- Ames, Barry. "Electoral Strategy Under Open-List Proportional Representation". *American Journal of Political Science*, n.º 39, 1995.
- Amorin, Neto. "Presidential Cabinets and Legislative Cohesion in Brazil". *Legislative Politics in Latin America*. Eds. Scott Morgenstern and Benito Nacif. Cambridge, Cambridge University Press, 2002.
- Arantes, Rogerio. "Constitutionalism, the Expansion of Justice and the Judicialization of Politics in Brazil". *The Judicialization of Politics in Latin America*. Eds. Rachel Sieder, Line Schjolden y Alan Angell. New York, Palgrave, 2005.
- Araujo, M. C. et al. "Political Institutions, Policymaking Processes, and Policy Outcomes in Ecuador". L. A. R. Network, Interamerican Development Bank, 2004.
- Basabe, Santiago. "Las preferencias ideológicas y políticas judiciales: un modelo actitudinal sobre el voto en el Tribunal Constitucional del Ecuador". *América Latina Hoy*, 2008.
- _____. "Jueces sin toga: Políticas judiciales, preferencias ideológicas y proceso de toma de decisiones en el Tribunal Constitucional del Ecuador (1999-2007)". Ph.D Dissertation, Universidad Nacional de San Martín, 2009.
- Baum, Lawrence. *The Puzzle of Judicial Behavior*. Ann Harbor, Michigan, The University of Michigan Press, 1997.
- Carey, John and M. S Shugart. *Executive Decree Authority*. New York, Cambridge University Press, 1998.
- Champagne, A. "The Politics of Judicial Selection". *The Policy Studies Journal* 31(3), 2003.
- Chavez, Rebecca Bill. *The rule of law in nascent democracies: judicial politics in Argentina*. Stanford, Stanford University Press, 2004.
- _____. "The Evolution of Judicial Autonomy in Argentina". *Journal of Politics*. August 2004 v36 i3, p. 451(28), 2004b.
- Clayton, Cornell. "The Supreme Court and Political Jurisprudence: New and Old Institutionalisms". *Supreme Court Decision-Making: New Institutionalism Approaches*. Eds. Cornell Clayton and Howard Gillman. Chicago, University of Chicago Press, 1999.

- Epstein, Lee, Olga Shvetsova and Jack Knight, "The Role of Constitutional Courts in the Establishment and Maintenance of Democratic Systems of Government". *Law & Society Review* 35, 2001.
- Epstein, Lee y Jack Knight. *The Choices Justices Make*. Washington, D.C: CQ Press, 1998.
- Eskridge, William N., Jr. "Overriding Supreme Court Statutory Interpretation Decisions." *Yale Law Journal* 101, 1991.
- Ferejohn John, A. and Barry R. Weingast. "Positive Political Theory and Public Law". *Georgetown Law Journal*, 1992a.
- Hall, M. Gall and C. W. Bonneau. "Does Quality Matter? Challengers in State Supreme Court Elections". *American Journal of Political Science* 50(1), 2006.
- Hammond, T. H., Chris W. Bonneau and Reginald S. Sheehan. *Strategic Behavior and Policy Choice on the U.S. Supreme Court*. Stanford, Stanford University Press, 2005.
- Helmke, Gretchen. *Courts under constraints: judges, generals, and presidents in Argentina*. Cambridge, New York, Cambridge University Press, 2005.
- _____. "The Logic of Strategic Defection: Court-Executive Relations in Argentina under Dictatorship and Democracy" *American Political Science Review* 96(2), 2002.
- Hilbink, L. *Judges beyond Politics in Democracy and Dictatorship*. New York, Cambridge University Press, 2007.
- Iaryczower, Matias, Pablo T. Spiller and Mariano Tomáis "Judicial Independence in Unstable Environments, Argentina 1935-1998". *American Journal of Political Science* 46(4), 2002.
- Knight, J. and Lee Epstein. "On the Struggle for Judicial Supremacy". *Law and Society Review* n.º 30, 1996.
- Langer, L. *Judicial Review in State Supreme Courts*. New York, State University of New York, 2002.
- Linares, Sebastián. "La Independencia Judicial: Conceptualización y Medición". *Independencia Judicial en América Latina: ¿de quién? ¿para qué? ¿cómo?* Ed. Germán Burgos. Bogotá, ILSA, 2003.
- Magaloni, Beatriz y Arianna Sánchez. "Empowering Courts as Constitutional Veto Players: Presidential Delegation and the New Mexican Supreme Court", Ponencia presentada en el Congreso Anual de la Asociación Estadounidense de Ciencia Política, September 2001.

- Mainwaring, Scott y Timothy Scully, eds. *Building Democratic Institutions: Party Systems in Latin America*. Standford, Standford University Press, 1999.
- Maltzman, Forrest, James F. Spriggs, II, y Paul J. Wahlbeck. "Strategy and Judicial Choice: New Institutionalist Approaches to Supreme Court Decision-Making". *Supreme Court Decision-Making, New Institutionalist Approaches*. Eds. Cornell Clayton and Howard Gillman. Chicago, University of Chicago Press, 1999.
- Mejía Acosta, J. A. "Ghost Coalitions, Economic Reforms, Fragmented Legislatures and Informal Institutions in Ecuador". Tesis de Ph.D, University of Notre Dame, 2004.
- Mejía Acosta, J. A, y John Polga-Hacimovich. "Parliamentary Solutions to Presidential Crises in Ecuador". Eds. Mariana Llanos y Leiv Marsteintredet. New York, Palgrave Macmillan, 2010.
- Murphy, Walter F. *Congress and the Court*. Chicago, University of Chicago Press, 1962.
- Navia, Patricio y Julio Ríos-Figueroa. "The Constitutional Adjudication Mosaic of Latin America". *Comparative Political Studies*, 38(2), 2005.
- Nogueira, Humberto. "La Integración y el Estatuto Jurídico del Tribunal Constitucional después de la Reforma Constitucional del 2005". Foro Constitucional Latinoamericano n.º 11, 2005.
- Pérez Perdomo, Rogelio. "Judicialization and Regime Transformation: the Venezuelan Supreme Court". *The Judicialization of Politics in Latin America*. Eds. Rachel Sieder, Line Schjolden and Alan Angell. New York, Palgrave, 2005.
- Ramos Rollón, Marisa. *Sistemas judiciales y democracia en Centroamérica*. Barcelona, CIDOB, 2005.
- Rohde, David W. y Harold J. Spaeth. *Supreme Court decision making*. San Francisco, W. H. Freeman, 1976.
- Scribner, Drusila. "Sincere and Strategic Judicial Behavior on the Chilean Supreme Court". Ponencia presentada en la 61.º Congreso Anual de la Asociación Estadounidense de Ciencia Política del Medio Oeste, Palmer House Hilton. Chicago, April 3-5, 2003.
- Scribner, Drusila. "Limiting Presidential Power: Supreme Court: Executive Relationship in Argentina and Chile". Tesis de Ph.D en Ciencia Política. San Diego, University of California, 2004.

- Segal, Jeffrey A. "Supreme Court Deference to Congress: An examination of the Marksist Model". *Supreme Court Decision-Making: New Institutionalist Approaches*. Eds. Cornell Clayton and Howard Gillman. Chicago, University of Chicago Press, 1999.
- ____ and Harold Spaeth. *The Supreme Court and the Attitudinal Model*. New York, Cambridge University Press, 1993.
- ____ and Harold Spaeth. *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*. Cambridge, Cambridge University Press, 2002.

El derecho, entre la tecnificación y la obra de arte (Heidegger y Arendt)

Jacqueline Ortiz Andrade*

Resumen

Grandes líneas del pensamiento de *Martin Heidegger* y *Hanna Arendt* se entrecruzan en este ensayo para explicar, tomando categorías de análisis de *Arendt*, el estado de alienación en que se encuentra la humanidad actual, caracterizado como la hegemonía del conocimiento instrumental y útil (tecnificación). El derecho, en este ensayo, se presenta como uno de los espacios tecnificados donde se pierde de vista los conflictos sociales, políticos o ideológicos que subyacen en los problemas jurídicos. Es posible romper esta situación a partir de un retorno al establecimiento de un derecho argumentado desde la pluralidad y de mínimos como los derechos humanos.

Palabras clave

Banalidad del mal, condición humana, derecho, filosofía, ideología, ser, tecnificación.

* Licenciada y estudios de maestría en derecho, UNAM. Profesora de filosofía del derecho de la Facultad de Derecho de la UNAM.

I. Los senderos que se bifurcan

“El hecho de que usted llegara a ser alumna mía y yo, su maestro, es sólo el origen de aquello que nos ocurrió.”¹

Hannah Arendt nació en Könisberg en el seno de una acomodada familia judía. Su padre –*Paul Arendt*– muere de sífilis cuando ella tiene apenas siete años en 1913. A los pocos años (1920), *Martha*, su madre, se casa por segunda vez y *Hannah* se encuentra de repente en medio de dos hermanas –*Clara y Eva*– y un padrastro con los que tiene muy poco en común, de tal suerte que poco a poco se fue generando en ella un agudo sentimiento de rechazo. Por estos años, *Hannah* conoce a *Ánne Mendelsson* con la que sostiene una fuerte amistad. *Ánne* cinco años mayor que *Hannah* toma cursos con *Heidegger* y le transmite a esta su entusiasmo por el extraordinario profesor de Marburgo.²

Heidegger era llamado *el mago de Messkirch* (ciudad nata de Heidegger). Al respecto dice *Löwith*:

Dimos a *Heidegger* el apodo del *pequeño mago de Messkirch*, era un hombre menudo y moreno que sabía hacer un hechizo para hacer desaparecer lo que en un momento antes había presentado. Su técnica en las clases consistía en construir un edificio de ideas que después procedía a demoler, planteando a los embrujados oyentes adivinanzas y dejándolos luego con las manos vacías. La capacidad de hechizar tenía a veces unas consecuencias muy considerables: atraía a tipos de personalidad más o menos patológicas; al cabo de tres años de intentar adivinar acertijos una alumna se quitó la vida.³ (*Martín y Hannah. La mirada*)

En el verano de 1924-1925, *Hannah Arendt* comenzó sus estudios de filosofía, teología (protestante) y filosofía clásica en la Universidad de

1 Arendt, Hannah. *Martín Heidegger: correspondencia 1925-1975 y otros documentos de los legados*. Trad. Adan Kovacsics. Barcelona, Edición de Ursula Ludz, Herder, 2000, p. 13.

2 Wolin, Richard. *Los hijos de Heidegger: Hannah Arendt, Karl Löwith, Hans Jonas y Herbert Marcuse*. Trad. María Condor. Madrid, Cátedra, 2003, p. 70. También Kristeva, Juliana. *El genio femenino 1. Hannah Arendt*. Trad. Jorge Piatigorski. Buenos Aires, Paidós, 2006, p. 28.

3 Karl Löwith, citado por Richard Wolin, *op. cit.*, pp. 69 y 70.

Marburgo donde *Heidegger* era profesor de filosofía. *Hannah* o *la verde* como también le llamaban por su apasionada vitalidad (a menudo usaba ropas de ese color) se enamoró de “el mago de Messkich”, quien por su parte, se sintió terriblemente atraído por la belleza y la profundidad del pensamiento de su joven alumna:⁴ “Nunca podré poseerla, pero usted pertenecerá a partir de ahora a mi vida, y esta deberá crecer por usted”.⁵

El romance secreto se inicia en febrero de 1924. *Hannah* tiene dieciocho años y *Heidegger* treinta y cinco. Conformaban una pareja desigual. Mientras ella era una joven judía procedente de un medio cosmopolita; él era un hombre que prácticamente le doblaba la edad, de la Selva Negra, católico y provinciano por convicción. Su relación fue un tanto difícil y peligrosa, tenían que verse en la clandestinidad, pues por un lado, *Heidegger* era un hombre casado y, por otro, de haberse descubierto sus amoríos, este hubiese sido despedido de su puesto de maestro. Mi querida *Hannah*: “¿Quieres venir a verme este domingo (19. VII) por la noche? Vivo alegrándome de esas horas ¡Ven a eso de las nueve! Eso sí, si la lámpara de mi habitación está encendida, es que estoy retenido por una entrevista. En ese caso –improbable– ven el miércoles a la misma hora. El martes tengo por desgracia grupo de griego...”⁶

Un año después de iniciada la relación *Hannah* se cambia de universidad a instancias de *Heidegger* con el propósito de poder continuar la relación en circunstancias en las cuales fuese menos probable que los descubrieran. *Heidegger* consigue que *Hannah* vaya a Heidelberg con su amigo *Karl Jaspers* y aunque *Hannah* se va voluntariamente en una carta de 1950 le dice a *Heidegger* que tomó la decisión de irse por amor a él: “para no hacer más difícil de lo que debe ser. Solo me marché de Marburgo por ti”.⁷

4 Juliana Kristeva, *op. cit.*, p. 29.

5 Hannah Arendt y Martin Heidegger, *Correspondencia 1925-1975 y otros documentos de los legados*, *op. cit.*, p. 13.

6 *Ibid.*, p. 37.

7 *Ibid.*, p. 72.

Una vez que *Hannah* está en Heidelberg, *Heidegger* envía a uno de sus alumnos –*Hans Jonas*– a buscarla. Durante dos años aproximadamente, la correspondencia se intensifica, los encuentros se llevan a cabo, sobre todo, en los andenes abandonados de la línea ferroviaria Marburgo-Heidelberg.⁸

Querida Hannah:

Escribo con prisa. Muchas gracias por tu carta. Que maravilla que vengas. Pronuncio la conferencia los días 20 y 21... Broker está aquí, por supuesto... Así la cosas, probablemente no podremos viajar solos a Marburgo. Pero nos veremos aquí de todos modos por la noche, después de mis conferencias. Seguramente le veré el lunes por la noche de descanso. Me hospedo en la afuera, cerca del palacio de Wilhelmshöhe, todo muy distinguido. A lo mejor puedes vivir en el Stift, Sea como fuere, me despediré de mi conferencia –como hago ahora cada día– de los conocidos y anfitriones y me dirigiré en el tranvía de la línea 1 a Wilhelmshöhe, última parada –y a lo mejor tú viajas discretamente– en el siguiente convoy. Luego te acompañó de vuelta. Hasta pronto, tu Martin.⁹

Hannah contrae matrimonio en 1929 con *Günther Stein*, también alumno de *Heidegger* y quien se convertirá en uno de sus más fuertes críticos por su antisemitismo, calificando su filosofía de peligrosa, hueca, grandilocuente e inhumana.¹⁰

Aunque todos creen a *Hannah* enamorada de *Günther*, ella le escribe a escondidas a *Heidegger*:

Querido Martin:

Seguramente ya te habrás enterado de mí por otras fuentes casuales. Eso me quita la espontaneidad de la comunicación, pero no la confianza que nuestro último reencuentro en Heidelberg volvió a confirmar de manera dichosa. Por eso me acerco hoy a ti con la seguridad de siempre y la

8 Karl Löwit, citado por Richard Wolin, *op. cit.*, p. 73.

9 Hannah Arendt y Martín Heidegger, *op. cit.*, p. 22.

10 Adler, Laura. *Hannah Arendt*. Trad. Isabel Margelí. Barcelona, Destino, 2006, p. 28.

solicitud de siempre: no me olvides y no olvides hasta qué punto y con qué profundidad sé que nuestro amor es la bendición de mi vida. Nada puede alterar este saber, ni siquiera el día de hoy, en que he encontrado un hogar y una pertenencia para mi desasosiego en la persona de la cual quizás más cueste creerlo. Oigo hablar bastantes veces de ti, pero siempre de esa forma extrañamente ajena e indirecta ya implícita en la pronunciación del famoso apellido –o sea que a mí me resulta difícil de identificar. Sin embargo, es enorme y hasta torturante mi deseo de saber– cómo te va, en qué trabajas y cómo te sienta Friburgo. Te beso la frente y los ojos, tu *Hannah*.¹¹

En el invierno de 1932-1933 debido, sobre todo, a las circunstancias políticas de la época se produce una separación que dura casi veinte años, de cuyo inicio es testimonio una carta escrita por *Heidegger* en la que hace alusión a los rumores, como les llama él, sobre su antisemitismo.

Querida Hannah:

Los rumores que te inquietan son calumnias que encajan perfectamente con otras experiencias que he tenido que vivir en los últimos años. El hecho de que difícilmente pueda excluir a los judíos de las invitaciones a los seminario puede deducirse de las circunstancias de que en los últimos cuatro semestres no he tenido *ninguna* invitación al seminario. El que, según dice, no saludo a los judíos es una difamación tan grave que, eso sí, la tendré muy en cuenta en el futuro. Para aclarar mi actitud frente a los judíos, bastan los siguientes hechos: Este semestre de invierno tengo permiso y por tanto ya comuniqué con tiempo en el semestre de verano que deseo ser dejado en paz y que no acepto que me entreguen trabajos ni nada por el estilo. Quien a pesar de ello viene y debe doctorarse y, además, podrá hacerlo, es un judío. Quien puede venir a verme mensualmente para informar de un trabajo importante en curso (que no es ni el proyecto de tesis u de una habilitación), es otro judío. Quien hace unas semanas me envió un extenso trabajo para que lo revisara con urgencia, es judío. Los becarios de la comunidad de asistencia cuyo nombramiento conseguí en los últimos semestres son judíos. Quien recibe a través de mí

11 Hannah Arendt y Martin Heidegger, *op. cit.*, p. 62.

*Ambos judíos.

una beca para Roma, es un judío. Quien quiera llamarlo “antisemitismo furibundo”, que lo haga. Por lo demás soy hoy día tan antisemita en cuestiones universitarias como lo era hace diez años y en Marburgo, donde incluso conté para este antisemitismo con el apoyo de *Jacobsthal* y *Friedländer*. Esto no tiene nada que ver con las relaciones personales con judíos (por ejemplo Husserl, Cassirer y otros). Y menos aún puede afectar a la relación contigo. El hecho de que, en general, me haya retirado hace bastante tiempo se debe en primer lugar a que me he topado con una incomprendión desoladora con todo mi trabajo y luego también a la experiencias personales poco bonitas que he tenido que vivir en mi actividad docente. Eso sí, he perdido hace tiempo la costumbre de esperar algún agradecimiento o simplemente un talante decente por parte de los llamados alumnos. Por lo demás me siento con buen ánimo en el trabajo, el cual resulta cada vez más arduo, y te saludo cordialmente. M.¹²

1.1. Heidegger

En abril de 1933 *Heidegger* es nombrado rector de la Universidad de Friburgo. En la ceremonia rectoral fue notoria la presencia de varios funcionarios del partido nazi –al que *Heidegger* se afilió el primero de mayo del mismo año– ocupando lugares de honor. El discurso pronunciado por *Heidegger* en esa ceremonia fue un discurso pronazi que concluyó con una alabanza a la “gloria y grandeza del nuevo despertar [alemán]”. A partir de entonces, como militante nazi y como “rectorfürer” de Friburgo termina sus discursos con halagos retóricos al nuevo régimen: “no dejéis que las doctrinas y las ideas sean norma de nuestro Ser. Solo el führer es el presente y futura realidad alemana y su ley”.¹³

El antisemitismo de *Heidegger* creció hasta el punto de ir contra sus amigos e incluso en contra de su gran maestro *Husserl*.

El 14 de abril de 1933, con *Heidegger* como rector, se le cesó a *Husserl* –maestro y amigo de *Heidegger*, gracias a cuyos buenos oficios había obtenido su nombramiento en Marburgo y a quien en 1928 sustituyó en la clase de filosofía en la Universidad de Friburgo–. *Husserl* dejaba de ser

12 Hannah Arendt y Martin Heidegger, *op. cit.*, pp. 64 y 65.

13 Richard Wölin, *op. cit.*, p. 87.

“persona universitaria”. La universidad de Friburgo no incluyó a *Husserl* en su lista de profesores para el semestre del verano de 1936. Un año antes, 1935, en la cuarta edición de *Ser y Tiempo* se leía la siguiente dedicatoria:

A Edmund Husserl:

En testimonio de mi admiración y amistad. Todthauberg en la Selva Negra Baden, el 8 de abril de 1926.¹⁴

En la quinta edición, la dedicatoria había desaparecido, según *Heidegger*, porque así lo había exigido el editor. La verdad es que la relación con *Husserl* que había durado aproximadamente quince años se había terminado en 1928 después que *Heidegger* sustituyó a *Huesserl* en la clase de filosofía, quien comentó tras ocupar su plaza: “nuestra relación duró unos dos meses y después se terminó pacíficamente.” *Heidegger*, esquivó del modo más simple toda posibilidad de intercambio científico como si fuera para él algo manifiestamente innecesario, indecible y hasta incómodo.¹⁵

Durante la enfermedad de *Husserl* y su muerte en abril de 1938, *Heidegger* guardó absoluto silencio.

2.2. Hannah

Tras terminar su tesis sobre san Agustín, impulsada por las circunstancias políticas (el crecimiento del movimiento antisemita) y personales (rompimiento con *Heidegger*) que la rodeaban, *Hannah* comienza la realización de un estudio biográfico de *Rahel Varnhagen*: “Vida de una mujer judía”. Una mujer del siglo XIX, que igual que *Hannah* olvidó por mucho tiempo su identidad judía gracias a la cultura alemana. *Rahel*, igual que *Hannah* se enamoró de un alemán, el conde *Karl von Finckenstein* quien al final la

14 Otto, Hugo. *Martín Heidegger*. Trad. Helena Cortés Gabaudan. Madrid, Alianza, 1992, pp. 186-200.

15 *Ibid.*, p. 195.

abandona. Sin embargo *Rahel*, igual que *Hannah*, pudo reconciliarse con su negada identidad.¹⁶ Este trabajo significó para *Hannah* una especie de catarsis tanto que llamaba a *Rahel* su amiga más cercana.

De niña –dice *Hannah* en una entrevista– no sabía que era judía: “la palabra judía no se mencionó nunca en mi casa cuando yo era pequeña. Me la topé por primera vez en unas observaciones antisemitas... de unos niños en la calle”.¹⁷

Con la llegada de *Hitler* al poder, *Hannah* como muchos otros judíos descubrió su judaïcidad. *Hannah* se encuentra en medio de dos posturas: por un lado los que como ella y su esposo *Günther* se creen judíos antes que alemanes, y otros que se consideran alemanes judíos. El matrimonio *Stern-Arendt* es de los pocos que se toman en serio las amenazas de Hitler y de los primeros que comienzan a hablar de la resistencia.¹⁸

En 1930 *Hannah* se instala con su marido en Frankfurt, posteriormente frente a la imposibilidad de que *Stern* obtenga un puesto universitario la pareja se marcha a Berlín, en donde *Hannah* comienza a escribir por su cuenta para sobrevivir. En el verano de ese mismo año, *Hannah* se encuentra por casualidad a *Heidegger* en el andén de una estación ferroviaria. *Heidegger* no la reconoce o, mejor dicho, finge no reconocerla. *Hannah* decide romper el silencio que se había autoimpuesto y le escribe a *Heidegger* una carta en que le relata lo que experimentó al volver a verlo:

Martín:

Cuando te vi hoy –perdóname que enseguida me pusiera a organizar–. Pero en ese mismo momento se me cruzó por la mente la imagen de cómo tú y *Günther* estarías juntos en la ventanilla y yo, en el andén, y no puede esquivar la diabólica claridad de lo que veía. Perdona. Tantas cosas juntas me confundieron en sumo grado. No solo, como siempre, que verte despierta en mí una y otra vez la conciencia de la continuidad más clara y urgente de mi vida, de la continuidad –déjame decírtelo, *por favor*– de nuestro amor. Sino: yo llevaba unos segundos delante de ti y tú me habías visto de hecho– habías alzado fugazmente la vista. Y no me

16 Richard Wölin, *op. cit.*, pp. 83-85.

17 *Ibid.*, p. 75.

18 Laura Adler, *op. cit.*, pp. 91 y 98.

reconociste. Cuando era una niñita, mi madre, jugueteando neciamente, me asustó una vez de esta manera. Yo había leído el cuento del enano “Nariz”, cuya nariz crece tanto que nadie lo reconoce. Mi madre hizo como si eso mismo me ocurriera a mí. Aún recuerdo perfectamente el terror ciego con que gritaba una y otra vez: pero si soy tu hija, soy *Hannah*... Algo parecido sucedió hoy. Y luego, cuando el tren ya casi se puso en marcha. Y ocurrió tal como, de hecho, yo había pensado enseguida, o sea, sin duda, como yo había querido. Vosotros dos arriba y yo sola y totalmente inerme ante la situación. Como siempre me sucede, no me quedó más remedio que consentir, esperar, esperar, esperar.¹⁹

Esta carta no tiene ninguna respuesta por parte de *Heidegger*. Seguimos en 1930. Tanto para *Hannah* como para *Günther* el compromiso político se convierte en su prioridad. Mientras *Günther* organiza un seminario clandestino sobre *Mein Kampf*, *Hannah* se incorpora al movimiento sionista aunque siempre, con cierta independencia y espíritu crítico. Durante esta época el pensamiento de *Hannah*, influida por los acontecimientos del momento y por sus lecturas de *Marx* y *Troski*, se vuelve más político. Cada vez pasa más tiempo con su grupo de amigos sionistas, en tanto *Günther* comienza a formar parte de un grupo de intelectuales opositores a *Hitler* que son militantes o muy cercanos al partido comunista. Estos dos grupos no se tienen mucho aprecio entre sí, de tal suerte que *Hannah* y *Günther* se van alejando poco a poco uno al otro.²⁰

Vayamos ahora a 1933, el año en que *Hannah* y *Heidegger* rompen –por veinte años aproximadamente– su relación. El 27 de febrero de 1933 con el incendio del Reichstag, se inicia el terror nazi: “se levantan piras en la plazas públicas. Durante los primeros meses grupos nazis persiguen a los transeúntes judíos, le pegan salvajemente y en ocasiones les dejan sin visa”.²¹ *Günther* decide irse a París, por el contrario *Hannah* decide quedarse.

Mientras *Heidegger* se encuentra subyugado por el Führer poniendo su filosofía al servicio de los nazis, *Hannah* está tratando de juntar la mayor

19 Hannah Arendt y Martin Heidegger, *op. cit.*, p. 63.

20 Laura Adler, *op. cit.*, p. 107.

21 *Ibid.*, p. 111.

cantidad de textos antisemitas para darlos a conocer en el extranjero, incluso quiere editarlos bajo el título “la propaganda del horror” y presentarlo en Praga en el próximo congreso sionista. Sin embargo, es detenida junto con su madre en el centro de Berlín. *Martha*, su madre, es dejada en libertad después de declarar que no sabe nada de lo que hace su hija. *Hannah* estuvo ocho días detenida, aislada y sometida a interrogatorio, de donde salió de milagro.²²

Después de su liberación, mientras *Heidegger* disfruta de su rectorado en Friburgo, *Hannah* sale de Alemania junto con su madre. Salen de noche y a pie por la zona fronteriza del bosque Erzgebirge, llegan a la casa de una familia alemana antinazi, “cuya puerta principal se abre a Alemania, mientras que la de atrás se abre a Checoslovaquia”. Salen de esta casa, de noche nuevamente, y no paran hasta llegar a Ginebra, pasando por Praga y por Karlsbad. Una vez en Ginebra se alojan con *Marta Mundt*, una militante socialista amiga de *Martha*, la madre de *Hannah*, quien la emplea como secretaria temporalmente en el departamento de la Internacional del trabajo. *Hannah* en cuanto puede se va a París a reunirse con *Günther*.

Para el año siguiente, los padres de *Günther* logran llegar a Estados Unidos por lo que él decide abandonar París y a *Hannah* para alcanzar a sus padres. Sobre los motivos de su separación, ninguno de los dos dijo nada.²³

Hannah comienza a trabajar como secretaria, sigue militando en el movimiento sionista y se impone el deber de ayudar a todos los judíos independientemente de su posición social o lugar de origen. A la par de sus escritos sobre el problema judío, *Hannah* comienza a trabajar en la Agencia judía francesa, ayudando a niños y jóvenes alemanes que pasan por Francia para llegar a Palestina. En 1935, *Hannah* decide ir a Palestina en donde se encuentra con su primo *Ernest* y su esposa –amiga de *Hannah*– *Kaethe*. Vive con ellos unos días en Jerusalén hasta que parte para Jordania, de donde se dirige a Judea y Galilea donde trabaja ayudando a jóvenes judíos, sobre todo alemanes.²⁴

Hannah experimenta durante estos viajes una gran desilusión al darse cuenta de que los judíos, antes que estar construyendo una nueva sociedad,

22 *Ibid.*, pp. 111 y 120.

23 *Ibid.*, p. 130.

24 *Ibid.*, pp. 134, 136 y 137.

se están refugiando en el individualismo que es mortal para ella, pues es justo el aislamiento lo que permite que se gesten gobiernos totalitaristas como el nazi.

Hannah tiene ahora treinta años y no ha encontrado en Palestina un hogar así que vuelve a París en donde vive sola hasta la primavera de 1936 en que conoce a *Heinrich Blücher*.²⁵

Blücher, quien se convertirá en el segundo esposo de *Hannah*, es un militante del partido comunista, casado dos veces antes, no es judío, con una amplia cultura política y artística con quien *Hannah* tendrá una estabilidad emocional y afectiva, pues se convirtió para ella en un esposo, un hermano, un amigo, un amante y un padre al mismo tiempo.²⁶

El siete de noviembre de 1938 el secretario de la embajada alemana en París –*Ernst von Rath*– es asesinado por *Herschel Grynszpan*. Esa noche en Alemania, “la noche de los cristales rotos” se declara la guerra contra los judíos. Los nazis detienen a miles de judíos, irrumpen en sus casas y queman sinagogas. Horror y silencio en el gobierno y en la comunidad en Francia. *Martha*, la madre de *Hannah*, abandona Königsberg y va a París con su hija y *Heinrich*. Meses después comienza la guerra.²⁷

El gobierno francés ordenó la concentración de todos los ciudadanos y refugiados alemanes –hombres–. *Heinrich* es detenido y llevado a un centro de concentración. *Hannah* logra verlo hasta octubre, después de librar una batalla burocrático-política. El 15 de enero de 1940 algunos refugiados alemanes y austriacos son liberados por una “inaptitud médica de los campos”. *Heinrich* estaba entre ellos.²⁸

El 5 de mayo de 1940 el gobierno de París concentra a los refugiados alemanes entre 18 y 55 años, solo que esta vez hombres y mujeres. *Heinrich* es conducido a un campo en el sur de Francia, mientras *Hannah* es trasladada al campo de concentración de Gurs, al que llegó el 23 de junio de 1940 y de donde logró escapar cinco semanas después. Durante esas cinco semanas *Hannah*, junto con otras mujeres, colaboró en la constitución de grupos de ayuda mutua para intercambiar ropa y alimentos.

25 *Ibid.*, pp. 138 y 139.

26 Juliana Kristeva, *op. cit.*, pp. 37 y 39.

27 Laura Adler, *op. cit.*, p. 158.

28 *Ibid.*, p. 158.

Hannah discute y pelea con sus guardias por tener mejores condiciones materiales y de higiene, se organiza con sus compañeras para tratar de sobrevivir con la mayor dignidad posible en esas condiciones y, por supuesto, para escapar.

Unas semanas después de nuestra llegada al campo, Francia estaba vencida y todas las comunicaciones contadas. En el caos siguiente conseguimos echar mano a unos documentos de liberación gracias a los cuales podíamos abandonar el campo.²⁹

Hannah, junto con otras mujeres sale de Gurs, sin más equipaje que un cepillo de dientes. Sola sin saber nada de su marido, camina durante mucho tiempo y se alquila durante el día para trabajar en el campo a cambio de que le den una cama para dormir por la noche. Logra llegar a Montauban a la casa de *Lotte Klenbort*. Desde ahí *Hannah* hará todo lo que está en sus manos para saber algo de *Heinrich*, sin embargo, no consigue saber nada. Un buen día como por arte de magia *Heinrich* aparece en el calle principal de Montauban en donde se reencuentra con *Hannah*. Una vez juntos inician todos los trámites necesarios para salir de Europa e ir a Estados Unidos. Después de vivir, por poco tiempo, en Lisboa y de sortear una gran cantidad de dificultades, *Hannah* y *Heinrich* consiguen abordar un barco a Nueva York.³⁰

Mientras *Heinrich* se encuentra renuente ante el estilo de vida norteamericano –capitalismo, consumismo, arrogancia– *Hannah* se adapta de manera más rápida a los usos, estilos e idioma del país.

A la distancia *Hannah* se aleja mucho más de *Heidegger*; construye una barrera entre ellos, lo juzga y llega a considerarlo como un “asesino potencial”, como se lee en una carta escrita a *Jaspers*. Sin embargo, en 1948 *Hannah* busca reencontrarse con *Heidegger*, aunque su reencuentro se dará hasta febrero de 1950.

29 Hannah Arendt, citada por Laura Adler, *op. cit.*, p. 161.

30 Laura Adler, *op. cit.*, pp. 163 y 174.

31 Hannah Arendt y Martin Heidegger, *op. cit.*, p. 69.

32 Laura Adler, *op. cit.*, p. 271.

1.3. Martin y Hannah. “El reencuentro de la mirada”

El siete de febrero de 1950 *Hannah* se encuentra en Friburgo. Apenas llega al hotel escribe una carta para *Heidegger* pidiéndole que se vean. Su carta llegó a casa de los *Heidegger* al mediodía, al atardecer *Heidegger* va al hotel pero no la encuentra, por lo que le deja la siguiente nota:

Querida Hannah:

Me alegra tener la oportunidad de acoger nuestro temprano encuentro ahora propiamente como algo duradero en la época más tardía de la vida. Sería hermoso que pudiera usted venir esta noche hacia las ocho a mi casa. A mi mujer, que está al corriente de todo, le encantaría saludarla. Lamentablemente, sin embargo, está impedida esta noche. Su carta llegó hoy al mediodía. Ya que no disponemos de teléfono propio en Zähringen ni tenemos la posibilidad de telefonear fuera del horario de correo, le llevaré estas líneas a su hotel y pasará por ahí después de las seis y media.³¹

Finalmente al atardecer del 7 de febrero de 1950, *Hannah Arendt* y *Martin Heidegger* se reencontraron física, psicológica e intelectualmente. *Hannah* le describe, en una carta, a su amiga *Hilde* cómo vivió su reencuentro con *Heidegger*:

Heidegger apareció prácticamente de inmediato en el hotel, donde empezó a desarrollarse una especie de tragedia de que seguramente yo sólo viví los dos primeros actos. No tenía ni idea del hecho de que todo eso pasó hace veinticinco años y de que no me ha visto desde hace diecisiete; se comporta al estilo de lo que podríamos llamar, educadamente, la culpabilidad, o para expresarlo más abiertamente: al del perro que lleva el rabo entre las piernas. Por favor no muestres esta carta a los tuyos... En el fondo estoy contenta, simplemente por la confirmación... hice bien al no olvidar nunca.³²

Heidegger le pide a *Hannah* que vaya al día siguiente a su casa, en donde le dice que le confesará su amor delante de su esposa *Elfride*.

33 *Ibid.*, pp. 270-274.

34 Hannah Arendt y Martin Heidegger, *op. cit.*, pp. 394 y 395.

Heidegger le propone a *Hannah* que viva con él y su esposa. *Hannah* pensó por un momento en un rompimiento con su esposo. *Elfride* por el contrario reaccionó sumamente molesta ante la proposición y comienza a propinar insultos contra *Hannah*. *Heidegger* dice necesitar y querer a ambas.

Hannah escribe una carta a *Elfride*, fechada el 10 de febrero de 1950, tratando de calmarla y ayudando a *Heidegger* a tener una vida conyugal pacífica, pues después de todo lo importante no es su esposa, sino su amor.

Hannah tiene que ir a Berlín a cumplir con algunos compromisos de trabajo. Cada noche al regresar al hotel encuentra paquetes y cartas enviadas por *Heidegger* con quien se vuelve a encontrar el dos de marzo en Friburgo, en donde pasan juntos cuatro días antes de que ella regrese a Nueva York.³³

A partir de 1950 *Hannah* y *Heidegger* reanudan su correspondencia, aunque sus encuentros personales son eventuales, sobre todo entre 1952 y 1967 debido a los celos de *Elfride Heidegger*. Sin embargo, a partir de 1967 *Hannah* viajó a Alemania cada año para encontrarse con *Heidegger*, hasta su muerte en 1975.³⁴

Martin Heidegger y *Hannah Arendt* se vieron por última vez el 12 de agosto de 1975, cuatro meses antes de la muerte de ella (4 de diciembre de 1975) y poco menos de un año antes de la muerte de él (26 de mayo de 1976).

A lo largo de su vida, *Hannah* y *Heidegger* tuvieron encuentros y desencuentros emocionales –como hemos visto– y, por supuesto, también filosóficos, como veremos a continuación.

2. *Da sein* y condición humana

Un año antes de su nombramiento en Friburgo y de su rompimiento con *Hannah* (1927), *Heidegger* pública *Ser y tiempo*, a partir de entonces el problema central de *Heidegger* será el problema por el ser.

Ser y tiempo fue pensado por *Heidegger* como la primera parte de un trabajo mucho más amplio, el cual tendría por lo menos otra parte que se

35 Adler, Laura. *Hannah Arendt*. Barcelona, Destino, 2006, p. 336.

36 Ateiner, George. *Heidegger*. México, D. F., Fondo de Cultura Económica, 1999, pp. 157 y 158.

37 *Ibid.*, p. 164. Vattimo, Gianni. *Introducción a Heidegger*. Madrid, Gedisa, 2002, p. 35.

38 Gianni Vattimo, *op. cit.*, p. 30.

39 *Ibid.*, pp. 25-28-34.

titularía *Tiempo y ser* en el que, según *Gaos*, *Heidegger* se ocuparía de la definición de *ser*. Sin embargo, como *Heidegger* no llegó a realizar esta segunda parte no contamos con una definición del *ser*, a pesar de ello, como el propio *Heidegger* dice: “que no contemos con una definición del *ser* no nos impide preguntarnos por él.”

Hannah Arendt, por su parte, publicará en 1958, después de la guerra y de su reconciliación con *Heidegger*, uno de sus libros más importantes *La condición humana*. Texto que se ocupa, sobre todo, de mostrar algunos de los recursos con que cuenta el hombre para construir y preservar una esperanza común.³⁵

De acuerdo con *Steiner*, *Heidegger* pone desde el primer momento toda su atención en el hombre –cosa que también hará *Hannah*– pues dice, solo el hombre puede pensar y preguntar el *ser* y lo que es más el hombre debe preguntarse por el *ser* pues de ello depende su humanidad, ya que al preguntar por el *ser* en realidad está preguntando por su propio *ser*.³⁶

El hombre, dice *Heidegger*, es un “*ser ahí*” (*Dasein*) y ahí es el mundo. Nuestro *ser* en el mundo, dice *Heidegger*, es un “*estado de yecto*”. El *da* *sein* es arrojado al mundo sin posibilidad de elección, sin conocimiento previo, que está fuera de su control. Este mundo ya estaba constituido cuando nosotros llegamos y seguirá estandolos después de nosotros, por ello nuestro *da* *sein* está invariablemente unido a él.³⁷ El *da* *sein* únicamente es posible en el mundo y este a su vez solo existe en tanto que existe el *da* *sein*.³⁸

En tanto que el mundo (cultura, tradición, entorno social) es antes de nuestra existencia, nosotros nos constituimos según nuestro entorno. El mundo le es dado al hombre con un significado y funcionalidad por lo que estar en el mundo antes que usar las cosas significa familiarizarnos con el significado de las cosas.

El *da* *sein* está en el mundo, fundamentalmente, como comprensión, es decir el hombre no puede conocer las cosas “en sí”, sino solo mediante el del rodeo de la comprensión. Comprensión que está influenciada,

40 George Steiner, *op. cit.*, pp. 170 y 171.

41 Arendt, Hannah. *La condición humana*. Madrid, Paidós, 2005, p. 37. Cabe mencionar que Hannah Arendt no utiliza las expresiones *ser* en el mundo, *ser* para la muerte, entre otros, sin embargo para efectos de nuestro trabajo, los utilizaremos cuando sea necesario, independientemente de que refiramos a Hannah Arendt o a Heidegger.

42 *Ibid.*, pp. 35-38.

en mayor o menor medida, por una precompresión, por un horizonte preliminar que posibilita la comprensión misma, dicha comprensión viene del mundo al que hemos sido arrojados.³⁹

El mundo, del que habla Heidegger y la forma en que nos determina puede equipararse, en algún sentido, al mundo de la vida del que habla *Habermas*, lo cual no es nada extraño, ya que *Husserl* fue uno de los primeros filósofos que comenzó a utilizar y a desarrollar este concepto.

En el mundo donde es proyectado el *da sein* hay otros –que también han sido arrojados a ese mundo–, de tal suerte, que el ser en el mundo siempre es un ser con otros, así en su experiencia de *da sein* el yo nunca está solo. Esto, dice Heidegger tiene un aspecto negativo. Existimos en relación con otros por tanto nos enajenamos de nuestro yo y nos volvemos un *das Man* (uno), una masa.⁴⁰ El uno (*das Man*=sociedad) determina las posibilidades del *da sein*, y por tanto lo determina, lo moldea. El *da sein* –individual– se diluye en la sociedad, en los otros y la sociedad a su vez se disuelve y forma parte del *da sein* de cada hombre.

Los hombres, dice Hannah, somos seres condicionados, ya que todo aquello con lo que tengamos contacto, por ese simple hecho se convierte en una condición de nuestra existencia, de tal suerte que, el hombre está vinculado, inevitablemente con el mundo,⁴¹ y en ese sentido, como dice *Heidegger*, el hombre puede ser visto como un ser-en-el-mundo y por tanto un ser-con-otros. No obstante para *Hannah*, a diferencia de lo que afirma *Heidegger*, la relación con otros, es decir la interacción o la acción, como le llama ella, antes que enajenarnos, es la actividad que primordialmente determina nuestra condición humana.

De acuerdo con *Hannah*, la relación del hombre con el mundo se desarrolla a través de tres actividades fundamentales, que es lo que ella denomina como condición humana o vida activa.⁴²

La vida activa se compone de tres actividades: la labor que corresponde al *proceso biológico* del cuerpo humano cuya condición humana es la vida misma toda vez que posibilita la supervivencia individual y de la especie; el *trabajo*, que consiste en una actividad que tiene como resultado algo artificial, mediante este el hombre supera su propia naturaleza y se crea un mundo artificial, su condición humana es la mundanidad, y por último,

43 Gianni Vattimo, *op. cit.*, pp. 25-27-42.

la *acción*, actividad que se encuentra estrechamente vinculada con la condición humana, ya que es la única actividad que se genera entre los hombres sin mediación de cosa alguna, su condición humana es la pluralidad.

La *pluralidad*, dice *Hannah*, es la condición de la acción humana debido a que, si bien todos somos iguales en tanto humanos, también somos diferentes en tanto hombre y mujer, niño y adulto, mujer indígena o judía y mujer española o alemana.

Estas tres actividades y sus condiciones están íntimamente relacionadas con la existencia humana: nacimiento y muerte. Para *Hannah*, la interacción entre los hombres, como la actividad humana por excelencia, debe propiciar la vida, o mejor dicho la renovación de la vida. Así tenemos que para *Hannah*, el hombre, antes que un ser-en-el-mundo es un ser-para-la-vida.

Mientras *Heidegger* se ocupa, *prima facie*, de cómo hemos llegado a este mundo, de lo que significa el mundo, *Hannah* se ocupa de cómo vivir en el mundo, eso por un lado. Por otra parte, *Heidegger* tiene una concepción de hombre demasiado abstracta y quizás por ello para él estar con-otros solo puede tener consecuencias negativas como la enajenación o anomia social: para *Hannah*, por el contrario, el hombre es un ser concreto que no solo está con otros, sino que necesita estar con otros, para constituir su existencia auténtica.

1.2.1. Ser para la muerte y banalidad del mal

Si bien es cierto, dice *Heidegger*, no tenemos la posibilidad de elegir ser proyectados o no en el mundo, si tenemos la posibilidad ontológica y ética de elegir nuestra forma de existir en el mundo: existencia auténtica y existencia inauténtica.

La esencia del hombre, dice *Heidegger*, es la existencia. La existencia consiste en *poder ser*, en la posibilidad de ser. El hombre se enfrenta a una serie de posibilidades que dependen de la interacción con los otros. El *da sein* puede elegir ser *ianuténtico* (perderse en el *das Man*) o ser auténtico (recuperarse, conquistarse) en tanto que él es su propia posibilidad.⁴³

44 George Steiner, *op. cit.*, p. 181.

45 *Ibid.*, pp. 186 y 188.

El *da sein* en tanto condición de “yecto” en principio está inclinada hacia la inauténticidad, pues comprende el mundo a través de los ojos de la sociedad en la que vive, por tanto tiene la tendencia a participar de la opinión común. La opinión común es compartida por el simple hecho de ser común, independientemente de que haya sido verificada o no, por ello en el mundo común están presentes las habladurías sin fundamento, la curiosidad y el error. El *da sein*, como hemos dicho, en principio está sumergido en la mentalidad del *das Man* y puede quedarse sumergido en ella.

Frente a la conciencia de nuestra condición de “yectos”, de que no sabemos hacia qué fin ha sido proyectada nuestra existencia en el mundo y de que todo lo que hagamos está, de alguna u otra forma, determinado por la sociedad experimentamos una enorme *Anst* (angustia, ansiedad). Cuando el *da sein* se enfrenta al sin sentido de su existencia, a la nada (a su nada) puede negarla y no enfrentar la angustia que siente y sumergirse nuevamente en el *das Mann* en el que encuentra seguridad, negándose a su verdadera esencia, su auténtica y propia posibilidad. La muerte. Esto es lo que Heidegger denomina como “estado de caído del *da sein*”.

Esta inauténticidad o estado de caído es, sin embargo, necesario para el *da sein*. A partir de la perdida de sí mismo, lucha para recuperarse, para conquistarse y alcanzar su autenticidad.⁴⁴

Solo cuando el *da sein* se asume como un ser para la muerte se convierte en un ser auténtico. Nuestro primer encuentro con la muerte se da a través de la muerte de otros. La muerte de los otros nos anuncia nuestra propia muerte. El ser inauténtico se diluye en el *das Man* buscando una protección, pero en realidad no existe poder, promesa del *das Man* que pueda evitar la muerte de *da sein*, y es que la muerte es coexistencial al *da sein*, es su posibilidad propia, auténtica, incondicionada e inseparable.⁴⁵

El ser inauténtico al diluirse en el *das Man* se siente eximido de responsabilidad por su actuar, apelando constantemente a que se hace tal o cual cosa en beneficio o para evitar un perjuicio a la sociedad o bien en

46 Cano Cabildo, Sissi. “Sentido arendtiano de la ‘banalidad del mal’”. *Revista Intersticios, Filosofía/Arte/Religión*, n.º 10, 22-23/2005. México, Universidad Intercontinental, pp. 135-139.

47 *Ibid.*, p. 142.

48 George Steiner, *op. cit.*, p. 173.

49 Cano Cabildo Sissi, *op. cit.*, p. 136.

50 *Ibid.*, pp. 137 y 144.

cumplimiento de un deber social, moral o jurídico. Un claro ejemplo de esto nos lo ofrece *Hannah* en su análisis del caso *Eichmann*, uno de las principales cabezas del III Reich, quien durante su proceso declaró haber actuado, siempre, bajo órdenes recibidas y por tanto todo lo que hizo, lo hizo en cumplimiento de su deber.⁴⁶

Eichman reconoció que no pudo haberse negado a cumplir sus funciones tal como otros habían hecho, pues consideraba que eso no era “digno de admiración”; aseguraba con gran orgullo que siempre “había cumplido con su deber”.⁴⁷

El *da sein* inauténtico o el yo enajenado al estar sumergido en el *das Man* se vuelve anónimo, parte del *das Man*, de la masa y en ese sentido no es nadie (como individuo) y por tanto parece no poder responder moralmente por sus acciones o, lo que es peor, no puede conocer la culpa ética.⁴⁸ Esta falta de conciencia ética es lo que *Hannah* va a denominar como la “banalidad del mal”. Todos los seres humanos, sin lugar a dudas, tenemos la capacidad de pensamiento. El pensamiento, dice *Hannah*, consiste en la autorreflexión y aunque dicha autorreflexión no garantiza actuar bien, la falta de esta puede desembocar en una especie de enloquecimiento moral altamente peligroso. La falta de reflexión puede hacer que las personas sean completamente vulnerables, fácilmente manipulables por cualquier idea o concepto frívolo de lo bueno o de lo malo.⁴⁹

Eichman (que como ya hemos dicho es en quien se inspiró *Hannah*, para construir este concepto) una vez que se sintió cansado de su trabajo de viajante de comercio comenzó su carrera –burocrática– como colaborador activo en el rescate de judíos en Europa, posteriormente ingresó al partido nazi sin conocer siquiera su programa y aunque no mostraba un odio anormal por los judíos, ni era un fanático, organizó el asesinato masivo de seis millones de judíos. Lo peor es que este hombre se sentía acusado injustamente de asesinato, pues dijo que él nunca había matado a nadie pero, que hubiera asesinado a sus propios padres si así se lo hubieran ordenado. Él únicamente, dijo, ayudó a exterminar a los judíos y toleró dicho exterminio, lo cual fue uno de los crímenes más terribles cometidos en la historia de la humanidad.⁵⁰

51 *Ibíd.*, p. 139.

52 *Ibíd.*, p. 144. Las cursivas son nuestras.

Muchos fueron los alemanes que colaboraron en la aniquilación de los judíos, algunos por convicción, como *Himmler*, otros por que veían en la ideología nazi la confirmación y realización de algunas de sus ideas más arraigadas, como puede ser el caso de *Heidegger* y otros como *Eichmann* por no pensar por sí mismos.

Pocos fueron los que se opusieron al régimen nazi (*Jaspers, Rek-Malleczewen...*) aquellos que se atrevieron a pensar, juzgar por sí mismos. El nacional socialismo, dice *Hannah*, fue posible sobre todo por personas irreflexivas y superfluas y es que la falta de pensamiento convierte a cualquier persona en presa fácil de cualquier ideología por irracional, inmoral, inhumana o estúpida que esta sea.⁵¹

El pensamiento, dice *Hannah*, es la mejor arma contra la manipulación pues si bien no garantiza determinar y distinguir lo bueno y lo malo definitivamente, si nos permite tener una actitud escéptica, reflexiva, crítica frente a cualquier ideología, nos ayuda a no tomar decisiones frívolas, indiferentes de la que resulta la banalidad del mal. El pensamiento es una actividad que cualquier ser humano, en circunstancias normales puede realizar, pero que la realicemos o no es una decisión libre y personal. De lo que se sigue que del hecho de que actuemos irreflexivamente, banalmente y por ello participemos en actos moralmente irreprochables, como consideraba *Eichmann*, no significa de ninguna manera que no seamos responsables por dicha participación, pues como hemos dicho, tener el valor de pensar es una decisión personal.

Eichmann fue ahorcado en Jerusalén en 1961 y sus últimas palabras fueron: “*Dentro de muy poco, caballeros, volveremos a encontrarnos. Tal es el destino de todos los hombres. ¡Viva Alemania! ¡Viva Argentina! ¡Viva Austria! ¡Nunca las olvidaré!*”⁵²

De acuerdo con *Heidegger*, la autenticidad consiste en dos cosas fundamentalmente: en asumirnos como un ser para la muerte y en responder por nuestros actos. Si esto es así parece que, al menos en principio, el ser auténtico no puede caer en la banalidad del mal.

Eichmann al parecer no tiene la más mínima conciencia ética de ello y por el hecho de que en él se inspiró *Hannah* para construir este concepto, es el mejor ejemplo de la banalidad del mal y por tanto de ser inauténtico.

53 Gianni Vattimo, *op. cit.*, p. 50.

co. Sin embargo, *Eichmann* como buen nazi no tenía miedo de la muerte y lo que es más tenía conciencia de que la muerte era su destino, como lo podemos ver en sus últimas palabras, se asumía como un ser para la muerte, por tanto no tenía miedo de morir, pero tampoco de matar.

El ser en el mundo, como hemos dicho ya una innumerable cantidad de veces, es un ser-con-otros; otros que como él han sido arrojados al mundo para quien sabe qué propósito, salvo para morir, es decir, si yo soy un ser para la muerte los otros que están-conmigo son también seres para la muerte, por tanto su destino es morir, por tanto matar a quien de todas formas va a morir algún día no tiene nada de inmoral.

El ser auténtico de *Heidegger*, llevado al extremo, como lo hicieron los nazis, por una dialéctica negativa, nos lleva a la banalidad del mal.

Ahora bien, asumirnos como seres para la muerte, puede tener también consecuencias positivas. La muerte como la imposibilidad de todas las posibilidades –del *da sein*– permite asumir esas posibilidades como tales, como puras posibilidades, es decir, el ser auténtico no se apegará a ninguna posibilidad de manera definitiva, sino que mirará como simples posibilidades que pueden o no incluirse en su proceso de desarrollo, en su proyecto de existencia finita,⁵³ es decir, mirarnos como ser para la muerte puede ayudarnos a no caer en la actitud tecnificante, a no convertirnos en hombres modernos, en términos de *Kant*, eso por un lado. Por otra parte de acuerdo con *Hegel*, la razón más importante por la que nos sometemos a otros es el miedo de morir, pero si estamos conscientes de que tarde o temprano moriremos entonces ya no nos someteremos para salvar la vida, sino que lucharemos para exigir que se nos respete, que se nos reconozca.

Será a caso que cuando *Hannah* estuvo en el campo de concentración de Gurs, perdió el miedo de morir, en términos hegelianos, y por eso luchó y discutió con los guardias del lugar exigiéndoles mejores condiciones “de vida”.

54 George Steiner, *op. cit.*, pp. 182 y 185.

55 *Ibid.*, pp. 181-184.

56 *Ibid.*, pp. 185, 196 y 197.

1.2.2. Temporalidad y renovación de la vida

El *da sein*, como hemos dicho, es un ser en el mundo y por tanto un ser con otros, pues bien, este estar con otros es algo que se da en el tiempo. Ahora esto, no significa que el tiempo sea algo distinto del ser, por el contrario, significa que el ser es temporal, que “vivimos el tiempo”, que la temporalidad es el sentido primario del ser del *da sein*, de tal suerte que ser y tiempo son inseparables.⁵⁴

La existencia inauténtica, dice *Heidegger*, provoca en el *da sein* un horrible sentimiento de vacío, de insatisfacción, de pérdida (de sí mismo) que lo impulsa a luchar por su libertad. La libertad humana está condicionada al hecho de que el *da sein* asuma por medio de la angustia (*Angst*) su temporalidad, su finitud, su muerte como la posibilidad inseparable de su estado de “yecto”.⁵⁵

El *das Man*, dice *Heidegger*, nos ha impuesto una temporalidad inauténtica y vulgar de lo cotidiano, de la que el *da sein* tiene que liberarse mediante una reevaluación de su pasado, presente y futuro.

Cuando el *da sein* toma conciencia de su posición de “yecto” y frente a ella se asume como un ser para la muerte sale de su estado de inauténticidad, es decir, de su pasado. Hemos dicho que asumirse como ser para la muerte significa darnos cuenta de que la muerte es coexistencial al *da sein* y que consiste en la imposibilidad de todas las posibilidades, permitiendo con ellos asumir dichas posibilidades como tales, como puras posibilidades que constituyen su presente. No obstante la proyección de la realización del *da sein*, en tanto ser para la muerte está encaminada al futuro. El futuro es lo que da sentido tanto al presente como al pasado. Lo que hacemos hoy está determinado por nuestro pasado y dirigido a nuestro futuro, en este orden de ideas, podemos decir que el futuro es la dimensión temporal más próxima al *da sein*. El *da sein*, dice *Heidegger*, es fundamentalmente temporal. Ser y tiempo son inseparables y conforman una unidad que se funde con la muerte.⁵⁶

57 Hannah Arendt, *op. cit.*, p. 264.

58 *Ibid.*

59 *Ibid.* Los paréntesis son nuestros.

En nuestro estado de “yectos” desconocemos hacia qué fin ha sido lanzada nuestra existencia, aparte de la muerte. El hombre, dice *Hannah*, es por supuesto un ser mortal, pues inevitablemente todos los hombres moriremos algún día. No obstante el hombre no ha sido “arrojado” al mundo para morir sino para recomenzar, renovar el mundo. La existencia auténtica no consiste en asumirnos como seres para la muerte, sino como seres para la renovación de la vida.

El ser para la muerte, dice *Hannah*, es un ser predestinado puesto que no importa cuántas o cuáles sean las posibilidades que se le presenten su destino es la muerte. Ahora si, como hemos dicho, el ser-en-el-mundo es siempre un ser-con-otros, otros que también han sido arrojados al mundo y cuya posibilidad auténtica es también la muerte, resulta que no solo la vida individual sino también la vida colectiva está predestinada.⁵⁷

Una vida orientada, predestinada, dice *Hannah*, nos condena para siempre en un mundo en el que no podemos cambiar lo que hemos hecho, no podemos controlar, detener, mitigar los procesos que hemos desencadenado, de tal suerte que nos convertiríamos en víctimas de nuestro destino, sin poder modificar, controlar el mundo humano que no puede más que seguir el camino de la mortalidad.⁵⁸

La esencia del ser, ha dicho *Heidegger*, consiste en poder ser, en la posibilidad. Entre las posibilidades que tiene el ser está una que si bien no rompe con la ley de la mortalidad, por lo menos se le interpone, se le enfrenta. La acción.

La acción como una de las varias posibilidades que tiene el ser se interpone, se resiste al ineludible curso de la vida cotidiana permitiendo al hombre renovar la vida. El hombre, dice *Hannah*, tiene la facultad (posibilidad) de detener lo que ha empezado y comenzar algo nuevo; esta posibilidad es inherente a la acción humana “como un recordatorio siempre presente de que los hombres, aunque han de morir no han nacido para eso sino para comenzar”.⁵⁹

La fuerza de la vida es la fertilidad biológica intelectual y cultural.

El milagro que salva al mundo, a la esfera de asuntos humanos, de su ruina normal y natural [de la banalidad del mal, del totalitarismo] es en

60 *Ibid.*, p. 265.

61 Hans, Jonas. “Actuar, conocer y pensar: la obra filosófica de Hannah Arendt”. *Hannah Arendt: el orgullo de pensar*. Comp. Fina Birules. Madrid, Gedisa, 2000, pp. 30 y 31.

último término el hecho de la natalidad, en el que se enraiza ontológicamente la facultad de la acción... el nacimiento de nuevos hombres y un nuevo comienzo es la acción que son capaces de emprender los humanos por el hecho de haber nacido. Solo la plena experiencia de esta capacidad puede conferir a los asuntos humanos fe y esperanza... Esta fe y esperanza en el mundo encontró tal vez su más gloriosa y sucinta expresión es las épocas que en los evangelios anuncian la gran alegría: “Os ha nacido hoy un Salvador”.⁶⁰

Para *Hannah* la natalidad junto con la mortalidad son categorías decisivas de la existencia humana pues el hecho de que cada uno de nosotros ha nacido significa un nuevo comenzar a ser, un nuevo comenzar a actuar que potencialmente, si se quiere, significa comenzar algo nuevo en el mundo, renovar el mundo.

El *da sein*, dice *Heidegger*, es primordialmente temporal y está orientado específicamente hacia el futuro; un futuro en que se asumirá como ser auténtico, osea, como ser para la muerte. Sin embargo, si como hemos dicho el ser para la muerte es un ser atrapado en su destino entonces, este ser realmente no tiene futuro, en el sentido que está determinado y nada puede hacer para cambiar su destino, y lo que es más, tampoco tiene pasado ni presente. Ha nacido para morir, mientras vive en un “estado de resuelto”, preparado para morir y su futuro no es otro que la muerte.

La única posibilidad de que el ser pueda *vivir el tiempo*, es decir que pueda tener pasado, presente y una proyección hacia el futuro es mediante un nuevo comienzo, mediante la renovación de la vida.

1.2.3. La tecnificación y la obra de arte

Hemos dicho, siguiendo a *Hannah*, que la *vida activa* está conformada por tres actividades, una de la cuales es el trabajo que consiste en la construcción de un mundo de cosas artificiales creadas por el *homo faber*. Este

62 Hannah Arendt, *op. cit.*, pp. 172 y 173.

63 *Ibid.*, pp. 174 y 175.

64 *Ibid.*, pp. 180 y 181.

65 *Ibid.*, p. 181.

mando es creado para que en él vivan los seres humanos y cuenten con un espacio común.⁶¹

El trabajo es una actividad necesaria e indispensable para el hombre, pues mediante este construye su morada, el mundo humano. El mundo humano ha sido construido hasta antes de la época moderna por las manos del *homo faber*. A partir de la modernidad, este mundo se construye, desarrolla o se conserva mediante las máquinas que el *homo faber* ha diseñado.

La tecnificación del trabajo ha ido acompañada del uso de maquinaria. La primera etapa de este proceso es la revolución industrial con la invención de la máquina de vapor. A partir de la creación de las máquinas, se han revolucionado todos los procesos de fabricación: de “una serie de pasos separados” se convirtió en un proceso continuado.⁶² En el trabajo artesanal las herramientas en todo momento estaban sometidas al ritmo que les imponía la mano, en cambio en el trabajo tecnificado las máquinas le exigen al trabajo que se ajuste a su ritmo.⁶³

En las sociedades modernas, el mundo de las máquinas es considerado como el mundo humano, un mundo en donde lo que importa es lo rápido, lo útil. El hombre en cuanto *homo faber* instrumentaliza el mundo degradando todas las cosas o medios y se olvida de su valor intrínseco, de tal manera que no solo los objetos de fabricación, sino también la naturaleza, el conocimiento, el hombre mismo pierde su valor debido a que no cuenta con la utilidad (valor de uso) que da el trabajo.⁶⁴

El *homo faber* generaliza la ideología de la fabricación y propone la utilidad como modelo de la vida y del mundo humano. Esta instrumentalización del mundo, de la naturaleza y de los hombres, dice *Hannah*, es generada por la idea de que todo fin debe ser un medio para fines posteriores. Solo en la medida en que la fabricación produce principalmente objetos de uso, el producto acabado se convierte de nuevo en medio y solo en la medida en que el proceso de la vida se apodera de las cosas y las usa para sus pro-

66 Heidegger, citado por George Steiner, *op. cit.*, p. 232.

67 *Ibid.*, p. 233.

68 *Ibid.*, pp. 233-235.

69 *Ibid.*, pp. 235-238.

70 Heidegger citado por George Steiner, *op. cit.*, p. 240.

71 Sartre, Jean Paul. “El existencialismo es un humanismo”. *Cartas sobre el humanismo*. Martín Heidegger. México, Peña Hermanos, 1998, p. 65.

pósitos, la productiva y limitada instrumentalidad de la fabricación se transforma en la ilimitada instrumentalización de todo lo existente.⁶⁵

La tecnología, dice *Heidegger*, ha devastado la tierra y ha convertido a la naturaleza en una cosa útil.

La naturaleza –*physis*– requiere del mismo proceso de creación que se necesita para producir una obra de arte. “El botón que surge del capullo y que despliega su ser propio es a un tiempo la realización de la *Physis* y de la *poiesis*, de mismo órgano”.⁶⁶

El arte –*techne*– nos permite iluminar aquello que es inherente a la *physis*. La técnica del agricultor, por ejemplo, consiste en una donación que él hace a la tierra (siembra) y en un regalo (cosecha) que la tierra le da. Entre el agricultor y la tierra existe una especie de relación recíproca y armónica de cuidado y renovación permanente.⁶⁷

En la sociedad moderna, sin embargo, *techne* ha sido equiparada a tecnología (*entbergen*). La *techne* en su sentido originario consiste en una actividad renovadora de la vida (*physis*); la tecnología por el contrario significa una provocación a la tierra. La tecnología occidental se ha convertido, desde Roma hasta nuestros días en un imperialismo y provocación a la tierra. El hombre al imponer su fuerza y voluntad sobre la naturaleza y explotarla, la provoca, la degrada y la convierte en un instrumento útil, un artículo de comercio. De esa manera lo que debería ser una relación de armonía se ha convertido en *una relación enemiga*.⁶⁸ Forzamos a la naturaleza a darnos energía, conocimiento que nos sirva pero nos olvidamos de regresarle un poco de lo mucho que nos ofrece. Esta actitud tecnificada (*Gestell*) hace que el hombre piense solo en términos de utilidad dejando de lado la reflexión, la filosofía y cualquier otra actividad que parezca no servir para nada; lo cual, dice *Heidegger*, no significa más que “el olvido del ser”. Ahora bien, si la fatalidad de la tecnología reside primordialmente en la separación que ha hecho el mundo moderno de *techne* y *poiesis*, entonces es tiempo que volvamos a la poesía.⁶⁹ La poesía, dice *Heidegger*, es la “condición real, el recurso fundamental de la residencia en la tierra del hombre”,⁷⁰ pues el poeta ha tenido y tiene bajo su protección al ser en tanto

72 Hannah Arendt, *op. cit.*, pp. 189-192.

73 *Ibid.*, p. 190.

74 Gianni Vattimo, *op. cit.*, pp. 190-192.

guardián de su morada: el lenguaje.⁷¹

La poesía es la esencia del lenguaje y por ello es la única que puede iluminar, develar al ser. La poesía, dice *Heidegger*, está presente en cualquier obra de arte en tanto que significa creación, invención, imaginación, creación de algo nuevo.

La poesía, dice *Hannah* por su lado, en tanto su material es el lenguaje, es quizá la más humana de las artes y por tanto la más cercana al pensamiento. El poeta puede lograr –mediante el ritmo– que su creación se guarde en el recuerdo de los hombres casi de manera natural. Toda obra de arte tiene su origen en el pensamiento lo cual no significa que no sean cosas que no tengan una naturaleza tangible. En la pintura, la escultura y la arquitectura nos damos cuenta cómo el arte, aunque es producto de la vida contemplativa, necesita de las manos de *homo faber* para manifestarse y perdurar en el tiempo.⁷²

La obra de arte tiene un carácter duradero y especial, incluso podrían parecer cosas inmortales forjadas por manos mortales que expresan al mundo “una apasionada intensidad que estaba prisionera en el yo”.⁷³

El arte, dice *Heidegger*, como algo creativo constituye una “novedad radical” pues expresa y manifiesta un mundo propio, por tanto no puede colocarse o tratarse como otros objetos del mundo, pues al construir su propio mundo no puede situarse en el mundo cotidiano. Los instrumentos del mundo no llaman la atención sino solo en razón de su utilidad, la obra de arte atrapa la atención de los hombres por si misma⁷⁴ y no porque tenga alguna utilidad de hecho, dice *Hannah*, la obra de arte carece de toda utilidad lo mismo que su fuente, el pensamiento.

Pensamiento no debe ser entendido como sinónimo de conocimiento, dice *Hannah*, pues mientras el primero, como ya hemos dicho, constituye el origen del arte, el segundo tiene su máxima manifestación en la ciencia. El conocimiento siempre tiene una meta, un propósito delimitado y una vez que este se ha alcanzado el proceso cognitivo se termina. El pensamiento, muy por el contrario no tiene un fin, carece de un objetivo específico, no produce resultados como si lo hace el conocimiento científico y lo que es más se considera que si la ciencia no tiene una utilidad clara y determinada no sirve, con el pensamiento no pasa lo mismo, el pen-

75 Arendt, Hannah. *Los orígenes del totalitarismo*, vol. II. Madrid, Plan. Trad. Guillermo Solana.

samiento es libre e igual que la vida siempre está en constante renovación.

3. Derecho y totalitarismo

Si permitimos que la ideología de la tecnificación o de la fabricación impregne todos los ámbitos de la vida humana el *homo faber* terminará viendo todas las cosas como objetos de uso –para él– de tal suerte que la naturaleza, el conocimiento, el arte, y desde luego el derecho, serán considerados como medios y no como fines en sí mismos, perdiendo así su valor intrínseco.

La tecnificación puede llevarnos no solo a mirar todas las cosas del mundo como mercancías, puede llevarnos a algo mucho peor: a mirar a las personas como instrumentos de los que podemos valernos para alcanzar nuestros propósitos o como obstáculos que hay que quitar de nuestro camino sin importar lo que tengamos que hacer para lograrlo.

Una de las tareas que, según *Habermas*, tiene el derecho a su cargo es justamente ayudar a mitigar la colonización del mundo humano o de la vida por parte de esta ideología de la utilidad. Sin embargo, el problema se presenta cuando el derecho está ya contaminado por esta ideología, o lo que es peor, cuando el derecho ni siquiera se considera importante, como sucedió en los régímenes totalitaristas.

El totalitarismo, dice *Hannah*, desdeñó toda ley positiva, incluso las creadas durante este régimen. Sin embargo, eso no significa que la dominación totalitaria operara por una ley superior a las leyes positivas. La ley de la naturaleza de la supervivencia del más apto, en el caso del III Reich y la ley de la historia en el caso de Rusia.

El gobierno totalitario no sustituyó un sistema jurídico por otro, no construyó positivamente una nueva forma de legalidad pues creía que no la necesitaba ya que contaba con leyes suprahumanas que hacían obedecer por medio del terror total.⁷⁵ Mediante el terror se pretendió hacer posible que la voluntad de la naturaleza y la historia avanzara libremente a tra-

76 *Ibid.*, pp. 564 y 566.

77 *Ibid.*, p. 565.

78 *Ibid.*, p. 566.

79 *Ibid.*, p 275.

vés del mundo humano *sin tropezar con ninguna acción espontánea*, el terror trata de inmovilizar a los hombres para dejar libre la fuerza de la naturaleza o la historia. “El terror ejecuta en el acto la sentencia de muerte que se supone ha pronunciado la naturaleza sobre razas o individuos que son “incapaces de vivir” o la historia sobre “clases mundanas”, sin aguardar al proceso más lento y menos eficiente de la naturaleza o de la historia mismas”.⁷⁶ En los gobiernos constitucionales, mediante el derecho se determinan fronteras y se crean canales de comunicación entre los individuos, en los gobiernos totalitaristas se sustituyen esas fronteras y canales de comunicación por “un anillo de hierro que los mantiene tan estrechamente unidos como si su pluralidad se hubiese fundido en Un Hombre de dimensiones gigantescas”.⁷⁷

Los hombres se vuelven nebulosos e insignificantes, demasiado parecidos entre sí, sumergidos en la multitud (*Das Man*) se sienten débiles y abrumados por su insignificancia.

Presionando a los hombres unos contra otros, el terror total destruye el espacio entre ellos... y destruye el único prerrequisito esencial de todas las libertades, que es simplemente la capacidad de movimiento, que no puede existir sin espacio.⁷⁸

El totalitarismo, dice *Hannah*, además de homogenizar, también aisla a los hombres. Estar aislado significa no poder interactuar porque no hay otros que actúen con uno. El aislamiento es la imposibilidad de la inter-subjetividad que pierde toda posibilidad de darse, cuando se logra destruir la esfera pública en donde los hombres actúan por la prosecución de un fin común. Los aislados por definición no pueden tener poder, toda vez que el poder significa estar con otros. El hombre aislado y homogenizado en suma es nulificado.⁷⁹

Los habitantes de un país totalitario son lanzados al curso de la naturaleza o de la historia con el propósito de apresurar su movimiento, por lo que solo pueden ser víctimas o ejecutores.

La ideología totalitarista necesita para poder dirigir a sus súbditos prepararlos para ser ejecutores pero, también para ser víctimas en algún momento si es que así lo determina el movimiento de la naturaleza o de

80 *Ibid.*, p 568.

la historia, es decir que deben ser seres para la muerte: no tener miedo de morir ni de matar.⁸⁰

El totalitarismo, entonces, convierte en seres inauténticos a las víctimas y en seres auténticos a los ejecutores, pero si como hemos dicho, tanto el ser inauténtico como el ser auténtico nos llevan a la banalidad del mal, podríamos pensar que la dominación totalitaria es, sino la única, la más importante de las causas de esta falta de conciencia ética.

En el caso de los ejecutores, como lo vimos en el caso *Eichmann*, es más fácil que estas personas carezcan de conciencia ética. En el caso de las víctimas, me parece que no podemos hablar de banalidad del mal sino más bien de una banalidad diferente, pues parece que asumen su papel de víctimas como si fuese su destino. De hecho *Hannah* criticó, en su momento, la pasividad y sumisión del pueblo judío frente al totalitarismo nazi. Comentarios que, por cierto, le valieron fuertes críticas. Esta banalidad y resignación derivan quizás de los hombres que se encuentran sumergidos en el *das Man* (Heidegger), como están diluidos en la multitud se nulifican y sienten que no pueden hacer nada contra su destino fatal.

Si bien es cierto, según *Hannah*, la homogenización y el aislamiento impiden actuar, no es menos cierto, como dice *Heidegger*, la pérdida del yo es necesaria para su reconquista.

Sin embargo, el problema real de esta resignación banal es que aquellos que fueron víctimas toda vez que aceptaron su destino con resignación sienten que la humanidad y la historia tienen una deuda con ellos, y amparados por esta idea pueden llegar a convertirse en victimarios.

Como hemos dicho, de acuerdo con *Hannah*, los régimes totalitarios se olvidaron prácticamente por completo del derecho y esto les facilitó en alguna medida, la dominación.

El derecho podríamos decir, siguiendo este orden de ideas, debe procurar la intersubjetividad, pluralidad y debe evitar, en la medida de lo posible, el aislamiento y la homogenización creando espacios públicos que permitan la actuación libre de los ciudadanos de un Estado.

En las sociedades modernas, sin embargo, quizás porque el derecho es una de esas áreas del mundo humano que, fuertemente influenciada por la ideología tecnificante, en muchas ocasiones no propicia la intersubjetividad entre los querellantes. Por ejemplo, cuando pareciera que lo único que

importa en las resoluciones jurídicas es que sean coherentes formalmente con el sistema para que este pueda seguirse autodesarrollando, dejando de lado las problemáticas sociales que subyacen en los problemas jurídicos.

El sistema jurídico califica los hechos de lícitos e ilícitos y los resuelve conforme a su programación particular independientemente de las implicaciones morales, religiosas y sociales que ese hecho y esa resolución pudiese acarrear, es decir, el derecho o mejor dicho los operadores jurídicos no tematizan todas las circunstancias relevantes a los casos que resuelven ni toman en cuenta los argumentos de todos aquellos que pueden ser afectados de una u otra manera por sus resoluciones, pues lo que importa es argumentar conforme con la ley para lograr que el sistema se siga autodesarrollando.

En la medida en que el sistema jurídico permita una argumentación no solo jurídica y argumentos de otra índole, es decir, la pluralidad de argumentos estará propiciando, en algún sentido, la pluralidad entre los miembros de la sociedad lo cual puede ser posible en razón de que la creación, argumentación y aplicación del derecho descansa en procedimientos institucionales. La moralidad interna del derecho puede encontrarse en la idea de imparcialidad en la creación y sobre todo en la aplicación de las normas; y, analizando los procedimientos jurídicos para verificar si en ellos se tomaron en cuenta los intereses de todos los participantes y si se discutieron todos los elementos relevantes de la situación concreta, es decir, si a los participantes en el proceso se les permite discutir. El derecho debe, por un lado, abrirse a la argumentación plural y tratar de mitigar en su creación y aplicación la influencia de la ideología tecnificante. Sin embargo, el derecho necesita también de contenidos técnicos, como pueden ser por ejemplo los derechos humanos que, de acuerdo con *Habermas*, son cooriginarios de la democracia, por tanto este tipo de contenidos técnicos son necesarios no solo para propiciar la pluralidad y la intersubjetividad entre los ciudadanos de un Estado, sino también para evitar en la medida de lo posible regímenes totalitarios.

Permitir que la tecnología o la ideología utilitarista impregnen todos los ámbitos de nuestra vida puede llevarnos a consecuencias nefastas como la instrumentalización entre las personas. Sin embargo, en las sociedades modernas cada vez más ámbitos del mundo humano se están tec-

nologizando. Una de las cosas que podemos hacer para detener o por lo menos mitigar esta colonización tecnológica del mundo humano es recordar la importancia del arte y muy especialmente de la poesía.

Justicia: periplos de un concepto

Análisis del artículo 1 de la Constitución ecuatoriana 2008

J. Tomás Sánchez Jaime*

Aunque algunas palabras tienen un destino más bizarro que otras, la palabra “justicia” ha establecido un récord difícil de batir. Encontrar un denominador común para los muy diferentes usos históricos de ese término o una lógica transformacional que dé cuenta de sus sucesivos avatares es una tarea de difícil concreción. No obstante, existe además otra dificultad aparte de la de llegar a un acuerdo con respecto a la carga semántica y los usos de esa palabra. “Justicia” es un concepto discursivo cuyo uso varió según la gente que lo empleó en diferentes épocas, pero la noción de justicia también se refiere a ciertos aspectos cambiantes del mundo habitado por los hombres y las mujeres modernos, y ese aspecto es, en sí mismo, un foco de reevaluación constante, así como de disenso y de impugnaciones. La relación entre los repliegues históricos del término y el destino histórico de ese aspecto de la realidad humana no se hace evidente a primera vista, ya que los dos fenómenos a los que el mismo término alude no se diferencian fácilmente entre sí y no son fáciles de diferenciar.

* Nacido en México, residente en Quito desde el año 2005. Licenciado en Filosofía por la Universidad del Valle de Atemajac, Guadalajara, México; licenciado en Historia por la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla; doctor en Filosofía por la Universidad de Salamanca, España; candidato a doctor en Historia por la Universidad de Salamanca, España. Profesor investigador TC de la Universidad Politécnica Estatal del Carchi; director del Centro de Investigación, Transferencia Tecnológica y Emprendimiento de la UPEC

Avatares de Δυξαία

Desde su nacimiento en la antigua Grecia –cuna de lo que denominamos civilización Occidental– el concepto arrastra problemas para otorgarle un significado. Δυξαία originalmente significa división en dos partes iguales, de donde Aristóteles inferirá su concepción del *término medio*, como significado de justicia,¹ el cual será repetido por la tradición árabe-europea a lo largo de la Edad Media, sin mayores acercamientos a una definición precisa del término. Aunque, a la vez, es preciso enunciar que el concepto de justicia –ya desde la Antigüedad– implicaba la tríada: *distributiva, conmutativa y correctiva*, que no contradicen al *término medio*, pero que sí ayudan mucho a opacar su significado. Además, si a esto le añadimos toda la tradición agustiniana y tomista de la justicia divina, la cual implica a la fe. “El justo vivirá por la fe” porque en “él se revela la justicia” (Rm 1,17).² De esta manera, podemos decir que el concepto de justicia ha evolucionado de una concepción originaria (la platónica) en la virtud, pasando por el fundamento aristotélico de la igualdad, para cruzar la Edad Media y el Renacimiento con una génesis en la fe, que hace de la justicia algo extra-humano y, por ende, un marco teológico-normativo encargado de definir a priori su significado y aplicación.

¿Qué ocurrió con el concepto de justicia en la Modernidad? ¿Seclarificó o simplemente se difuminó entre los ámbitos objetivo y subjetivo, legal e ilegal? Tal parece que en la Modernidad, la historia del concepto de justicia es la historia de –en palabras de García Marzá– “su lenta moralización”, es decir, de su separación de la necesidad natural y de su progresiva dependencia de la voluntad humana. En este sentido, ser

-
- 1 Véase Aristóteles. *Ética a Nicómaco*. España, Mestas ediciones, 2001, principalmente el Libro Quinto.
 - 2 La fe es un acto por el cual el hombre se entrega a Dios: verdad y bondad como la única fuente de salvación. Tiene su fundamento en la veracidad de Dios y en la fidelidad a sus promesas (Rm 3,3ss; 1Ts 5,24; 2Tm 2,13; Hb 10,23; 11,11) y en su poder para cumplirlas (Rm 4,17-21; Hb 11,19). La fe no es pura adhesión intelectual; es también confianza y obediencia (Rm 1,5; 6,17; 10,16; 16,26). Como no se apoya más que en Dios, la fe excluye toda suficiencia (Rm 3,27; Ef 2,9) y se opone al régimen de la Ley (anterior y posterior a Jesús) (Rm 7,7ss) y a su inútil intento (Rm 10,3; Flp 3, 9) de merecer la justicia por las obras (Rm 3,20,28; 9, 31s; Ga 2,16; 3, 11s) ella sola procura la verdadera justicia, que no es otra que la justicia salvífica de Dios (Rm 3, 21-26). Pero no una justicia distributiva que premia las obras, sino la justicia salvífica (Is 56,1) de Dios, que cumple su promesa de salvación gratuitamente (Rm 4,25).

justo –una persona o una autoridad pública– es cumplir la ley. Pero una cosa es la obligación legal y la aplicación imparcial de reglas establecidas (sistema de justicia) y otra muy diferente la justicia como criterio de validez de las reglas vigentes, incluidas las normas jurídicas. Desde el momento en que podemos enjuiciar también el sistema legal y hablar así de leyes *injustas*, aunque hayan sido correctamente promulgadas, estamos diciendo que el concepto de justicia no puede limitarse al ámbito legal. Justo no es lo mandado, sino lo debido.

En la naciente Modernidad, aparecen nuevas formas de entender a la sociedad, transmutándose de sociedades cerradas a sociedades abiertas, multiculturales y con una diversidad creciente de maneras de entender el concepto de justicia, lo cual erosiona (lenta, pero eficazmente) el sistema y orden social establecidos. La reflexión sobre la justicia no puede centrarse en la aplicación a los casos concretos, sino que enfocará sus esfuerzos más bien en la pretensión de justicia de ese mismo orden social, político y económico. Si este orden no es algo natural y dado, es evidente que su primera misión básica tendrá que ser legitimarse, es decir, demostrar la justicia de sus normas e instituciones.³

Anteriormente, la justicia como virtud se encontraba en el ámbito general de la búsqueda de la felicidad, individual o colectiva; pero ahora la justicia se convierte en reflexión prioritaria para la filosofía práctica. *Dar a cada uno lo suyo* sigue siendo el criterio básico, pero *lo suyo*, lo que se merece, ya no es ahora lo ajustado a la naturaleza, sino lo decidido por las personas. Si en este nuevo orden social el individuo pasa a ser la pieza clave, no es de extrañar que la justicia busque estos rasgos definitorios en aquello que primero caracteriza al individuo moderno: la libertad. Los primeros enfoques que se ocupan de la justicia, desde este punto de vista, son las teorías contractualistas.⁴

Tanto Thomas Hobbes como John Locke, por poner dos ejemplos, definen lo suyo como fruto de un pacto, de un acuerdo voluntario y

3 Véase toda la gama de obras renacentistas que abordan el poder político y la justicia: Pico della Mirandola, Maquiavelo, Erasmo de Rotterdam, Bodin, Francisco de Vitoria.

4 El esquema contractualista tiene siempre tres pasos: a) un estado de naturaleza, donde no existe ley alguna y, en consecuencia, no está definido lo justo y lo injusto; b) un pacto por el que se establecen las condiciones de la convivencia común y, con ellas, los criterios de justicia; c) y, por último, un poder soberano derivado de este pacto, y encargado de velar por su cumplimiento.

libre.⁵ El contrato tiene la función básica de asegurar ciertos derechos de los miembros (vida, libertad, propiedad), y dentro de él, la justicia no es más que “una ley establecida, aceptada, conocida y firme, que sirva de común consenso de norma de lo justo y de lo injusto”⁶.

Las desastrosas consecuencias del proceso de industrialización, junto con los movimientos socialistas, sacaron a la luz algo que ya Rousseau había previsto en su concepción del contrato social: la justicia no puede definirse solo en términos de igualdad formal, sino que el ejercicio de la libertad requiere también determinadas condiciones de igualdad material, esto es, social y económica. Hoy en día, cualquier aproximación al tema de la justicia se concibe como una determinada propuesta de combinación de libertad e igualdad. Dependiendo de cómo entendamos este par de conceptos, tendremos una concepción diferente de la justicia. En este sentido, podemos diferenciar en la actualidad dos grandes frentes, posicionados también respecto al estado social de derecho.

Por una parte, tenemos las posiciones neoliberales, para las que la libertad se entiende como independencia y esta se mide en términos de propiedades. Para Hayek o Friedman, el ideal de justicia implica solo igualdad ante la ley, puesto que las desigualdades sociales no son impedimento, sino más bien motor, para el mayor bien de la sociedad. Nozick defiende desde estas posiciones que el Estado justo es el Estado con menos competencias que pueda pensarse. Cualquier otro tipo de Estado que no fuera *mínimo*, por ejemplo un Estado dedicado a la redistribución de la renta, *violaría los derechos de las personas*. El Estado solamente puede tener las funciones de protección, de justicia (igualdad ante la ley) y defensa nacional. Existe una justicia de adquisición y transferencia de propiedades que ningún principio superior puede denegar. Pensar que debemos contribuir con nuestros propios bienes al bienestar de los demás,

5 Otra aproximación diferente al tema de la justicia lo constituye el utilitarismo. Siguiendo el principio utilitarista de fomentar la mayor felicidad o satisfacción para el mayor número de personas, J. Bentham y otros más, han visto en la utilidad pública el origen mismo de la justicia. *Lo suyo* significa lo más útil, lo que produce mayor felicidad. Es J. S. Mill quien mejor nos define esta visión de la justicia en *Utilitarismo*. Allí se concibe como un conjunto de reglas morales básicas, “que se refieren claramente a los aspectos esenciales del bienestar humano”, cuyo cumplimiento es necesario para elevar al máximo la utilidad social. Véase Martínez Navarro, E. “Justicia”. *Diez conceptos claves en ética*. Ed. Adela Cortina. Salamanca, Verbo Divino, 1994, pp. 155-202.

6 Internet. www.mercaba.org/DicPC/J/justicia.htm. Acceso: 22 mayo 2010.

es una violación de los derechos de propiedad. En todo caso, serían cuestiones de caridad, no de justicia.⁷

Frente a estas posiciones se mueven hoy en día otros enfoques que presentan la justicia como una mezcla de libertad e igualdad, pero no limitan la libertad a la independencia, sino que incluyen también en su sentido la idea kantiana de autonomía: la capacidad de darnos leyes para guiar nuestra propia vida, de ser dueños de nuestro destino, tanto individual como colectivo. Para este concepto de libertad es necesario un concepto más fuerte de igualdad y un concepto de justicia como justicia social. John Rawls y Jürgen Habermas son dos buenos ejemplos de este liberalismo social o socialismo liberal, como queramos llamarlo.

En *Teoría de la justicia*, Rawls se pregunta por los principios que regirían una sociedad que pudiera denominarse *justa*. Para ofrecer una respuesta, vuelve a las teorías contractuales, pero asegurando la imparcialidad de las decisiones. Para ello se sirve de un recurso expositivo que denomina *posición original*, donde los posibles miembros de esa sociedad discuten sobre estos principios con un *velo de ignorancia*, esto es, sin saber qué lugar ocuparán en esa sociedad, ni sus potencialidades o facultades. Su propuesta de justicia como imparcialidad, se define por los dos principios que se supone que serían elegidos por estas personas libres y racionales, en una posición original de igualdad:

1. Toda persona tiene igual derecho a un esquema plenamente adecuado de libertades básicas iguales, que sea compatible con un esquema similar de libertades para todos; y en este esquema las libertades políticas y sólo ellas, han de tener garantizado su valor equitativo.
2. Las desigualdades económicas y sociales han de satisfacer dos condiciones: primera, deben estar asociadas a cargos y posiciones abiertos a todos, en condiciones de una equitativa igualdad de oportunidades; y segunda, deben procurar el máximo beneficio de los miembros menos aventajados de la sociedad.⁸

La teoría discursiva de Habermas y Karl Otto Apel⁹ constituye uno de los intentos (relativamente actuales) más ambiciosos para conceptualizar

7 Véase Nozick, Robert. *Anarquía, Estado y Utopía*. México, Fondo de Cultura Económica, 1974

8 Rawls, John. *Teoría de la Justicia*. México, Fondo de Cultura Económica, 1978, pp. 27-28.

9 Véase Apel, Karl Otto. *Teoría de la verdad y ética del discurso*. Barcelona, Paidós, 1991.

la justicia como criterio de validez de las cuestiones prácticas.¹⁰ Ellos distinguen dos momentos. En primer lugar, la fundamentación del punto de vista moral, entendido como un criterio de justicia, en la línea neokantiana de establecer un marco normativo procedimental de actuación.¹¹ En segundo lugar, la aplicación de este criterio de justicia a los diferentes ámbitos de la praxis. Pero este criterio de justicia constituye un horizonte de actuación, un principio ideal que actúa como una brújula, sin decirnos nunca el camino concreto a seguir.

Ahora bien, una reflexión sobre la justicia nos obliga a responder también al reto de la aplicación de este criterio. En *Facticidad y validez*, Habermas estudia la relación entre ética, derecho y política, que pueden considerarse como mecanismos de institucionalización de las ideas morales. Por lo que, el derecho se entiende como un proceso de positivación y aplicación de las ideas morales. De ahí que exista en el derecho un núcleo moral sin el que es imposible diferenciar entre lo vigente (legal) y lo válido (legítimo).¹²

Esta diferencia entre el criterio de justicia y sus posibles aplicaciones, nos permite introducir en este enfoque discursivo propuestas que reivindican el valor de la comunidad frente a este universalismo abstracto. Este es el caso de M. Walzer, que en *Esferas de la justicia*, entiende la justicia como una igualdad compleja entre las personas. Esta igualdad puede ser compatible con la libertad, si la centramos en el control de los bienes sociales, de forma que ningún bien sea predominante y tiranice a los demás. La aportación decisiva para una concepción de la justicia, consiste en darse cuenta de que cada uno de estos bienes tiene su significado social y, con él, sus criterios propios de distribución. De esta forma estamos

-
- 10 Se entiende el discurso práctico como un contexto libre de cualquier presión interna o externa, es decir, en condiciones perfectas y simétricas de participación. En definitiva, solo el consenso de todos los implicados puede calificar como justa una acción, norma o institución. Este concepto de justicia requiere la solidaridad como su reverso, esto es, requiere que la igualdad de derechos y libertades vaya acompañada por la preocupación por nuestros próximos y por la comunidad a la que estos pertenecen.
 - 11 En el terreno de la fundamentación, esta propuesta ofrece como criterio de justicia el principio discursivo, según el cual “sólo pueden pretender validez aquellas normas que encuentren (o puedan encontrar) el acuerdo de todos los afectados en un discurso práctico”. Habermas, Jürgen. *Facticidad y validez*. Madrid, Trotta, 2000, p. 77.
 - 12 Véase Habermas, Jürgen. *Facticidad y validez*. Madrid, Trotta, 2000.

obligados a respetar cada una de sus peculiaridades lógicas, propias de los diferentes ámbitos de aplicación (dinero, educación, pertenencia, familia, poder, entre tantos otros).¹³

“El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia”¹⁴

Después del largo recorrido por las diversas acepciones del concepto de justicia, a través del cual enunciamos sus ámbitos, es decir, las implicaciones del mismo en el devenir de la modernidad, quisiera nos centrásemos en reflexionar (a la luz del preámbulo anterior), las consecuencias que tiene esta primera parte del artículo 1 de la Constitución vigente. Pues, podemos preguntarnos: ¿por qué el concepto de justicia está en el mismo nivel que los derechos?; ¿en qué teoría de la justicia se sustenta esta afirmación o solamente es una alegoría retórica?; ¿hacia dónde apunta esta separación de los derechos de la justicia, en un plano de la realidad socio-política del Ecuador?

Para acercarnos a un intento de respuesta a la primera cuestión, quiéramos presentar nuestra concepción de *Justicia*: Es el valor y el fin del Derecho.¹⁵ Es decir –utilizando una expresión arcaica– es la esencia del Derecho (sea este natural o positivo). Por lo tanto, la Justicia no es el dar o repartir cosas a la humanidad, sino el saber decidir a quién le pertenece esa cosa por derecho. La Justicia es ética, equidad y honestidad. Es la voluntad constante de dar a cada uno lo que es suyo. Es aquel referente de rectitud que gobierna la conducta y nos constriñe a respetar los derechos de los demás.¹⁶

13 Walzer, M. *Spheres of Justice*. Oxford, Basil Blackwell, 1983.

14 Artículo 1 de la Constitución Política de la República del Ecuador, 2008.

15 El concepto Derecho —para nosotros— tiene una extensión que implica a los denominados Derechos Fundamentales, comúnmente conocidos como Derechos Humanos, así como a todas las categorizaciones que para su aplicación ha hecho la disciplina del Derecho (Derecho Fiscal; Civil; Penal; Administrativo y demás). Por eso mismo utilizamos Derecho y no Derechos, que es la distinción que hace la corriente constitucionalista, muy en boga en el Ecuador.

16 Nuestra concepción nace de la de Norberto Bobbio como: “*aquel conjunto de valores, bienes o intereses para cuya protección o incremento los hombres recurren a esa técnica de convivencia a la que llamamos Derecho*”. Con esta concepción de Justicia no estamos diciendo que sea la última palabra al respecto, sino solo una concepción que nos permite cuestionar y, a la vez, profundizar en la interpretación del enunciado del artículo 1 de la Constitución ecuatoriana, con el afán de esclarecer ciertas dudas respecto al marco ideológico de la que ha emanado.

Como podemos apreciar, no es una actitud subjetiva y moralista que, si bien nace de la subjetividad propia del ser, se manifiesta en las acciones del mismo, quizás por ello Sócrates hace referencia a que las acciones del hombre no solo producen un efecto exterior sino que producen siempre y al mismo tiempo, un efecto interno al sujeto que actúa. Esta es la razón por la que sostuvo que siempre es mejor “*padecer la injusticia*” que cometerla: ninguna acción humana deja de producir efecto sobre el que la realiza, y para el que actúa injustamente esos efectos son más perjudiciales incluso que los que padece y es víctima de la injusticia. El que padece una injusticia, por ejemplo, recibe daños muy graves, pero ninguno tan sumamente grave ni perjudicial como el de convertirse en hombre injusto, que es precisamente lo que le pasa al que comete la injusticia. Por ello se afirma que el primero pierde los bienes que injustamente se les ha negado, pero el segundo se pierde así mismo.

De todo lo anterior se desprende que la Justicia está por encima del Derecho (o los Derechos, como habla la Constitución) y, a su vez, nos lanza a la tercera cuestión, la cual podemos enunciar más precisamente como: ¿la separación de Derechos y Justicia, apunta hacia la idea de convertir al Estado ecuatoriano en un dispensador de justicia o en un Estado de Justicia?

La respuesta –ideológicamente hablando– es obvia: “*Un Estado de Justicia*”. Pero nuestro afán no es continuar en el ámbito ideológico, por lo que, consideramos que en la disyunción (“y”) que tiene el enunciado, se escamotea la concepción de Justicia, transmutándose por el de “Justicia Social”, es decir por dos partes de toda la virtud: la distributiva y la conmutativa y, si se quiere, ser más puntilloso, el poner al mismo nivel Los Derechos y la Justicia es una incongruencia, pues una técnica (el Derecho) no puede contener en su totalidad su fin y su valor (La Justicia), ya que convierte a ésta última en algo secundario, con lo cual estaríamos regresando a aquella idea positivista de la Justicia, en donde lo justo es lo que permite la ley, haciendo más que un Estado dispensador de Justicia, un Estado legalista.

Ahora bien, si como afirmamos anteriormente la “y” convierte al concepto de justicia sólo en distributiva, esto tiene una racionalidad ideológica y una coherencia de la misma índole, pues la Justicia apunta a lo que

en la Constitución se denomina *sumak kawsay* (buen vivir)¹⁷, que hace referencia a los Derechos Humanos, como lo expresa Carolina Silva:

En la parte dogmática de la nueva Constitución, el criterio de clasificación de los derechos del *buen vivir* está compuesto por diecisésis categorías, entre los (sic) que encontramos (1) al agua, (2) a la alimentación, (3) a un ambiente sano, (4) a la comunicación, (5) a la información, (6) a la cultura, (7) a la ciencia, (8) al deporte, (9) a la recreación, (10) al tiempo libre, (11) a la educación, (12) al hábitat, (13) a la vivienda, (14) a la salud, (15) al trabajo y (16) a la seguridad social.¹⁸

Si observamos con detenimiento, entre las diecisésis categorías no aparece la Justicia, pues todas ellas están en función de una justicia social, en el ámbito de la justicia distributiva. Esto nos podría llevar a suponer erróneamente que (como afirmamos líneas arriba) el concepto genético de la Justicia se diluye en la justicia distributiva. Afirmamos que es una suposición errónea, porque estamos dejando de lado todo el pensar filosófico (aunque algunos euro-occidentalizados no lo consideren así) del mundo andino.¹⁹

En la filosofía andina no es necesario un concepto de Justicia, mientras que en la *logo-sofía* propia del pensamiento griego-occidental (a través de Platón perdió su génesis de *filosofía*, que es amor a la sabiduría), al perder su razón de ser la disciplina, perdió la esencia de la justicia que se expresa en “el término medio”, denominado en la filosofía andina como “el equilibrio”. Ambos conceptos surgidos en la Antigüedad incorporan al humano como el ser capaz de romper el equilibrio existente en el cosmos, por el uso y abuso de su libre albedrío. Es decir, el ejercicio de nuestra libertad (el cual implica responsabilidades), es lo que nos convierte en “injustos” que, como mencionamos líneas arriba, es lo más

17 Respecto a este concepto, su definición, sus alcances y otras cuestiones más, véase Silva Portero, Carolina. “¿Qué es el buen vivir en la Constitución?” *Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis de la doctrina y el derecho comparado*. Ed. Ramiro Ávila Santamaría. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, pp. 111-154; Acosta, Alberto y Esperanza Martínez, comps. *El buen vivir como una vía para el desarrollo*. Quito, Abya-Yala, 2009.

18 Carolina Silva Portero, op. cit., p 126

19 Estermann, Josef. *Filosofía Andina. Estudio intercultural de la sabiduría autóctona andina*. Quito, Abya-Yala, 1998, principalmente las pp. 7-48 y 225-254.

grave que nos puede ocurrir –según Sócrates– porque “nos perdemos a nosotros mismos”²⁰

Por otra parte, en el ámbito de la justicia conmutativa la “y” que antecede al término en el artículo 1 de la Constitución abre la puerta a una interpretación en dos niveles: a) dentro de la teoría constitucionalista del Derecho (en la cual la Constitución está por debajo de los Derechos Humanos)²¹, y, b) dentro de la teoría liberal kelseniana (en la cual el Estado se convierte en el regulador de todas las acciones de sus ciudadanos).²² Pero este es otro asunto que nos desvía y excede a las expectativas de este artículo, pues corresponde, en mayor o menor medida, a argumentaciones de índole político-filosóficas, que no consideramos tratar aquí.

Solo haremos un comentario más respecto a nuestra negativa de incursionar en cuestiones político-filosóficas o político-ideológicas. Consideramos que si partimos de la realidad de las sociedades contemporáneas, en las que nuestras argumentaciones son incommensurables, no es posible determinar la racionalidad de las argumentaciones, siendo estas aparentemente racionales, coherentes, pero precisamente contrarias. Esto es debido a que todas las argumentaciones se desprenden de las premisas, y todas las premisas parecen efectivamente verdaderas, pero no hay ninguna forma de comprobar qué cosas son más verdaderas que otras, ya que cada uno utiliza el lenguaje moral adaptándolo a su realidad (lógicamente cada una de nuestras realidades son distintas a las realidades de otro). Además esto se presenta como impersonal, como si todos pudiéramos ser capaces de entenderlas y asumirlas. Como en realidad esto no se da, utilizamos argumentos emocionales y se apela a los sentimientos personales.

20 Véase Gómez Rodríguez, Jorge Luis. *Sócrates Mejorado. Introducción al pensamiento y la pedagogía de Sócrates*. Quito, Universidad San Francisco de Quito, 2^a ed., 2006, principalmente pp.73-88.

21 Ávila Santamaría, Ramiro. “Caracterización de la Constitución de 2008. Visión panorámica de la Constitución a partir del Estado Constitucional de Derechos y Justicia”. *La nueva Constitución del Ecuador. Estado, derecho e instituciones*. Eds. Santiago Andrade et al. Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador/Corporación Editora Nacional, 2009, pp. 405-428.

22 Esta segunda interpretación la han considerado quienes se opusieron a la aprobación de la Constitución, pues elimina todo rastro de las teorías neoliberales. esta es la postura de Luis Fernando Torres. Véase Torres, Luis Fernando. “El presidencialismo constituyente y el Estado Constitucional de Montecristi”. *La nueva Constitución del Ecuador. Estado, derecho e instituciones*. Eds. Santiago Andrade et al. Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador/Corporación Editora Nacional, 2009, pp. 429-450.

A manera de conclusión

Cuando pensamos en la elaboración de este artículo, nuestras ideas estaban (y aún siguen) poco claras respecto a la manera de tratar el concepto de Justicia por el artículo 1 de la Constitución, mas con el avance de la diversidad de lecturas, así como de diálogos incansables con quienes están vinculados al ejercicio del Derecho en Ecuador y una meditación filosófica del artículo en referencia, nos llevaron a comprender —en palabras de Giordano Bruno— “desde nuestra pequeña ventana” intelectiva, la carga ideológica que la Constitución contiene. Por eso, consideramos que falta mucho por decirse y reflexionarse al respecto.

Ahora bien, desde la pequeñez de nuestra ventana intelectiva, consideramos que el concepto de Justicia ha sido transmutado en su génesis en la Constitución, es decir, por la incapacidad del lenguaje o por la enorme carga ideológica que contiene toda Constitución, la Justicia se moraliza, se convierte en un concepto relativo a cada ser, lo que conlleva al Estado en un simple administrador de Justicia, pero a su vez, descarga en los ciudadanos (dentro de los cuales se encuentran quienes están en funciones de gobierno) la asignatura pendiente de ser justos, mas ¿cómo o a través de qué medios podríamos inocular el ser justos?

Aquí es donde surgen los enormes retos de la Constitución en el ámbito de la Justicia, para lo cual consideramos necesario darle un lapso de tiempo razonable a su implementación. Sin dejar de lado el medio que nos puede llevar no a una sociedad más igualitaria y justa (que es a lo que se está abocando en estos momentos el Estado), sino a que cada uno de los ciudadanos seamos *en sí* justos.

Es obvio que el párrafo anterior se encuadra en la utopía, pero toda ideología ¿no es también una utopía? Y, como vimos mediante la presente reflexión, la Constitución está cargada de ideología, como cualquier otra. Esto es así porque “Utopía” es el nombre que, por cortesía de Tomás Moro, se ha dado a sueños similares del siglo XVI. Moro sabía bien que su proyecto para un mundo limpio de incertidumbres y de miedos incontrolados era el diseño de un escenario idóneo para una vida buena, y también era un sueño. Lo llamó “utopía”, aludiendo al mismo tiempo a dos palabras griegas: *ευτοπία*, “buen lugar” y *οὐτοπία*, “ningún lugar”. En los siglos posteriores, el mundo moderno debería ser un mundo optimista;

un-mundo-que-tiende-a-la-utopía, un mundo convencido de que una sociedad sin utopía no es habitable y que, en consecuencia, una vida sin utopía no es digna de ser vivida.

Pero por desgracia la modernidad, expresada en su filosofía dejó sus orígenes (*in origine veritas*), tanto del término, como del mismo fenómeno, convirtiéndola en técnica y ciencia, matando la pasión, el sentimiento profundo, la conmoción existencial; la experiencia vivencial, la madurez personal, la riqueza experimental, la meditación profunda e incondicional, en pocas palabras el *sumak kawsay* (buen vivir) y, con ello, la Justicia como equilibrio y punto intermedio. Todo esto fue desplazado por la idea de Progreso, la cual fue un “ir en pos de utopías”, en lugar de su *realización*.

Por lo que se podría decir que las utopías han desempeñado el papel de las liebres mecánicas, perseguidas ferozmente pero jamás alcanzadas por los perros de carreras. Aunado a que el movimiento llamado “progreso” casi siempre fue un esfuerzo por alejarse de las utopías fallidas, en vez de un esfuerzo por alcanzar utopías todavía no experimentadas; un escaparse de lo “no tan bueno como se esperaba”, en vez de partir de lo “bueno” para llegar a lo “mejor”; un esfuerzo espoleado por las frustraciones pasadas más que por las dichas futuras. Las realidades que se declaraban como “realizaciones” de las utopías solían ser horribles caricaturas de los sueños, y no el paraíso soñado. La razón irrefrenable que empujaba a “volver a poner proa hacia ella” era de nuevo una aversión hacia aquello que se *había* hecho, no a la atracción por lo que *todavía se podría* hacer... Esperamos no sea este el caso de la Constitución del Ecuador 2008.

Bibliografía

- Acosta, Alberto y Esperanza Martínez, comp. *El buen vivir como una vía para el desarrollo*. Quito, Abya-Yala, 2009.
- Apel, Karl Otto. *Teoría de la verdad y ética del discurso*. Barcelona, Paidós, 1991.
- Aristóteles. *Ética a Nicómaco*. Madrid, Mestas ediciones, 2001.
- Ávila Santamaría, Ramiro. “Caracterización de la Constitución de 2008. Visión panorámica de la Constitución a partir del Estado Constitucional de Derechos y Justicia”. *La nueva Constitución del Ecuador. Estado, derecho e instituciones*. Eds. Santiago Andrade y otros. Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador/Corporación Editora Nacional, 2009.
- Estermann, Josef. *Filosofía Andina: estudio intercultural de la sabiduría autóctona andina*. Quito, Abya-Yala, 1998.
- Gómez Rodríguez, Jorge Luis. *Sócrates mejorado: introducción al pensamiento y la pedagogía de Sócrates*. Quito, Universidad San Francisco de Quito, 2.ª ed., 2006.
- Habermas, Jürgen. *Facticidad y validez*. Madrid, Trotta, 2000.
- Martínez Navarro, E. “Justicia”. *Diez conceptos claves en ética*. Ed. Adela Cortina. Salamanca, Verbo Divino, 1994.
- Nozick, Robert. *Anarquía, Estado y Utopía*. México, D. F., Fondo de Cultura Económica, 1974.
- Rawls, John. *Teoría de la Justicia*. México, D. F., Fondo de Cultura Económica, 1978.
- Silva Portero, Carolina. “¿Qué es el buen vivir en la Constitución?” *Constitución del 2008 en el contexto andino: análisis de la doctrina y el derecho comparado*. Ed. Ramiro Ávila Santamaría. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Torres, Luis Fernando. “El presidencialismo constituyente y el Estado Constitucional de Montecristi”. *La nueva Constitución del Ecuador: Estado, derecho e instituciones*. Eds. Santiago Andrade, Claudia Storini y Agustín Grijalva. Quito, Universidad Andina Simón Bolívar/Corporación Editora Nacional, 2009.
- Walzer, M. “Spheres of Justice”. Basil Blackwell, Oxford 1983. Internet. www.mercaba.org/DicPC/J/justicia.htm. Acceso: 22 mayo 2010.

Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano

Roberto Viciano Pastor*
Rubén Martínez Dalmau**

Resumen

En este trabajo se postula la emergencia de nuevas formas del constitucionalismo, cuyas características se fusionan en el contenido material y sustancial de las nuevas constituciones de América Latina. En esta tendencia, se redefine la relación entre democracia, gobierno, Estado y derecho, sobre la base de procesos constituyentes de amplia participación y legitimidad social.

Palabras clave

Gobierno, democracia, neoconstitucionalismo, nuevo constitucionalismo, nuevo constitucionalismo latinoamericano, participación política, política, teoría del derecho.

* Doctor de derecho constitucional y catedrático de derecho constitucional, Universitat de València. Titular de la cátedra Jean Monnet sobre Instituciones Comunitarias. Preside la Fundación Centro de Estudios Políticos y Sociales (CEPS).

** Doctor en derecho, investigador del departamento de derecho constitucional, ciencia política y de la administración, Universitat de València.

I. Una nueva categoría en el constitucionalismo

Si existe una disciplina en las ciencias jurídicas que parece contar, como cualidad intrínseca, con problemas para la innovación es, desde luego, el derecho constitucional. Se trata de un ámbito donde es difícil la innovación y la experimentación, más propia –y en muchos casos relativamente fácil– de otras disciplinas jurídicas. Seguramente, la razón se encuentra en la íntima relación entre democracia, gobierno y derecho, fundamentos del constitucionalismo en general, y del derecho constitucional, entendido como la dimensión jurídica del constitucionalismo, en particular. En efecto, cuando las innovaciones afectan a la legitimidad del poder público –democracia–, al ejercicio de este poder –gobierno– o a la regulación jurídica de ambas cuestiones –Constitución¹–, son poco atractivos los procesos innovadores, en especial cuando el devenir histórico ha enseñado que no todo cambio en este campo ha sido para mejor² y los que lo han sido, no siempre han conseguido consolidarse.

- 1 Javier García Roca sintetiza bien la lectura tradicional de la esencia del constitucionalismo cuando afirma que, el problema del derecho constitucional es siempre el mismo, siglo tras siglo, desde nuestros precursores ilustrados: limitar al Príncipe, controlar el poder, para permitir la libertad política de los ciudadanos, o, en otras palabras, salvaguardar el Estado de derecho para que, dentro de sus límites, operen la soberanía popular y el principio democrático (García Roca, Javier. “Del principio de la división de poderes”. *Revista de Estudios Políticos* n.º 108, abril-junio 2000, p. 70). Esta formulación pone de relieve una confusión bastante frecuente en la doctrina que debemos aclarar: el constitucionalismo no limita la soberanía popular, sino a los representantes de la soberanía popular. Precisamente la soberanía popular, ejercida directamente a través de la aprobación mediante consulta popular del texto constitucional, legítima democráticamente el Estado de derecho, dando sentido a que la Constitución sea límite a quienes ejercen el gobierno designados por la soberanía popular. Respecto a la tensión entre democracia y constitucionalismo (véase Salazar Ugarte, Pedro. *La democracia constitucional: una radiografía teórica*. México, D. F., Fondo de Cultura Económica, 2006).
- 2 Como ocurrió, al inicio del constitucionalismo europeo, con la reacción conservadora a la propuesta liberal revolucionaria que desnaturalizó la identidad entre democracia y Constitución, a mediados del siglo XIX, cuando se apreciaba la victoria del constitucionalismo conservador frente al revolucionario, Pi y Margall afirmaba de la Constitución francesa de 1793 que los jacobinos escribieron, una declaración de los derechos del hombre, que con sobrada razón se ha hecho famosa. Consignar nuestros derechos es consignar nuestra soberanía, y consignar la soberanía individual es consignar la de los pueblos. Los autores de nuestras constituciones no han dejado de seguir en esto las pisadas de aquellos revolucionarios, célebres para siempre en los fastos de la historia; mas con tan poco acierto y filosofía tan escasa, que no puedo menos que volver a descargar sobre ellos todo el peso de mi crítica (Pi y Margall, Francisco. *La reacción y la revolución: estudios políticos y sociales*. Madrid, Rivadeneira, 1854, p. 158). Peces-Barba definirá esta desvirtuación conservadora del constitucionalismo de la siguiente manera: Los sectores antimodernos, tradicionalistas y contrarrevolucionarios plantearán una alternativa de Constitución como un orden natural e histórico que condicione al derecho que es solo reflejo de ese orden previo (Peces-Barba, Gregorio. “La Constitución y la seguridad jurídica”. *Claves de la Razón Práctica*, n.º 138, diciembre 2003, p. 5).

Por ese motivo, la doctrina constitucional sigue siendo renuente a las modificaciones sustanciales del modelo constitucional, fundamentándose en categorías que supusieron un evidente avance en el contexto de la Europa de posguerra pero que hoy, por la natural evolución de la sociedad y por el acomodo institucional de quienes promovieron aquel progreso histórico, necesitan de una urgente revisión.

Desde el punto de vista de los cambios conceptuales producidos en el constitucionalismo de inspiración europea, podemos determinar cuatro grandes modelos de constitucionalismo, que se corresponden con otros tantos *momentos constituyentes*³ y que responden a una determinada concepción del constitucionalismo: la progresiva construcción del constitucionalismo liberal-revolucionario durante las revoluciones burguesas del siglo XVIII; la reacción conservadora, desvirtuadora del constitucionalismo, fruto de la renovada coalición entre la clase burguesa y la aristocracia, que surgió con la reacción termidoriana en la Revolución francesa y se desarrolló durante el siglo XIX y los primeros años del siglo XX; la temporal recuperación del constitucionalismo democrático, durante las primeras décadas del siglo XX; y la aparición del constitucionalismo social, después de la Segunda Guerra Mundial, que entiende que no puede consolidarse un modelo democrático de Estado sin un pacto de redistribución de la riqueza entre las clases dominantes y las dominadas.⁴

Pero desde hace unas décadas, ante el progresivo debilitamiento de un concepto fuerte de Constitución, el neoconstitucionalismo ha insistido en la diferenciación entre el concepto formal y material de Estado constitucional. La distinción estriba en entender que no es un Estado constitucional aquel Estado que cuenta con un texto que se autodenomina Constitución (concepto formal),⁵ sino el que cuenta con una Constitución en

3 Para una visión sucinta de los *momentos constituyentes*, véase en general Viciano Pastor, Roberto y Rubén Martínez Dalmau. “El proceso constituyente venezolano en el marco del nuevo constitucionalismo latinoamericano”. *Ágora-Revista de Ciencias Sociales*, n.º 13, 2005, pp. 55-68.

4 Habermas, Jürgen. “La lucha por el reconocimiento en el Estado democrático de derecho”. *Daimon. Revista de Filosofía*, n.º 15, 1997, p. 25; y sobre la evolución desde el Estado liberal revolucionario hasta el Estado social y democrático de derecho, de entre la amplia bibliografía al respecto, véase Häberle, Peter. *El estado constitucional*. México, D. F., UNAM, 2001.

5 Como frontalmente ha expresado Aguiló, cuando nos preguntamos qué es el Estado constitucional, una respuesta fácil, pero inútil, consistiría en afirmar que Estado constitucional es aquel que cuenta con una Constitución, véase Aguiló Regla, Josep. “Sobre la constitución del Estado constitucional”. *Doxa* n.º 24, 2001, p. 450.

sentido propio (concepto material), es decir, fruto de la legitimidad democrática y que cuenta con instrumentos que garantizan la limitación del poder y la efectividad de los derechos contemplados en el texto constitucional. Desde esta posición, el Estado constitucional es un concepto en constante construcción pues siempre debe estar luchando por conseguir hacer efectivos sus dos elementos fundamentales: el de *legitimidad democrática* y el de *normatividad*. Por lo tanto, la Constitución es la juridificación de las decisiones políticas fundamentales adoptadas por la soberanía popular, es el elemento de enlace entre Política y Derecho y el mecanismo de legitimación democrática de este.⁶ Por tanto, no basta con la existencia de una Constitución, sino que el ordenamiento jurídico debe estar “impregnado” de las normas constitucionales. Para ello, un insigne representante del neoconstitucionalismo, *Guastini*, determina siete condiciones de constitucionalización efectiva, lista que el autor entiende que puede no ser completa y presenta como una propuesta de inicio para el debate doctrinal, y que comprende la rigidez constitucional, la garantía jurisdiccional de la Constitución, su fuerza vinculante, la “sobreinterpretación” de la Constitución, la aplicación directa de las normas constitucionales, la interpretación conforme a la Constitución de las leyes, y la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas.⁷

Pero esta reacción garantista surgida en Europa ante el vaciamiento del concepto de Constitución en las últimas décadas del siglo XX, ha quedado reducida a una posición doctrinal de escasa influencia real en el contexto histórico y social en que apareció. Por el contrario y a partir del inicio de la década de 1990, en América Latina, dichas teorías garantistas han sido asumidas por el nuevo constitucionalismo latinoamericano que, además, ha sumado una radical aplicación de la teoría democrática de la Constitución. Desde este punto de vista, se supera el concepto de Constitución como limitadora del poder (constituido) y se avanza en la definición de la Constitución como fórmula democrática donde el poder constituyente –la soberanía popular– expresa su voluntad sobre la configuración y limitación del Estado pero también de la propia sociedad.

6 En general, véase Favoreu, Louis. “La constitutionalisation du droit”. *L’unité du droit. Mélanges en hommage à Roland Drago*. AA.VV. Paris, Económica, 1996.

7 Guastini, Ricardo. “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”. *Neoconstitucionalismo(s)*. Ed. Miguel Carbonell. Madrid, Trotta, 2003, pp. 50-57.

II. Neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo

Cabe, llegados a este punto, realizar algunas precisiones sobre algunos de los conceptos utilizados hasta el momento: *neoconstitucionalismo*, *nuevo constitucionalismo* y *nuevo constitucionalismo latinoamericano*.

El estudio dialéctico del constitucionalismo desde su origen hasta el Estado social ha argumentado la perspectiva de un constitucionalismo en evolución: el constitucionalismo como corriente ideológica arrancaría como es bien conocido con el radicalismo democrático, se realizaría durante las revoluciones liberales de finales del siglo XVIII, y evolucionaría hasta las constituciones del Estado democrático y social de derecho, salvo el largo período involutivo conservador –al que ya se ha hecho referencia– apuntalado por el positivismo, que arrancó con el vuelco conservador del recién nacido constitucionalismo revolucionario y se prorrogó hasta las primeras constituciones democráticas durante la segunda década del siglo XX.

El neoconstitucionalismo, como indica *Carbonell*, pretende explicar este conjunto de textos constitucionales que comienzan a surgir a partir de la década de los setenta. Son constituciones que no se limitan a establecer competencias o a separar a los poderes públicos, sino que contienen altos niveles de normas materiales o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos. Se aluden como constituciones representativas la española de 1978 o la brasileña de 1988.⁸

Ahora bien, el neoconstitucionalismo desde este punto de vista es una *teoría del Derecho*⁹ y no, propiamente, una *teoría de la Constitución*. Su fundamento es el análisis de la dimensión positiva de la Constitución, para lo cual no es necesario el análisis de la legitimidad democrática y de la fórmula mediante la cual la voluntad constituyente se traslada a la voluntad constituida. De esa manera, el neoconstitucionalismo reivindica la reinterpretación desde la Constitución del Estado de derecho.

8 Carbonell, Miguel. “El neoconstitucionalismo en su laberinto”. *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Ed. Miguel Carbonell. Madrid, Trotta, 2007, pp. 9-10.

9 Carbonell, Miguel. “Nuevos tiempos para el constitucionalismo”. *Neoconstitucionalismo(s)*. Ed. Miguel Carbonell, Madrid, Trotta, 2003, p. 10.

Como sintéticamente ha expresado *Ferrajoli*, se debe distinguir entre “el modelo paleo-iuspositivista del Estado legislativo de derecho, o Estado legal, que surge con el nacimiento del Estado moderno como monopolio de la producción jurídica, y el modelo neoiuspositivista del Estado constitucional de derecho (o Estado constitucional) producto, a su vez, de la difusión en Europa, tras la Segunda Guerra Mundial, de las constituciones rígidas y del control de constitucionalidad de las leyes ordinarias”.¹⁰

En definitiva, el neoconstitucionalismo pretende, sin ruptura, convertir al *Estado de derecho* en el *Estado constitucional de derecho*. La presencia hegemónica de los principios como criterios de interpretación en el constitucionalismo ha sido, como afirma *Sastre*, la principal herramienta de ataque del neoconstitucionalismo al positivismo jurídico. “Estos principios, que aspiran a conceder unidad material al sistema jurídico aunque estén presididos por el pluralismo, han hecho inservibles las tesis mecanicistas de la interpretación, que era uno de los pilares del positivismo teórico”.¹¹ Por esta razón, el neoconstitucionalismo está caracterizado por una Constitución invasora, por la positivización de un extenso catálogo de derechos, por la omnipresencia en la Constitución de principios y reglas, y por la determinación de que la interpretación y la aplicación de las normas constitucionales no puede ser la misma que la de las normas legales.¹² Se trata, en definitiva, de recuperar la centralidad de la Constitución en el ordenamiento jurídico y fortalecer su presencia determinadora en el desarrollo e interpretación del mismo.

Por su parte el *nuevo constitucionalismo* asume las posiciones del neoconstitucionalismo sobre la necesaria impregnación constitucional del ordenamiento jurídico pero su preocupación no es únicamente la dimensión jurídica de la Constitución sino, incluso en un primer orden, la legitimidad democrática de la Constitución. En efecto, si el constitucionalismo es el mecanismo por el que la ciudadanía determina y limita el poder público, el primer problema del constitucionalismo debe ser garantizar la

10 Ferrajoli, Luigi. “Pasado y futuro del Estado de Derecho”. *Neoconstitucionalismo(s)*. Ed. Miguel Carbonell. Madrid, Trotta, 2003, pp. 13-29.

11 Sastre Ariza, Santiago. *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*. Madrid, McGraw Hill, 1999, p. 145.

12 Comanducci, Paolo. “Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico”. *Neoconstitucionalismo(s)*. Ed. Miguel Carbonell. Madrid, Trotta, 2003, p. 83.

traslación fiel de la voluntad del poder constituyente (del pueblo) y certificar que solo la soberanía popular, directamente ejercida, sea la que pueda determinar la generación o la alteración de las normas constitucionales. Desde este punto de vista, el *nuevo constitucionalismo* recupera el origen radical-democrático del constitucionalismo jacobino, dotándolo de mecanismos actuales que pueden hacerlo más útil en la identidad entre voluntad popular y Constitución.

Por todo ello, el nuevo constitucionalismo busca analizar, en un primer momento, la *fundamentación* de la Constitución, es decir, su legitimidad, que por su propia naturaleza solo puede ser extrajurídica. Posteriormente –como consecuencia de aquella– interesa la *efectividad* de la Constitución, con particular referencia –y en ese punto se conecta con los postulados neoconstitucionalistas– a su normatividad. Desde el axioma democrático, el fundamento de la constitucionalización del ordenamiento jurídico solo puede encontrarse en que la Constitución es fruto del mandato del poder constituyente, que reside en el pueblo, y refleja su voluntad. Por esa razón, el Estado constitucional solo puede ser el Estado regido por una Constitución legitimada directamente por la ciudadanía, no por sus representantes. El neoconstitucionalismo es, en consecuencia, una *teoría del derecho*, pero solo subsidiariamente y en la medida en que la Constitución rige el resto del ordenamiento jurídico; mientras que el nuevo constitucionalismo es, principalmente, una *teoría (democrática) de la Constitución*.

Pero el nuevo constitucionalismo va más allá y entiende que, para que tenga efectiva vigencia el Estado constitucional no basta con la mera comprobación de que se ha seguido el adecuado procedimiento constituyente y que se han generado mecanismos que garantizan la efectividad y normatividad de la Constitución. Defiende que el contenido de la Constitución debe ser coherente con su fundamentación democrática, es decir que debe generar mecanismos para la directa participación política de la ciudadanía, debe garantizar la totalidad de los derechos fundamentales incluidos los sociales y económicos, debe establecer procedimientos de control de constitucionalidad que puedan ser activados por la ciudadanía y debe generar reglas limitativas del poder político, pero también de los poderes sociales, económicos o culturales que, producto de la Historia, también limitan el fundamento democrático de la vida social y los derechos y libertades de la ciudadanía.

Pues bien, ese nuevo constitucionalismo teórico ha encontrado su plasmación, con algunas dificultades, en los recientes procesos constituyentes latinoamericanos llevados a cabo en Venezuela, Bolivia y Ecuador.¹³ Al menos, en cuanto a la fundamentación de la Constitución. Está por ver si también se consigue llevar a la práctica todo lo diseñado en esos textos constitucionales con respecto a su efectividad y normatividad. Aunque comienzan a percibirse distorsiones importantes que pueden volver a frustrar un intento de recuperación integral de una teoría democrática de la Constitución. Estos procesos con sus productos, las nuevas constituciones de América Latina, conforman el contenido del conocido como *nuevo constitucionalismo latinoamericano*.¹⁴

No hay que perder de vista que este nuevo constitucionalismo latinoamericano, además de pretender garantizar un real control del poder por los ciudadanos busca, como afirman *Gargarella y Courtis*, responder a la pregunta –aunque no es la única– de cómo se soluciona el problema de la desigualdad social.¹⁵ El hecho de que se trate de sociedades que no experimentaron el Estado social, induce a pensar que las luchas sociales fueron el fundamento de la aparición a ese nuevo constitucionalismo latinoamericano. Los recientes procesos constituyentes latinoamericanos, por lo tanto, pasan a ser procesos *necesarios* en el devenir de la historia,¹⁶ como resultado directo de los conflictos sociales que aparecieron durante la aplicación de políticas neoliberales, particularmente durante la década de los ochenta, y de los movimientos populares que intentaron contrarrestarlos.¹⁷

13 Al hablar de dificultades, nos referimos a la modificación pactada entre el Gobierno nacional y la oposición política boliviana del texto constitucional redactado por la Asamblea Constituyente, que supuso una grave alteración del correcto procedimiento constituyente. Sin embargo, hay que poner de relieve que la crisis política generada por la dura confrontación de la oposición con el Gobierno, seguramente impidió cualquier otra fórmula más respetuosa con la teoría democrática de la Constitución.

14 Viciano, Roberto y Rubén Martínez. “El proceso constituyente venezolano en el marco del nuevo constitucionalismo latinoamericano”. *Ágora, Revista de ciencias sociales* 13. Madrid., 2005, pp. 60 ss.

15 Gargarella, Roberto y Christian Courtis. *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes*. Santiago de Chile, Cepal, 2009, p. 11.

16 Roberto Viciano y Rubén Martínez, *op. cit.*, p. 61.

17 Véase, en general, Seoane, José, Emilio Taddei y Clara Algranati. “Las nuevas configuraciones de los movimientos populares en América Latina”. *Política y movimientos sociales en un mundo hegemónico: lecciones desde África, Asia y América Latina*. Eds. Atilio Borón y Lechini Gladys. Buenos Aires, Clacso, 2006, pp. 227 ss.

Estos concretos procesos sociales donde se ha plasmado, al menos parcialmente, los postulados del neoconstitucionalismo y del nuevo constitucionalismo, han sido frecuentemente descalificados alegando que realmente encubren procesos neopopulistas.¹⁸ Edwards, por ejemplo, afirma que, en relación con las nuevas constituciones latinoamericanas, el neoconstitucionalismo acepta y promueve el uso recurrente de plebiscitos y referendos para poder avanzar en sus agendas políticas y sociales. Es decir, esta novel doctrina ha elevado una de las características fundamentales del populismo –el que el líder populista apele de manera directa a las masas para obtener sus objetivos– a nivel constitucional.¹⁹ Pero la posición tanto del neoconstitucionalismo como del nuevo constitucionalismo es la diametralmente opuesta a la que plantea este autor. Con independencia de la necesidad de revisar el concepto de *populismo*, que excede el objetivo del presente trabajo, lo cierto es que para estas corrientes el avance democrático se realiza *en el marco de la Constitución*, y no por medio de la relación directa entre el líder y las masas. Es el Gobierno el que está legitimado por el pueblo y no, desde luego, al contrario. El diseño del campo de acción jurídico-política, en cada caso, se establece mediante la Constitución, única norma directamente legitimada por el pueblo en uso de su exclusivo poder constituyente. De hecho, es en ese marco donde se circscribe, por ejemplo, la activación del poder constituyente en Ecuador diez años después de aprobada la Constitución de 1998²⁰ o, más recientemente, la derrota de la reforma constitucional promovida por Hugo Chávez en Venezuela en

18 Un ejemplo comparado entre el caso colombiano y el venezolano se encuentra en Aristizábal, Guillermo, Luis Patiño y Porfirio Cardona Restrepo. *El neopopulismo: una aproximación al caso colombiano y venezolano*. *Estudios Políticos*, n.º 34, enero-junio 2009, pp. 163-184.

19 Edwards, Sebastián. *Populismo o mercado: el dilema de América Latina*. Bogotá, Norma, 2009, p. 233.

20 La historia constitucional ecuatoriana, en buena medida, había sido más evolucionada que en el resto de América Latina por la temprana aprobación –y revisión– de la Constitución ecuatoriana de 1998, la cual incorporó una serie de avances que, si bien no fueron suficientes y exigieron una revisión total una década después, sí apuntaban hacia el nuevo constitucionalismo latinoamericano, véase Martínez Dalmau, Rubén. “Los nuevos paradigmas constitucionales de Ecuador y Bolivia”. *La Tendencia. Revista de Análisis Político* n.º 9, marzo-abril 2009, pp. 37-41.

diciembre de 2007.²¹ Tampoco acierta el autor con otros elementos, como la reelección indefinida, que nunca han sido defendidas por posiciones neoconstitucionalistas ni del nuevo constitucionalismo.²²

21 Derrota que pudo deberse a que, aunque se considerará necesaria la introducción de modificaciones en el texto para profundizar en el proceso de cambio, la forma y el fondo del proyecto no eran los oportunos. En su forma, la propuesta era mejorable técnicamente y de fondo, incorporaba elementos extremadamente complejos e impropios de un cambio de avanzada. Se trataba de un proyecto que no cumplía con las expectativas de profundización del cambio del modelo económico y social; aparecían muchos conceptos que, al menos en la propuesta de reforma, no estaban suficientemente concretados; no avanzó suficientemente en las garantías de los derechos económicos y sociales, ni en los mecanismos concretos de transformación del modelo de producción. Por otra parte, el proyecto no solo no profundizaba en la democracia participativa, sino que endurecía varias condiciones para su aplicación, lo cual suponía un grave error, especialmente cuando la diferencia entre el proceso de cambio venezolano y otros procesos sociales ha sido justamente la legitimidad que proporciona la participación. Y, por último, se pudo haber apelado, y no se hizo, al mecanismo adecuado para la realización de los cambios: la asamblea constituyente. En general, véase Viciano Pastor, Roberto y Rubén Martínez Dalmau. “Necesidad y oportunidad en el proyecto venezolano de reforma constitucional (2007)”. *Revista Venezolana de Economía y Ciencias Sociales*, vol. 14, n.º 2, 2008, pp. 102-132.

22 Afirma Edwards, citando a los autores del presente trabajo, que “quienes apoyan estas disposiciones argumentan que todo lo que han hecho es incorporar los deseos de las personas –el soberano último– a la Carta magna del país. Además, han dicho que los sistemas parlamentarios, como los de los países europeos, permiten que un partido o una coalición dada, sea reelegida de manera ilimitada, y que mientras ese partido mantenga a su líder, él o ella puede seguir al mando del Ejecutivo por un período ilimitado de tiempo”, estos argumentos, afirma el autor, no tienen en cuenta que en un sistema parlamentario es posible censurar al primer Ministro, una opción que no está disponible en la Constitución venezolana, “donde los ministros pueden ser censurados, pero no el jefe del ejecutivo al mando de la nación” (Sebastián Edwards, *op. cit.*, p. 236). La desinformación en este análisis es evidente, y trasluce la desconfianza conservadora hacia las decisiones democráticas. Los autores, en el trabajo citado por Edwards, se limitaron a explicar las condiciones en que se dio el debate sobre la reforma constitucional venezolana intentada en 2007, y entre ellas la necesidad de comprender desde el marco comparado que la revocatoria del mandato del Jefe de Estado, presente en todas las constituciones latinoamericanas desde la venezolana de 1999 –y, de hecho, aplicada en Venezuela en 2004–, fungía de *moción de censura* en un sistema presidencialista. Pero en ningún momento defendieron la reelección ilimitada; es más, afirmaron, en relación con el proyecto de reforma constitucional, el peligro que... suponía “el retroceso que se experimentaba en el concepto de democracia participativa, verdadero sustento del proceso de cambio en Venezuela desde 1998” (Roberto Viciano Pastor y Rubén Martínez Dalmau, *op. cit.*, p. 124). Por otro lado, el referendo revocatorio, como el resto de mecanismos de participación previstos en la Constitución venezolana, no implican ningún tipo de previsión sobre la decisión del pueblo, como de hecho se demostró en el citado proceso fallido de reforma constitucional como afirma Salamanca, la intervención política del ciudadano no está limitada por ningún tipo de orientación ideológica previa, va más allá del sufragio, estableciéndose múltiples vías de injerencia en la cosa pública, en adelante, deberíamos ver al pueblo no solo votando, sino decidiendo los asuntos públicos, véase Salamanca, Luis. “La democracia directa en la Constitución venezolana de 1999. *El sistema político en la Constitución Bolivariana de Venezuela*”. Eds. Luis Salamanca y Roberto Viciano Pastor. Caracas, Vadell Hermanos, 2004, p. 119.

III: El constitucionalismo necesario y los procesos constituyentes latinoamericanos

El nuevo constitucionalismo latinoamericano, que ha sido calificado como *constitucionalismo sin padres*,²³ se diferencia respecto del constitucionalismo anterior, en el campo de la legitimidad, por la naturaleza de las asambleas constituyentes. Desde las constituciones fundacionales latinoamericanas –que, por otro lado, fueron más cercanas al liberalismo conservador que al revolucionario– América Latina había carecido de procesos constituyentes ortodoxos –esto es, plenamente democráticos– y, en cambio, había experimentado en multitud de ocasiones procesos constituyentes conducidos exclusivamente por las élites y alejados de la naturaleza democrática propia del auténtico poder constituyente. La evolución posterior del constitucionalismo latinoamericano del siglo XX, anterior a las nuevas constituciones, se fundamentó en el nominalismo constitucional y, con ello, en la falta de una presencia efectiva de la Constitución en el ordenamiento jurídico y en la sociedad. En general, las constituciones del *viejo constitucionalismo* no cumplieron más que los objetivos que habían determinado las élites: la organización del poder del Estado y el mantenimiento, en algunos casos, de los elementos básicos de un sistema democrático formal.

Por razones directamente relacionadas con las necesidades sociales y la falta de salidas democráticas, y con precedentes en varios intentos constituyentes latinoamericanos que finalmente fallaron en su legitimidad, los nuevos procesos constituyentes latinoamericanos tuvieron su inicio en Colombia a principios de la década de los noventa, pero fruto de reivindicaciones sociales anteriores. El proceso colombiano ya contó con las principales características del nuevo constitucionalismo en cuanto a la legitimidad de origen: respondió a una propuesta social y política, precedida de movilizaciones que demostraban el factor necesidad, y se articuló en una asamblea constituyente, plenamente democrática. Sin embargo, por tratarse de un primer momento de una nueva construcción teórica y práctica, el proceso careció del referéndum de ratificación popular que

23 Véase Martínez Dalmau, Rubén. *Asambleas constituyentes e novo constitucionalismo en América Latina*, *Tempo Exterior*, n.º 17, julio-diciembre 2008, pp. 5-15.

resulta el aspecto nuclear de legitimación de la Constitución. Ello no quiere decir que no se planteará esa posibilidad, sino que no consiguió imponerse. De hecho, *Angulo* se retrotrae a mediados de la década de los ochenta, para determinar el momento en que comenzaron a aparecer en diferentes sectores de la opinión pública la necesidad (y, por lo tanto, la posibilidad) de convocar un referéndum para aprobar la Constitución.²⁴

La activación directa de la asamblea constituyente no estaba prevista, desde luego, en la Constitución colombiana de 1886, todavía vigente –con sus enmiendas– a las puertas del siglo XXI. En esas condiciones se produjo el movimiento de la séptima papeleta, mediante el cual se invitaba “al electorado a pronunciarse sobre la convocatoria de una Asamblea constitucional para reformar la carta política, mediante la utilización de una papeleta de votación, entonces mecanismo utilizado, que debía ser introducida en las urnas en las elecciones del 11 de marzo de 1990”.²⁵ El resto es bien conocido: el proceso constituyente colombiano que culminó con la Constitución de 1991.

El elemento de *necesidad* del proceso constituyente colombiano y la situación de emergencia en la que vivía el país se tradujeron en el propio decreto legislativo n.º 1926, de 24 de agosto de 1990, cuando exponía que los hechos “demuestran a las claras que las instituciones tal como se encuentran diseñadas no son suficientes para enfrentar las diversas formas de violencia a las que tienen que encarar [...] (Estas) han perdido eficacia y se han vuelto inadecuadas, se han quedado cortas para combatir modalidades de intimidación y de ataque no imaginadas siquiera hace pocos años, por lo que su rediseño resulta una medida necesaria para que las causas de perturbación no continúen agravándose”. Finalmente, y a pesar de los obstáculos y de la apropiación por parte de sectores políticos tradicionales de buena parte del proceso,²⁶ la Constitución colombiana de 1991 se reivindicó como un texto constitucional fuerte, capaz de cambiar

24 Angulo Bossa, Jaime. *Gestación del constitucionalismo colombiano (1781-1991): doscientos años de proceso constituyente*. Bogotá, Leyes, 2002, pp. 127 ss.

25 Villaneda, Santiago Amador. “El camino de la Constitución de 1991: diario de la exclusión”. *Poder constituyente, conflicto y Constitución en Colombia*. Dir. Óscar Mejía Quintana. Bogotá. Universidad de los Andes, 2005, p. 92.

26 Lo que, en términos de Villaneda, convierte al proceso constituyente colombiano en inacabado, pp. 98 ss.

de forma decisiva el devenir del país. No en vano, el proceso constituyente colombiano de 1990-1991 ha sido calificado como el inicio de verdadero constitucionalismo colombiano.²⁷

A la experiencia colombiana, después de la adulteración del procedimiento constituyente en el Perú fujimorista, le siguió la experiencia ecuatoriana de 1998, donde la falta de un referéndum final sobre el texto constitucional, así como, especialmente, el conflicto entre la asamblea constituyente y los poderes constituidos, debilitaron la legitimidad de la nueva Constitución,²⁸ que tuvo que ser abrogada por un nuevo proceso constituyente diez años después.

Donde puede afirmarse con rotundidad que se produjo el primer proceso constituyente conforme a los requisitos marcados por el nuevo constitucionalismo, rescatando la originaria teoría democrática de la Constitución, fue en Venezuela en 1999. En dicho proceso no solo se dieron los elementos centrales de los procesos constituyentes ortodoxos –referéndum activador del proceso constituyente y referéndum de aprobación del texto constitucional incluidos–, sino que se vislumbraron con nitidez tanto la *necesidad* constituyente, manifestada en la crisis social y política de finales de los ochenta²⁹ y la década de los noventa, como la exigencia de rigidez para la reforma del nuevo texto constitucional, que excluyó la posibilidad de que pudiese ser reformada por el poder constituido.

27 Véase en general, la obra de *Angulo* ya citada.

28 Para un análisis del proceso constituyente ecuatoriano y de la Constitución de 1998. Véase en general, Viciano Pastor, Roberto, Julio César Trujillo y Santiago Andrade, eds. *Estudios sobre la Constitución ecuatoriana de 1998*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2005 (edición ecuatoriana bajo el título *La estructura constitucional del Estado ecuatoriano*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2005).

29 Y cuya principal expresión fueron la serie de protestas populares conocidas como caracazo, en febrero de 1989. Sobre los antecedentes, gestación y desarrollo del proceso constituyente venezolano, véase Viciano Pastor, Roberto y Rubén Martínez Dalmau. *Cambio político y proceso constituyente en Venezuela (1998-2000)*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2001 (edición venezolana de Vadell Hermanos, Caracas, 2001). Un resumen de los antecedentes del proceso puede encontrarse en Martínez Dalmau, Rubén. “De Punto Fijo a la constituyente: los bolivarianos, entre la acción y la reacción”, en Juan Torres López, *Venezuela, a contracorriente*. Respecto a la relación entre el proceso constituyente venezolano y el nuevo constitucionalismo latinoamericano, véase Roberto Viciano Pastor y Rubén Martínez Dalmau, *El proceso constituyente venezolano*; y, más recientemente, en Viciano Pastor, Roberto y Rubén Martínez Dalmau. “El proceso constituyente venezolano de 1999: su significado jurídico y político”. *Refundación del Estado nacional: procesos constituyentes y populares en América Latina*. Eds. William Ortiz Jiménez y Ricardo Oviedo Arévalo. Medellín, Universidad Nacional de Colombia-Sede Medellín y Universidad de Nariño, 2009.

Una nueva fase, sin duda, de los procesos constituyentes latinoamericanos, caracterizada en particular por elementos formales de las constituciones, la conforman los dos procesos que tuvieron lugar como continuación de aquellos: el ecuatoriano de 2007-2008, cuyo texto se caracteriza principalmente por la innovación en el catálogo de derechos y por la definición del Estado como Estado constitucional;³⁰ y el boliviano de 2006-2009, el más difícil de todos los habidos, y cuyo resultado, la Constitución boliviana de 2009, es seguramente uno de los ejemplos más rotundos de transformación institucional que se ha experimentado en los últimos tiempos, por cuanto avanza hacia el Estado plurinacional, la simbiosis entre los valores poscoloniales y los indígenas, y crea el primer Tribunal Constitucional elegido directamente por los ciudadanos del país.³¹

Cada una de las experiencias constituyentes mencionadas se conforma en sí misma como un modelo teórico-práctico diferente del resto de los procesos constituyentes. Pero todas ellas cuentan con un denominador común que, para el análisis realizado en esta sede, es necesario resaltar: asumen la necesidad de legitimar la voluntad social de cambio mediante un intachable proceso constituyente de hechura democrática y, aunque los resultados son en buena medida desiguales, consiguen aprobar *constituciones* que apuntan, en definitiva, hacia el Estado constitucional. Teoría y práctica se unen, por lo tanto, en el *nuevo constitucionalismo latinoamericano*.

-
- 30 Respecto al texto ecuatoriano, véase en general Ávila Santamaría, Ramiro, Agustín Grijalva Jiménez y Rubén Martínez Dalmau, eds. *Desafíos constitucionales: la Constitución ecuatoriana de 2008 en perspectiva*. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos/Tribunal Constitucional, 2008.
- 31 Al respecto, véase Martínez Dalmau, Rubén. *El proceso constituyente boliviano (2006-2008) en el marco del nuevo constitucionalismo latinoamericano*. La Paz, Enlace, 2008. También Martínez Dalmau, Rubén. “Heterodoxia y dificultades en el proceso constituyente boliviano (2006-2009)”. *Refundación del Estado nacional, procesos constituyentes y populares en América Latina*. William Ortiz Jiménez y Ricardo Oviedo Arévalo.

IV. Características formales: los *rasgos* del nuevo constitucionalismo

No solo en el elemento *legitimidad* ofrecido por los procedimientos democráticos con que se construyeron los textos latinoamericanos se ha traducido la aparición del nuevo constitucionalismo. Como no podía ser de otra manera, la recuperación de la teoría clásica de los procesos constituyentes y de la verdadera naturaleza originaria y creadora del poder constituyente ha incidido en la forma y estructura de las nuevas constituciones latinoamericanas que, sin romper con el concepto racional-normativo de Constitución –texto escrito, ordenado y articulado–, sí se adentran en algunas especificidades que, en buena medida, recuperan varias de las preocupaciones –e incluso algunas soluciones– del constitucionalismo liberal-revolucionario; en particular, el fortalecimiento de su dimensión política.

Esto es así por cuanto el elemento *necesidad* ha servido de detonante, en todos los casos, de un esfuerzo suplementario por la búsqueda de elementos útiles para el cambio planteado como objetivo del proceso constituyente. Utilidad entendida en dos sentidos: por un lado, como el ejercicio intelectual para incorporar en el texto constitucional nuevos conceptos e instituciones que podrían coadyuvar mediante su aplicación en el cumplimiento de la Constitución y, en definitiva, en la mejora en la calidad y condiciones de vida de los ciudadanos. Al respecto, las innovaciones no solo aparecen en su forma positiva, con la incorporación de rasgos propios, incomprensibles desde el prisma del constitucionalismo del Estado social; sino también en la negativa, por cuanto en ocasiones se niegan planteamientos tradicionales y desaparecen instituciones propias de la historia constitucional de cada país.³² Por lo tanto, uno de los primeros rasgos visibles en el nuevo constitucionalismo latinoamericano es la sustitución de la *continuidad* constitucional –sustento del *viejo* constitucionalismo, salvo en momentos de crisis institucionales y de superaciones de épocas autoritarias–, bajo el hilo conductor del poder de reforma de la

32 Otras, no obstante, se han mantenido, por el peso de la tradición histórica incluso sobre la capacidad innovadora de los procesos constituyentes. Es el ejemplo, en Venezuela, de la perduración de la forma descentralizada federal en el Estado, a pesar de que finalmente se optó por un parlamento de una sola cámara, lo que convierte al país en un único y extraño ejemplo de federación unicameral. Por otro lado, a pesar de las nuevas formas religiosas y de espiritualidad incorporadas en las constituciones, todas ellas invocan a Dios en el preámbulo.

Constitución en manos de los legislativos ordinarios, por la ruptura con el sistema anterior que, proveniente de los procesos constituyentes, se traduce en los nuevos textos.³³

Pero, en otro sentido, la utilidad de las nuevas constituciones se manifiesta también en su dimensión simbólica, intrínsecamente no menos adecuada que la dimensión fáctica. El hecho de que los procesos constituyentes latinoamericanos hayan insistido en la diferencia entre el Estado por destruir y el Estado por construir, en la *ruptura democrática* con lo viejo, y en la apuesta por la democracia material sobre la formal se visualiza, de hecho, con incorporaciones en los textos de componentes diferenciadores que, en muchos casos, sirven únicamente como elemento simbólico de distinción del proceso ante el rechazo del pasado inmediatamente anterior y la esperanza del futuro a que dará pie el nuevo texto constitucional. Las redacciones de los textos constitucionales están plagadas, por esta razón, de referencias al mencionado lenguaje simbólico, que está relacionado con el fortalecimiento de la dimensión política de la Constitución –y, en este sentido, con la lectura particularizada que de esta realizan los ciudadanos– más que con previsiones de efectos jurídicos.³⁴

A todo ello cabe añadir que han sido cuatro las características formales que más han caracterizado al nuevo constitucionalismo: su contenido innovador (originalidad), la ya relevante extensión del articulado (amplitud), la capacidad de conjugar elementos técnicamente complejos con un lenguaje asequible (complejidad), y el hecho de que se apuesta por la activación del poder constituyente del pueblo ante cualquier cambio constitucional (rigidez).³⁵

33 Esta rebelión contra el pasado puede apreciarse principalmente en los preámbulos constitucionales que, como el boliviano, hacen referencia explícita a los sucesos acontecidos sobre los que se ha construido, y rechazan determinados aspectos anteriores como en afirmaciones como “Dejamos en el pasado el Estado colonial, republicano y neoliberal”.

34 Quizás el caso más representativo sea el cambio de la denominación “República de Venezuela” por “República Bolivariana de Venezuela” en 1999; o, más recientemente, la sustitución de la “República de Bolivia” por el “Estado Plurinacional de Bolivia”.

35 Al respecto, véase Martínez Dalmau, Rubén. *El proceso constituyente boliviano (2006-2008) en el marco del nuevo constitucionalismo latinoamericano*. La Paz, Enlace, 2008, pp. 75 ss.

La capacidad innovadora de los textos del nuevo constitucionalismo latinoamericano es esencial a su objetivo de cambio; *Santos* lo ha denominado *constitucionalismo experimental*.³⁶ Ante la inhabilidad del viejo constitucionalismo para resolver problemas fundamentales de la sociedad, el nuevo constitucionalismo ha sido capaz de construir una nueva institucionalidad y determinadas características que, finalmente, cuentan como finalidad promover la integración social, crear un mayor bienestar y –posiblemente el rasgo más reconocible– establecer elementos de participación que legitimen el ejercicio de Gobierno por parte del poder constituido. En este sentido, las constituciones se han apartado de modelos previos, característicos de los *transplantes* o *injertos* constitucionales anteriores³⁷ para, aprovechando el momento de firme actividad constituyente, repensar siquiera brevemente y con las limitaciones del momento político sobre la situación y buscar aquellas medidas que pudieran dar solución a sus problemas particulares. En tanto que buena parte de estos problemas son comunes en Latinoamérica, muchas de sus soluciones se parecerán; otras, por el contrario, solo pueden comprenderse desde la perspectiva del lugar donde la Constitución se ha debatido, escrito y aprobado. Desde la aparición del referendo revocatorio en el caso colombiano,³⁸ hasta la creación del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social en Ecuador, pasando por la superación venezolana de la tradicional división tripartita de los poderes, o la incorporación del concepto de plurinacionalidad en el caso boliviano, la originalidad y la pérdida del miedo a la invención están presentes en todos los nuevos textos latinoamericanos, sin excepción.

Al respecto, es fácil entender que las nuevas constituciones son esencialmente principistas. Los principios, tanto implícitos como explícitos,

36 Santos, Boaventura de Sousa. “La reinvenCIÓN del Estado y el Estado Plurinacional”. OSPA n.º 22, septiembre 2007, p. 39.

37 Véase Gargarella y Courtis, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano*, *op. cit.*, pp. 23-26.

38 Artículo 103 de la Constitución de Colombia de 1991, el referendo revocatorio para cargos públicos, aunque limitado, se incorporó por vez primera en América Latina en 1991, y se extendió en diversas reformas constitucionales, como la argentina o la peruana, incorporó sus actuales connotaciones en la Constitución venezolana de 1999, donde se extendió a todos los cargos públicos electos, incluido el Presidente de la República. En general, véase Corao Ayala, Carlos. *El referendo revocatorio: una herramienta ciudadana de la democracia*. Caracas, Los Libros de El Nacional, 2004.

abundan en sus textos, en detrimento de las reglas que, aunque presentes, ocupan un lugar limitado a los casos concretos en que su presencia es necesaria para articular la voluntad constituyente. El efecto jurídico de los principios, principalmente como criterios de interpretación, es incuestionable y, en determinadas ocasiones se hace referencia expresa a ellos al determinar el razonamiento vinculante de los tribunales constitucionales con base en el tenor literal del texto, o en la Constitución en su integralidad.³⁹ El hecho de que las constituciones rijan sobre sociedades plurinacionales no obstante para que los principios clásicos convivan con nuevas fórmulas, simbióticas, que deben ser consideradas como verdaderas innovaciones del constitucionalismo.⁴⁰

Otro hecho fácilmente destacable es la *extensión* de las nuevas constituciones.⁴¹ Esta característica debe entenderse relacionada con otro de sus aspectos más relevantes: su *complejidad*.⁴² Tanto la extensión como la complejidad del texto constitucional han sido expresamente buscadas por el constituyente, consciente de que ni el espacio físico ni la búsqueda a toda costa de la simplicidad textual podían levantarse como obstáculos a

39 Artículo 196, numeral II de la Constitución boliviana de 2009: “En su función interpretativa, el Tribunal Constitucional Plurinacional aplicará como criterio de interpretación, con preferencia, la voluntad del constituyente, de acuerdo con sus documentos, actas y resoluciones, así como el tenor literal del texto”; artículo 427 de la Constitución ecuatoriana de 2008: “Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional”.

40 Un caso ejemplar es el del artículo 8 de la Constitución boliviana de 2009, que junto con los principios de las naciones y pueblos indígenas citados en el primer párrafo (véase *supra*) incorpora a continuación algunos de los principios clásicos del constitucionalismo, con otros de nueva construcción: “El Estado se sustenta en los valores de unidad, igualdad, inclusión, dignidad, libertad, solidaridad, reciprocidad, respeto, complementariedad, armonía, transparencia, equilibrio, igualdad de oportunidades, equidad social y de género en la participación, bienestar común, responsabilidad, justicia social, distribución y redistribución de los productos y bienes sociales para vivir bien”.

41 Aparte de otros elementos, como los preámbulos, disposiciones transitorias, o regímenes de transición anexos, la Constitución colombiana de 1991 cuenta con 380 artículos; la venezolana de 1999, 350 artículos; la ecuatoriana de 2008, 444 artículos y, finalmente, la boliviana de 2009, 411 artículos.

42 Viciano Pastor, Roberto. “Caracterización general de la Constitución venezolana de 1999”. *El sistema político en la Constitución Bolivariana de Venezuela*. Coords. Luis Salamanca y Roberto Viciano Pastor. Caracas, Vadell Hermanos, 2004, pp. 44 y 45.

la redacción de un texto constitucional que debe ser capaz de dar respuestas a aquellas necesidades que el pueblo solicita a través del cambio de su Constitución. Sin llegar a ser códigos, las nuevas constituciones se rebelan contra la brevedad, tan aclamada desde la época nominalista y que, en buena medida, es una constante en el constitucionalismo en general, y en el norteamericano en particular.

Por su extensión, estas constituciones en alguna medida podrían ser consideradas herederas de la tradicional presencia de textos dilatados y prolíficos en el constitucionalismo latinoamericano clásico.⁴³ Pero, en estos tiempos, asimilan la necesidad de ejercer otra función mucho más importante que la prevalencia de la tradición: la permanencia de la voluntad del constituyente, que busca ser resguardada en la medida de lo posible para evitar su olvido o abandono por parte de los poderes constituidos, una vez la Constitución ingrese en su etapa de *normalidad*. Con independencia de que la explicación política del hecho es clara la necesidad de superar la falta de una verdadera relación entre voluntad constituyente y poder constituido en el constitucionalismo latinoamericano anterior, el planteamiento jurídico también lo es: extender el mandato lo suficiente como para que, en el ejercicio de sus funciones, el poder constituido respete las consideraciones del constituyente en detalle y con todas sus implicaciones. En definitiva, la extensión considerable en el nuevo constitucionalismo latinoamericano es debida a la necesidad del poder constituyente de expresar claramente su voluntad, lo que técnicamente puede desembocar en una mayor cantidad de disposiciones, cuya existencia busca limitar las posibilidades de los poderes constituidos –en particular, el Parlamento, que ejerce la función legislativa, y el Tribunal Constitucional, que desarrolla la máxima función interpretativa– de desarrollar o desentrañar el texto constitucional en sentido contrario a la que fue la voluntad del constituyente.

Como hemos hecho alusión, las razones de la extensión de los textos constitucionales abarcan también las de su *complejidad*. No se trata de una complejidad en la lectura o en el vocabulario utilizado –al contrario; los esfuerzos por aligerar el contenido técnico, sin menoscabar su funcionalidad,

43 En este sentido, Rubén Martínez Dalmau, *El proceso constituyente boliviano*, op. cit., pp. 77 ss.

son en algunos casos encomiables—, sino de una complejidad institucional que busca la superación de problemas concretos que han soportado los diferentes pueblos.⁴⁴ Cuando, por ejemplo, la Constitución venezolana incorpora un mecanismo complejo de coordinación de las políticas fiscales y monetarias mediante el denominado acuerdo de políticas macroeconómicas,⁴⁵ o cuando la Constitución boliviana establece la elección por sufragio universal de los miembros del órgano de gobierno de los jueces, Consejo de la Magistratura⁴⁶ o del Tribunal Constitucional Plurinacional,⁴⁷ están planteando esta complejidad institucional, cuya razón de existir podría indagarse sin mucho esfuerzo en la trayectoria pre-constitucional política, económica y social de estos países.

Esta complejidad técnica viene acompañada de una simplicidad lingüística debida a la voluntad de trascender el constitucionalismo de élites hacia un constitucionalismo popular. Los nuevos textos proponen, en este sentido, la utilización de un lenguaje asequible que ofrece facilidades para su comprensión en el marco de la complejidad mencionada anteriormente. Se trata, por lo tanto, de textos técnicamente complejos y semánticamente sencillos.⁴⁸ Por otro lado, los procesos de desarrollo constitucional

44 Cuestión diferente es el lenguaje de género, utilizado en todas las nuevas constituciones latinoamericanas a partir de la venezolana de 1999. Además de la ruptura simbólica a la que se ha aludido, el uso —en algunos casos, como el boliviano, particularmente proliítico— del lenguaje de género tiene como objetivo visualizar el papel de la mujer, históricamente relegada también en América Latina tanto del ejercicio de Gobierno como en su situación social, con independencia de las cláusulas materiales que procuran, por medio de instrumentos de discriminación positiva, incorporar medidas para conseguir la igualdad material entre los sexos. Respecto al papel de los grupos de mujeres en el uso del lenguaje de género en la Constitución venezolana, véase Ferrara Bardile, Vittoria. “Uso no sexista del lenguaje en la Constitución Bolivariana de Venezuela”. *Educere, Perspectiva de Género* n.º 10, septiembre 2000, pp. 89-100.

45 Coordinación macroeómica, artículo 230 ss. Constitución venezolana de 1999.

46 Artículo 194 de la Constitución boliviana de 2009.

47 Artículo 198 de la Constitución boliviana de 2009.

48 Como ejemplo, el caso boliviano las acciones de garantía de los derechos no utilizan expresiones en latín, tan habituales en lenguaje técnico jurídico; de esta manera, al conocido *hábeas corpus* se le denomina *acción de libertad*, y al *hábeas data*, *acción de protección de privacidad*, título IV, artículos 109 ss. Constitución boliviana de 2009. La misma Constitución incorpora palabras en idioma aimará, quechua o guaraní, y su correspondiente traducción en el lenguaje más comprensible para todos. El artículo, un texto paradigmático es el del primer párrafo del artículo 8: El Estado asume y promueve como principios ético-morales de la sociedad plural: *ama qhilla, ama llulla, ama suwa* (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), *suma qamaña* (vivir bien), *ñandereko* (vida armónica), *teko kavi* (vida buena), *ivi maraei* (tierra sin mal) y *qhapaj ñan* (camino o vida noble).

han ido acompañados de iniciativas formativas, de acceso y de explicación sobre el nuevo texto constitucional.

Por último, se ha hecho ya referencia a la eliminación del conocido como poder constituyente constituido, poder constituyente derivado, o poder de reforma; esto es, a la prohibición constitucional de que los poderes constituidos dispongan de la capacidad de reforma constitucional por ellos mismos. Se trata de una fórmula que conserva en mayor medida la fuerte relación entre la modificación de la Constitución y la soberanía del pueblo, y que cuenta con su explicación política tanto en el propio concepto de Constitución como fruto del poder constituyente como, complementando el argumento teórico, en la experiencia histórica de cambios constitucionales por los poderes constituidos propia del viejo constitucionalismo⁴⁹ y, por otro lado, tan extendida en el constitucionalismo europeo.

La *rigidez constitucional*, entendida como se ha definido anteriormente, no busca la perdurabilidad de la Constitución, sino la modificación de esta exclusivamente por el poder constituyente, esto es, el originario. Las

49 La Constitución colombiana de 1991, al ser el primer intento de ruptura con el viejo constitucionalismo, aún está muy basada en los viejos principios dogmáticos y es la más tibia en este sentido porque deja paso a la reforma constitucional a través de los poderes constituidos, Artículos 374 ss., aunque por medio de un mecanismo reforzado que protege de esta capacidad del legislativo a las principales cláusulas constitucionales; además, prevé la modificación por parte del pueblo tanto por medio de referéndum como de la asamblea constituyente. Al respecto, véase Ramírez Cleves A., Gonzalo. *Límites de la reforma constitucional en Colombia: el concepto de Constitución como fundamento de la restricción*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, tanto la Constitución venezolana de 1999 (arts. 342-346) como la boliviana de 2009 (art. 411) han marginado completamente al poder constituyente constituido. El caso ecuatoriano se encuentra a mitad camino; en la regulación de la enmienda constitucional (art. 441 de la Constitución de Ecuador de 2008), el poder de reforma de los órganos constituidos no quedó totalmente conjurado, y una parte de la Constitución –aquella que no altere su estructura fundamental, o el carácter y elementos constitutivos del Estado, que no establezca restricciones a los derechos y garantías, o que no modifique el procedimiento de reforma de la Constitución– puede ser modificada por el Parlamento. Se trata, como se ha afirmado en otra sede, de una de las sombras de la Constitución, y un paso atrás respecto a los avances en el nuevo constitucionalismo latinoamericano. La previsión es menos grave de lo que pudiera haber sido –y, en todo caso, una mejora sustancial respecto a la Constitución de 1998– porque, por una parte, sustrae del poder constituido la posibilidad de modificar aspectos sustanciales del texto, y, por otra, incorpora la iniciativa popular tanto para la propuesta de enmiendas y reformas constitucionales, como para convocar al máximo exponente del cambio constitucional: la Asamblea Constituyente, al respecto, en general, Rubén Martínez Dalmau, “Supremacía de la Constitución, control de la constitucionalidad y reforma constitucional”, *Desafíos constitucionales: la Constitución ecuatoriana de 2008 en perspectiva*, *op. cit.*

condiciones con las que han nacido los nuevos textos constitucionales –entre ellas, principalmente, su capacidad innovadora, su amplitud y su complejidad– y, por otro lado, el hecho de que hayan provenido de una ruptura democrática y, por lo tanto, que su principal objetivo consistiera en levantar una nueva legitimidad jurídica sobre las cenizas de la anterior y no en la construcción de un proyecto definido de nuevo Estado, condicionan su existencia futura. Como afirma *Santos*, no es posible resolver problemas durante tanto tiempo pendientes en *constituciones* caracterizadas por la innovación; “algunas cuestiones van a tener que quedar abiertas, probablemente para otra constituyente”.⁵⁰ Es, en este sentido, como se puede hablar de un *constitucionalismo de transición* hacia un modelo definido de Estado que, sin ninguna duda, no se incorpora plenamente las nuevas constituciones.⁵¹ De hecho, el carácter de transitoriedad de los textos nacidos de los nuevos procesos constituyentes latinoamericanos se ha puesto de manifiesto tanto en la práctica⁵² como, anteriormente, en la doctrina.⁵³

V. Características materiales: los fundamentos del nuevo constitucionalismo

Junto con los rasgos propios de la *forma* constitucional, las nuevas constituciones latinoamericanas cuentan asimismo con un amplio abanico de características materiales comunes, en las cuales también ha incidido la dinámica constituyente: sus cimientos por un lado en la activación

50 Santos, Boaventura de Sousa. “La reinvenCIÓN del Estado y el Estado Plurinacional”. *OSPA* n.º 22, septiembre 2007, p. 39.

51 La excepción, probablemente, es el caso ecuatoriano, que como hemos señalado ha experimentado su propia transición desde el texto de 1998 hasta el de 2008.

52 Ejemplos de ellos son la convocatoria a la Asamblea Constituyente que se produjo en Ecuador, en 2007, y que tuvo como efecto la aprobación por referéndum de la nueva Constitución ecuatoriana de 2008; la propuesta de reforma constitucional en Venezuela, en diciembre de 2007, que finalmente no prosperó, y la enmienda constitucional aprobada al año siguiente; o las sucesivas llamadas a favor de una actualización de la Constitución colombiana, recurrentes en determinados sectores de este país. Actualización que, hasta el momento, se ha realizado por vía de reforma constitucional.

53 Véase Viciano Pastor, Roberto y Rubén Martínez Dalmau. “Venezuela en transición, América Latina en transición”. *Ágora-Revista de Ciencias Sociales* n.º 13, 2005, pp. 7-10.

directa del poder constituyente para el avance de las sociedades y, por otro, en la necesidad de romper con sistemas anteriores propios del constitucionalismo débil.

En este sentido, la principal apuesta del nuevo constitucionalismo latinoamericano es en la búsqueda de instrumentos que recompongan la perdida (o nunca lograda) relación entre soberanía popular y gobierno. Lo que la Constitución colombiana de 1991 denomina “formas de participación democrática”,⁵⁴ en el Ecuador de 1998 se denomina gobierno participativo;⁵⁵ en Venezuela y Bolivia recibe el nombre de democracia participativa;⁵⁶ y en el Ecuador de 2008, “participación en democracia”.⁵⁷ El denominador común es el mismo: establecer mecanismos de legitimidad y control sobre el poder constituido a través, en muchos casos, de nuevas formas de participación vinculantes. Este factor conecta directamente con la originalidad constitucional a la que se ha hecho referencia, necesaria en el ejercicio de innovación que han planteado las nuevas constituciones, y que en definitiva constitucionaliza varios de los instrumentos de participación y las ansias democráticas del continente.

El compromiso constitucional de promover la participación a través de fórmulas directas no cuestiona la esencia del sistema de democracia representativa, ampliamente presente en todas las constituciones. La democracia participativa se configura como un complemento en la legitimidad y un avance en la democracia, pero no como una sustitución definitiva de la representación. Sin embargo, sí interrumpe la posición tradicional de los partidos políticos, que si bien se mantienen principalmente en el ámbito de los derechos políticos, su papel queda limitado por la acción directa del pueblo. Se trata, en definitiva, como ha afirmado *Criado*, una absorción del Estado por lo colectivo: “se consagra constitucionalmente la escisión entre sociedad y Estado, y se reconstruyen escenarios y procedimientos para que la decisión del segundo sea influida por la primera, para reconstruir la unidad en la decisión, de manera que la

54 Capítulo 1 del título IV de la Constitución colombiana de 1991.

55 Artículo 1 de la Constitución ecuatoriana de 1998.

56 Párrafo y artículos 6, 18, 55, 62, entre otros, de la Constitución venezolana de 1999; artículo 11 de la Constitución boliviana de 2009.

57 Título IV, capítulo primero, sección tercera de la Constitución ecuatoriana de 2008.

voluntad única del Estado sea también voluntad de la sociedad por mecanismos distintos a los partidocráticos”⁵⁸

El segundo aspecto más relevante es la profusa carta de derechos de las nuevas constituciones. A diferencia del constitucionalismo clásico, que se limita a establecer de forma genérica los derechos y no se preocupa por la individualización y colectivización –de acuerdo con cada caso– de los mismos, es fácil observar en los textos del nuevo constitucionalismo la identificación de grupos débiles (mujeres, niños y jóvenes, discapacitados, adultos mayores...) y una interpretación amplia de los beneficiarios de los derechos. La recepción de los convenios internacionales de derechos humanos, la búsqueda de los criterios de interpretación más favorables para las personas, o las acciones directas de amparo, acompañan a estas cartas de derechos constitucionales que, en algún caso, reconfiguran su significado y, con ello, su nomenclatura,⁵⁹ y otorgan a los derechos sociales, ampliamente reconocidos, la máxima efectividad.

En relación con lo anterior, las nuevas constituciones plantean en mayor o menor medida, de acuerdo con su realidad social, la integración de sectores marginados históricamente, como es el caso de los pueblos indígenas. Si bien estos pueblos contaban con algunos de sus derechos ya reconocidos en los primeros ejemplos reales del nuevo constitucionalismo,⁶⁰ el planteamiento más radical al respecto se ha producido en la Constitución boliviana de 2009, que establece un Estado plurinacional

58 Criado, Marcos. “La absorción del Estado por lo colectivo: el proyecto constitucional de sociedad civil en Venezuela”. *El sistema político en la Constitución bolivariana de Venezuela*. Luis Salamanca y Roberto Viciano Pastor. Caracas, Vadell Hermanos, 2009, p. 123.

59 El caso más relevante y discutible es, sin duda, la sustitución de los conceptos derechos fundamentales y derechos humanos en la Constitución ecuatoriana de 2008 que se refiere, exclusivamente, a *derechos* constitucionales, por entender, por un lado, que no existe prelación ni, por lo tanto, diferenciación entre derechos fundamentales y no fundamentales, p. ej., los derechos “del buen vivir”, en el título II, que comprende los generalmente conocidos como derechos sociales, están dispuestos en orden alfabético; y, por otro, la extensión del sujeto de derechos a la naturaleza, La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución, artículo 10; derechos relacionados en los artículos 71 ss. Al respecto, véase Gudynas, Eduardo. “La ecología política del giro biocéntrico en la nueva Constitución de Ecuador”. *Revista de Estudios Sociales* n.º 32, abril 2009, pp. 34-47.

60 En particular, en Colombia, donde ya en 1991 se planteó la necesidad de representación directa indígena en el parlamento, artículo 171, el reconocimiento de la jurisdicción indígena, artículo 246, o de municipios y territorios indígenas, artículo 286.

no solo formalmente –a través de metaconceptos,⁶¹– sino materialmente, con el reconocimiento de la autonomía indígena,⁶² del pluralismo jurídico,⁶³ de un sistema de jurisdicción indígena sin relación de subordinación con la jurisdicción ordinaria⁶⁴ –jurisdicción ordinaria que *Chivi* ha calificado de “pesada herencia colonial”,⁶⁵ de un amplio catálogo de derechos de los pueblos indígenas,⁶⁶ de la elección a través de formas propias de sus representantes,⁶⁷ o de la creación de un Tribunal Constitucional Plurinacional con presencia de la jurisdicción indígena.⁶⁸

Si la dimensión política es de suma relevancia en el nuevo constitucionalismo, también lo es la normatividad constitucional. Las nuevas constituciones huyen del nominalismo anterior y proclaman el carácter normativo y superior de la Constitución frente al resto del ordenamiento jurídico. De hecho, a las medidas de acción directa de la Constitución, como la tutela o el amparo constitucional, se le añade un elemento revolucionador de la normatividad constitucional en América Latina, que había contado con algunos ensayos en las constituciones anteriores: el *control concentrado de la constitucionalidad*, uno de los elementos directamente implicados en la consolidación de la democracia.⁶⁹ El paso de un sistema de control difuso, débil en cuanto a la protección de la Constitución, a la creación de fórmulas concentradas o, cuanto menos,

61 Como el de Estado unitario social de derecho plurinacional comunitario, artículo 1 de la Constitución boliviana de 2009, sin signos ortográficos entre los diferentes elementos de la definición, en un intento de demostrar semánticamente la creación de un concepto complejo (*metaconcepto*). En general, sobre el contenido de la expresión, véase Luis Tapia, *op. cit.*, pp. 47-63. Otro ejemplo el de “nación y pueblo indígena originario campesino” (artículos 30, entre otros).

62 Artículos 289 ss. de la Constitución boliviana de 2009.

63 Artículo 178 de la Constitución boliviana de 2009.

64 Aunque sí subordinada a la Constitución; artículos 179 II, 192 y 410 de la Constitución boliviana de 2009.

65 Chivi, Idón. “El Órgano Judicial”. *Miradas, Nuevo texto constitucional*. AA.VV. La Paz, Vicepresidencia de la República/Universidad Mayor de San Andrés/IDEA Internacional, 2010, p. 410.

66 Artículo 30 ss. de la Constitución boliviana de 2009.

67 Artículo 211 de la Constitución boliviana de 2009.

68 Artículo 197 de la Constitución boliviana de 2009.

69 En general, véase Nohlen, Dieter. “Jurisdicción constitucional y consolidación de la democracia”. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n.º 9, enero-junio 2008, pp. 117-141.

mixtas,⁷⁰ ha suscitado los consabidos problemas sobre el control democrático de los tribunales constitucionales, que en algunos casos se busca solucionar mediante criterios de interpretación constitucional previstos en el propio texto⁷¹ y, en el caso boliviano, por medio de la ya mencionada elección directa de sus magistrados.

Por último, como no podía ser de otra manera, la necesidad de superar las desigualdades económicas y sociales y de plantear constitucionalmente el nuevo papel del Estado en la economía de traduce en amplios capítulos económicos. En efecto, las *constituciones económicas* en el nuevo constitucionalismo incorporan simbóticamente varios modelos económicos que van desde la iniciativa privada y la justicia redistributiva hasta la protección de la economía comunitaria, pero con un elemento común: la presencia del Estado, que se traduce en su participación en aspectos tan relevantes como la decisión pública sobre los recursos naturales, o la regulación de la actividad financiera. Se trata, en definitiva, de una reivindicación de los movimientos sociales que dieron vida a los procesos constituyentes, y que cuentan con su traslación en la perspectiva de un desarrollo económico alternativo.⁷² Al respecto, en el campo internacional, desde la primera de las nuevas constituciones es fácil apreciar una dinámica integradora radicalmente diferente a la prevista en las constituciones anteriores: el nuevo constitucionalismo latinoamericano plantea un compromiso con una determinada integración, la latinoamericana, más amplia que la puramente económica, que plantea posibilidades reales de integración de los pueblos y que, en definitiva, intenta compatibilizar la necesidad de integración con un concepto recuperado de soberanía.⁷³

70 Como es el caso del sistema venezolano, donde el control último de constitucionalidad lo ejerce la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, que se aplica preferentemente incluso sobre decisiones del Pleno del propio Tribunal (artículo 266 de la Constitución venezolana de 1999). Al respecto, véase Casal Hernández, Jesús María. *Constitución y justicia constitucional: los fundamentos de la justicia constitucional en la nueva Carta Magna*. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2000.

71 Los ya citados artículos 196, numeral II de la Constitución boliviana de 2009 y 427 de la Constitución ecuatoriana de 2008 (véase *supra*).

72 En este sentido, Bizarro Barbosa, Leticia Cristina. “Los procesos de las Asambleas Constituyentes de Bolivia, Ecuador y Venezuela: la institucionalización de otros paradigmas”. *Otra Economía*, vol. III, n.º 4, 2009 pp. 171 ss.

73 Véase Martínez Dalmau, Rubén. “La integración en el nuevo constitucionalismo latinoamericano”. *Crisis y perspectiva comparada de los procesos de integración*. Eric Tremolada Álvarez. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, pp. 92-93.

Bibliografía

- Aguiló Regla, Josep. "Sobre la constitución del Estado constitucional". *Doxa* n.º 24, 2001.
- Angulo Bossa, Jaime. *Gestación del constitucionalismo colombiano (1781-1991: doscientos años de proceso constituyente)*. Bogotá, Leyer, 2002.
- Ávila Santamaría, Ramiro, Agustín Grijalva Jiménez y Rubén Martínez Dalmau, eds. *Desafíos constitucionales: la Constitución ecuatoriana de 2008 en perspectiva*. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos/Tribunal Constitucional, 2008.
- Ayala Corao, Carlos. *El referendo revocatorio: una herramienta ciudadana de la democracia*. Caracas, Los Libros de El Nacional, 2004.
- Bizarro, Barbosa y Leticia Cristina Bizarro. *Los procesos de las Asambleas Constituyentes de Bolivia, Ecuador y Venezuela: la institucionalización de otros paradigmas. Otra Economía*, vol. III, n.º 4, 2009.
- Carbonell, Miguel. "Nuevos tiempos para el constitucionalismo". *Neoconstitucionalismo(s)*. Ed. Miguel Carbonell. Madrid, Trotta, 2003.
- _____. "El neoconstitucionalismo en su laberinto". *Teoría del neoconstitucionalismo*. Ed. Miguel Carbonell. Madrid, Trotta, 2007.
- Casal Hernández, Jesús María. *Constitución y justicia constitucional: los fundamentos de la justicia constitucional en la nueva Carta Magna*. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2000.
- Chivi, Idón. "El Órgano Judicial". *Miradas: nuevo texto constitucional*. AA.VV. La Paz, Vicepresidencia de la República/Universidad Mayor de San Andrés/IDEA Internacional, 2010.
- Comanducci, Paolo. "Formas de neoconstitucionalismo: un análisis metateórico". *Neoconstitucionalismo(s)*. Ed. Miguel Carbonell. Madrid, Trotta, 2003.
- Criado, Marcos. "La absorción del Estado por lo colectivo: el proyecto constitucional de sociedad civil en Venezuela". *El sistema político en la Constitución Bolivariana de Venezuela*. Eds. Luis Salamanca y Roberto Viciana Pastor. Caracas, Vadell Hermanos, 2004.
- De Cabo de la Vega, Antonio. "Las transformaciones institucionales". *Venezuela, a contracorriente: los orígenes y las claves de la revolución bolivariana*. Coord. Juan Torres López. Barcelona, Icaria, 2006.

- Edwards, Sebastián. *Populismo o mercados: el dilema de América Latina*. Bogotá, Norma, 2009.
- Favoreu, Louis. “La constitutionalisation du droit”. *L’unité du droit, Mélanges en hommage a Roland Drago*. AA.VV. París, Económica, 1996.
- Ferrajoli, Luigi. “Pasado y futuro del Estado de Derecho”. *Neoconstitucionalismo(s)*. Ed. Miguel Carbonell. Madrid, Trotta, 2003.
- Ferrara-Bardile, Vittoria. *Uso no-sexista del lenguaje en la Constitución bolivariana de Venezuela. Educere, Perspectiva de Género*, n.º 10, septiembre 2000.
- Gargarella, Roberto y Christian Courtis. *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes*. Santiago de Chile, CEPAL, 2009.
- Guastini, Riccardo. “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso Italiano”. *Neoconstitucionalismo(s)*. Ed. Miguel Carbonell. Madrid, Trotta, 2003.
- Gudynas, Eduardo. “La ecología política del giro biocéntrico en la nueva Constitución de Ecuador”. *Revista de Estudios Sociales*, n.º 32, abril 2009.
- Martínez Dalmau, Rubén. “De Punto Fijo a la constituyente: los bolivarianos, entre la acción y la reacción”. *Venezuela, a contracorriente: los orígenes y las claves de la revolución bolivariana*. Coord. Juan Torres López. Barcelona, Icaria, 2006.
- _____. “Asambleas constituyentes e novo constitucionalismo en América Latina”. *Tempo Exterior*, n.º 17, julio-diciembre 2008.
- _____. “Supremacía de la Constitución, control de la constitucionalidad y reforma constitucional”. *Desafíos constitucionales: la Constitución ecuatoriana de 2008 en perspectiva*. Eds. Ramiro Ávila Santamaría, Agustín Grijalva Jiménez y Rubén Martínez Dalmau. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos/Tribunal Constitucional, 2008.
- _____. “La integración en el nuevo constitucionalismo latinoamericano”. *Crisis y perspectiva comparada de los procesos de integración*. Eric Tremolada Álvarez. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008.

- _____. “Los nuevos paradigmas constitucionales de Ecuador y Bolivia”. *La Tendencia. Revista de Análisis Político*, n.º 9, marzo-abril 2009.
- _____. “Heterodoxia y dificultades en el proceso constituyente boliviano (2006-2009)”. *Refundación del Estado nacional, procesos constituyentes y populares en América Latina*. Eds. William Ortiz Jiménez y Ricardo Oviedo Arévalo. Medellín, Universidad Nacional de Colombia/Sede Medellín y Universidad de Nariño, 2009.
- Nohlen, Dieter. “Jurisdicción constitucional y consolidación de la democracia”. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n.º 9, enero-junio 2008.
- Patiño Aristizábal, Luis Guillermo y Porfirio Cardona Restrepo. *El neopopulismo: una aproximación al caso colombiano y venezolano*. Estudios Políticos, n.º 34, enero-junio 2009.
- Peces-Barba, Gregorio. “La Constitución y la seguridad jurídica”. *Claves de la Razón Práctica*, n.º 138, diciembre 2003.
- Pi y Margall, Francisco. *La reacción y la revolución, estudios políticos y sociales*. Madrid, M. Rivadeneira, 1854.
- Ramírez Cleves, Gonzalo A. *Límites de la reforma constitucional en Colombia: el concepto de Constitución como fundamento de la restricción*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.
- Salamanca, Luis. “La democracia directa en la Constitución venezolana de 1999”. *El sistema político en la Constitución Bolivariana de Venezuela*. Eds. Luis Salamanca y Roberto Viciano Pastor. Caracas, Vadell Hermanos, 2004.
- Salazar Ugarte, Pedro. *La democracia constitucional: una radiografía teórica*. México, D. F., Fondo de Cultura Económica, 2006.
- Sousa, Boaventura de Santos. “La reinvención del Estado y el Estado Plurinacional”. *OSPAL* n.º 22, septiembre 2007.
- Sastre Ariza, Santiago. *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*. Madrid, McGraw Hill, 1999.
- Seoane, José, Emilio Taddei y Clara Algranati. “Las nuevas configuraciones de los movimientos populares en América Latina”. *Política y movimientos sociales en un mundo hegemónico: lecciones desde África, Asia y América Latina*. Eds. Atilio Borón y Gladys Lechini. Buenos Aires, Clacso, 2006.

- Tapia, Luis. "Una reflexión sobre la idea de Estado plurinacional". *OSAL* n.º 22, septiembre 2007.
- Viciano Pastor, Roberto. "Caracterización general de la Constitución venezolana de 1999". *El sistema político en la Constitución bolivariana de Venezuela*. Coords. Luis Salamanca y Roberto Viciano Pastor. Caracas, Vadell Hermanos, 2004.
- Viciano Pastor, Roberto, Julio César Trujillo y Santiago Andrade, eds. *Estudios sobre la Constitución ecuatoriana de 1998*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.
- Viciano Pastor, Roberto y Rubén Martínez Dalmau, eds. *Cambio político y proceso constituyente en Venezuela (1998-2000)*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2001.
- _____. "Venezuela en transición, América Latina en transición". *Ágora-Revista de Ciencias Sociales* n.º 13, 2005.
- _____. "El proceso constituyente venezolano en el marco del nuevo constitucionalismo latinoamericano". *Ágora-Revista de Ciencias Sociales*, n.º 13, 2005.
- _____. "Necesidad y oportunidad en el proyecto venezolano de reforma constitucional". *Revista Venezolana de Economía y Ciencias Sociales*, vol. 14, n.º 2, 2008.
- _____. "El proceso constituyente venezolano de 1999: su significado jurídico y político". *Refundación del Estado nacional, procesos constituyentes y populares en América Latina*. Eds. William Ortiz Jiménez y Ricardo Oviedo Arévalo. Medellín, Universidad Nacional de Colombia, Sede Medellín/Universidad de Nariño, 2009.

Derechos y titulares

Del bien común al buen vivir

Jorge Benavides Ordóñez*

Resumen

El bien común, en tanto valor-fin de la actividad del Estado, es puesto en cuestión con la nueva Constitución a partir de la introducción del buen vivir o *sumak kawsay*. Se amplía, entonces, la visión política sobre el desarrollo y los intereses sociales que deben ser tutelados en el entorno emergente de nuevos paradigmas constitucionales en la región.

Palabras clave

Bien común, derecho colectivo, desarrollo, pluralismo, *sumak kawsay*, teleología, voluntad general.

* Licenciado en ciencias jurídicas y abogado, Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE). Diploma superior en derecho constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador (UASB-E). Máster en derecho constitucional, Universidad de Sevilla. Exbecario de Fundación Carolina. Actualmente asesor institucional jurisdiccional de la Corte Constitucional del Ecuador; profesor de derecho constitucional II, Universidad de Los Hemisferios.

I. Introducción

El Estado no es un fin per se, esto implica que, tiene finalidades como el bien común¹ que le dan a la estructura estatal una dirección teleológica. A través del presente artículo, pretendo abordar los elementos esenciales, del *bonum commune* o bien común. Para ello, me desplazaré desde sus orígenes históricos, relacionados inicialmente con la escolástica; pasando luego, a la concepción de la *voluntad general* de Rousseau; y llegando hasta la visión del bien común concomitante a la noción de Constitución pluralista de *Haberle*, propia de un Estado constitucional de derechos y justicia social.²

Y precisamente, es la última visión del bien común, enmarcada en la *Constitución pluralista*, la que me permitirá conectarme con el principio del buen vivir o *sumak kausay*, fundamento filosófico propio de la cosmovisión andina, que se encuentra recogido en la Constitución del Ecuador. Vale decir que, el buen vivir ha llegado a convertirse en uno de los ejes transversales del texto constitucional, ya que, no solamente consta como derechos³ en la parte dogmática del texto, sino que aparece también en la parte orgánica en lo referente al régimen del buen vivir,⁴ y que, a su vez encuentra estrecha conexión con el régimen de desarrollo.

Por último, reflexionaré sobre la importancia del cambio de paradigmas jurídicos y políticos, que contiene la Constitución de 2008, y supera la visión decimonónica del Estado liberal, proponiendo la edificación de nuevas visiones y teorías, como por ejemplo el *sumak kausay*. Intentaré en tal virtud argumentar a favor del principio del buen vivir, frente al bien común, entendiendo que este se adapta de mejor forma a nuestra realidad y ofrece de esta forma una alternativa de desarrollo propia.

Lo anotado coincide con el pensamiento de *Roberto Gargarella*, respecto de los nuevos marcos institucionales sudamericanos:

- 1 Junto a este se puede mencionar a la justicia social, al crecimiento y desarrollo económico, al desarrollo humano etc., dependiendo de las ideologías políticas que inspiren a los objetivos nacionales adoptados por un régimen.
- 2 Artículo 1 de la Constitución del Ecuador.
- 3 Así, a partir del artículo 12 de la Constitución se encuentran contenidos los derechos del buen vivir.
- 4 A partir del artículo 340 de la Constitución ecuatoriana.

Las largas y detalladas listas de derechos individuales, sociales, económicos y culturales que incluyen nuestras nuevas Constituciones representan, en tal sentido, una reacción frente a un constitucionalismo que, más que austero, era avaro; más que moderado, reaccionario, un constitucionalismo que, con razón, podía ser acusado de estar al servicio de unos pocos, de sus privilegios y sus propiedades.⁵

II. El bien común desde la visión religiosa

Varios doctrinarios coinciden en que el origen del bien común es de carácter escolástico, así *Rodrigo Borja*, lo considera como un sello “distintivo del pensamiento político católico”, que va desde *Santo Tomás*, hasta *Maritain*. Los autores católicos clásicos lo consideraban como el fin de la sociedad política, su origen y su razón de ser. Más adelante los pensadores más modernos pertenecientes a la misma corriente, sin cambiar la esencia de la expresión, la utilizaron para diferenciar el interés individual del general, lo que interesa a todos y que aparece como fin de la comunidad política.⁶

Para el filósofo italiano *Nicola Mateucci*, el concepto de bien común (análogo al de naturaleza del régimen político), es propio del pensamiento católico escolástico, y se constituye en un principio que da forma a la sociedad y al fin que debe propender; desde un punto de vista natural y temporal, concierne a la felicidad natural; y, por lo tanto, al valor político por excelencia, pero siempre subordinado a la moral. Para *Mateucci*, el bien común se distingue del bien individual y del público, ya que el bien público es de todos en cuanto que están unidos, en tanto que, el individual es objetivo de cada persona en cuanto sujeto aparte de los demás ciudadanos. En contraparte, el bien común es de los individuos en cuanto que son miembros de un Estado; de esta forma no importa que la persona no lo busque, basta con que alguien más lo busque para que esta, goce

5 En el prólogo del libro *Desafíos constitucionales: la Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*. Eds. Ramiro Ávila, Agustín Grijalva y Rubén Martínez. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos/Tribunal Constitucional, 2008, p. 14.

6 Borja, Rodrigo. *Enciclopedia de la Política*, t. I. México, D. F., Fondo de Cultura Económica, 3.^a ed., 2002, p. 86.

del privilegio de tenerlo. Además considera al bien común análogo a la voluntad general, aún cuando, aquel es objetivista. En tanto que este es subjetivista, precisamente por la misma forma de comportamiento frente a los bienes individuales o a las voluntades particulares, puesto que, tanto el bien común como la voluntad general representan a la voluntad moral de los individuos.⁷

Por su parte *Monroy Cabra*, citando un fragmento de la obra tomista, nos dice que, una característica de la ley es el perseguir el bien común, agregando que, una tiranía no es justa, porque no se orienta al bien común, sino que lo hace de mala manera hacia la voluntad particular del principio y, por consecuencia, una rebelión contra un gobernante así no es una *sedición*.⁸ Lo anotado ha llevado a considerar a *Santo Tomás de Aquino*, como uno de los padres de la rebelión, en contra de los gobiernos que no persiguen el interés general y desobedecen, por tanto, a la voluntad colectiva.

Finalmente, *Julio César Trujillo*, siguiendo a *Tobar Donoso*, nos dice que le parece válida la doctrina del bien común que desarrolla la Doctrina Social de la Iglesia, que lo observa como el “conjunto de aquellas condiciones de vida social con las cuales los hombres, las familias y las asociaciones pueden lograr con mayor plenitud y facilidad su propia perfección”.⁹

De lo anotado podemos colegir que desde la perspectiva religiosa, el bien común es catalogado como un principio con fundamento en la moral, que se constituye en la esencia y el fin de la sociedad política, y que encuentra su expresión en una serie de condiciones favorables para lograr una vida social plena y satisfactoria, persiguiendo así la felicidad natural de las personas y asociaciones.

7 Internet. <http://www.scribd.com/doc/18846137/Fundamentos-de-Filosofia-politica-y-Teoria-del-Estado>. Acceso: 23 mayo 2010.

8 Monroy Cabra, Marco. *Introducción al derecho*. Bogotá, Editorial Temis, 7.^a ed., 1986, p. 42.

9 Trujillo, Julio César. *Teoría del Estado en el Ecuador*. Quito, UASB/Corporación Editora Nacional, 2006, 2.^a ed., p. 93.

III. Rousseau y la voluntad general

Rousseau, al considerar que la fuerza no satisface como argumento de legitimación, aboga por la búsqueda del asentimiento. Así, llega a sostener que la decisión libre, y la voluntad soberana de los hombres, se constituyen en la fuente legítima de toda autoridad. De tal modo, considera una necesidad el establecimiento de una convención primaria,¹⁰ así el problema del pacto inicial o contrato social consiste en:

Encontrar una forma de asociación que defienda y proteja mediante toda la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado, y por la cual cada uno, uniéndose a todos, no obedezca, sin embargo, más que a sí mismo, y quede tan libre como antes.¹¹

El pensador ginebrino reduce como fórmula esencial del pacto social, a la idea de que cada uno pone su poder como persona bajo la dirección de la voluntad general y recibe a cada miembro como parte indivisible del todo.

Ahora bien, *la voluntad general es indestructible* a criterio de Rousseau, pues considera que:

Mientras varios hombres reunidos se consideran como un solo cuerpo tienen una voluntad única, que se refiere al bienestar general y a la común conservación. Todos los resortes del poder son, entonces, vigorosos y simples, claras y luminosas sus máximas, no hay intereses confusos y contradictorios, y el bien común se muestra con evidencia absoluta en todas partes (...).¹²

Presentándose el escenario contrario

[...] Cuando el nudo social comienza a desatarse y a debilitarse el Estado, cuando los intereses particulares empiezan a prosperar y las pequeñas sociedades a influir sobre las grandes, el interés común se altera y encuentra

10 Autores anteriores como *Hobbes* y *Locke* habían partido de la misma premisa, en obras como *Leviatán* y el *Ensayo sobre Gobierno Civil*, respectivamente.

11 Rousseau, Jean Jacques. *El contrato social y otros ensayos*. Madrid, LIBSA, 2002, p. 187.

12 *Ibíd.*, pp. 264-265.

oposición, no reinando ya la unanimidad en la votación. La voluntad general deja de ser la voluntad de todos (...)¹³

Siendo la voluntad general la suma de las voluntades particulares, pueden existir momentos de tensión entre aquella y alguna de estas, como lo observamos en los párrafos arriba citados. En tal virtud, *Rousseau* manifiesta que el soberano, o sea, la voluntad general, siempre tiene la razón, ya que al estar formado el soberano por los particulares, no tienen ni pueden tener interés contrario al suyo. Entonces, el pacto social para que no sea una fórmula sin fuerza, acoge la obligación que permite que, en caso de que alguno de sus miembros se rehúse a obedecer la voluntad general, sea obligado a acatarla por todos.¹⁴

La voluntad general es aquella que persigue el interés general, el cual encuentra su representación en las normas adoptadas por el cuerpo político, normas que deben atender al bien colectivo de los ciudadanos y no a los intereses particulares de las personas o corporaciones que conforman la sociedad. De tal modo que la construcción normativa no hace más que interpretar el sentimiento general, y en ello, encuentra el fundamento de su legitimación.

IV. La posición de Haberle

Peter Haberle considera que en los textos clásicos, al igual que en la vida política diaria, la concepción del bien común, va por un lado. Desde la *hipostación* acrítica como concepto supremo –que no se cuestiona y solamente se cree–, como si se tratase de un asunto ontológico, acercándose a una especie de razón de Estado, en cuya invocación se han eliminado los intereses privados, prevaleciendo la utilidad común sobre la utilidad propia; hasta la degradación del *bonum commune* haciéndolo aparecer como una fórmula hueca que se presenta como un mero instrumento de poder.¹⁵

13 *Ibíd.*, pp. 265-266.

14 Pérez Royo, Javier. *Los Problemas Básicos de la Teoría del Estado*. Sevilla, Universidad de Sevilla, 1977, p. 55.

15 Haberle, Peter. *El Estado constitucional*. Lima, Universidad Nacional Autónoma de México/Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2003, p. 244.

Así, el profesor alemán considera que en un Estado constitucional democrático occidental, que conlleva la dignidad humana como premisa fundamental, es necesaria una teoría jurídica del bien común, de tal forma que reconoce a los numerosos impulsos que van en esa dirección, tanto de la sociedad abierta como de la constituida. Así, anota las propuestas de grupos plurales de todo tipo que intentan introducir aspectos del bien común en la determinación estatal. Por lo que considera que los conceptos jurídicos básicos como el *bonum commune*, no viven de sí mismos, sino que son el resultado de logros incluyentes e integradores de la cultura de un pueblo.¹⁶

En este esquema, entrarían los esfuerzos llevados adelante por las distintas fuerzas sociales, integradas principalmente por los movimientos indígenas y campesinos, y su lucha por el reconocimiento constitucional de un nuevo modelo de desarrollo que priorice al ser humano, que sea recíproco con las visiones plurales, y amigable con la naturaleza y el medioambiente, que se traduciría en términos de la Constitución de 2008 en los derechos del buen vivir o *sumak kawsay*.

Para *Haberle*, la Constitución del pluralismo descansa en contextos que en última instancia son desentrañados por la ciencia cultural, y que el jurista por tanto, no lo puede hacer solo, debiendo así elaborar nuevos procedimientos para impedir el déficit de bien común, en ámbitos como el de los consumidores, en el de las minorías, en las acciones colectivas, en el desarrollo sustentable.¹⁷

Como podemos observar los planteamientos sostenidos por el constitucionalista alemán, permiten buscar el acercamiento entre dos principios filosóficos que se presentan como fines del Estado; aunque debemos reconocer que provienen de vertientes distintas, el bien común, como ya se ha dicho, encuentra sus raíces en Europa, en tanto que el buen vivir es de origen andino, y aparece como producto de la incorporación transformadora y progresista por parte del constituyente ecuatoriano, que no hace más recoger los conocimientos ancestrales originarios.

16 *Ibid.*, pp. 244-245.

17 *Ibid.*, p. 245.

Además que esta posición es tributaria con las tesis del nuevo paradigma constitucional, que en palabras de *Alfonso García Figueroa*, desde una arista sociopolítica, respondería de mejor manera a los requerimientos de sociedades política y culturalmente plurales, así *Zagrebelsky* nos dice que el nuevo paradigma permite dejar atrás el monismo del Estado decimonónico que pretende una concepción nítida de soberanía y una cierta homogeneidad cultural, planteamientos que, no se presentan acorde a las nuevas realidades que deben responder a fenómenos como el multiculturalismo.¹⁸

V. ¿En qué consiste el buen vivir?

Antes de proceder a responder esta pregunta, me parece de relevante importancia realizar un brevísimo repaso de los avances en materia de pluriculturalidad y multietnicidad que se han dado en nuestro país en tiempos recientes, y que han servido, sin lugar a dudas, como antecedente del *sumak kawsay*, para ello, me valdré de la calificada opinión del profesor *Bartolomé Clavero*, quien manifiesta que:

Ecuador ha hecho ahora todo un esfuerzo. Tras proceder en 1996 al registro constitucional de pluriculturalidad y multietnicidad, ha producido en 1998 una Constitución nueva y realmente renovada por atención a derechos y por impronta indígena (arts. 1, 3.1, 23.22 y 24, 62, 66, 69, 83-91, 191, 224 y 241). El reconocimiento de la pluralidad de culturas con “equidad e igualdad” entre las mismas se presenta como forma de “fortalecer la unidad nacional en la diversidad” con un horizonte de “interculturalidad”. Se insinúa incluso un terreno común de definición nacional: “Los pueblos indígenas, que se autodefinen como nacionalidades de raíces ancestrales, y los pueblos negros o afroecuatorianos, forman parte del Estado ecuatoriano, único e indivisible”. “El castellano es el idioma oficial”; los “idiomas ancestrales” lo son también “para los pueblos indígenas, en los términos que fija la ley”. Tal es la tónica que va teniendo aplicación como inciso de excepción a lo largo de la Constitución en la generalidad de sus capítulos.

18 García Figueroa, Alfonso. “La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo”. *Neoconstitucionalismo(s)*. Ed. Miguel Carbonell. Madrid, Trotta, 2003, pp. 181-182.

Entre los derechos comparecen de “participar en la vida cultural de la comunidad” y “a la identidad, de acuerdo con la ley.”¹⁹

En esta línea, *Gina Chávez* manifiesta que la Constitución de 1998 reconocía la existencia de un pluralismo jurídico al interior del Estado, que no fue admitido por los partidarios del derecho estatal, sin embargo, destaca que el diseño institucional del 98 se aleja de un integracionismo indigenista como política de Estado hacia los indígenas, asumiendo posiciones de un multiculturalismo moderado que pretendía canalizar las demandas étnicas y sociales que se gestaban desde los años ochentas.²⁰

Ahora bien, retomando la interrogante que lleva como encabezado el presente apartado, podemos decir que, el *sumak kawsay*, como bien lo anota *Bartolomé Clavero*, parte de la concepción andina del buen vivir, se afirma como alternativa no solo indígena a la clase de desarrollo irresponsable con la humanidad y depredatorio con la naturaleza. Dejando de ser un mero eslogan, para convertirse en una visión integradora de humanidad y naturaleza con profundas raíces en el tiempo.²¹

Los ordenamientos constitucionales de Bolivia y Ecuador, han sido los pioneros en el reconocimiento de figuras alternativas propias de las culturales ancestrales, así aparecen el *suma qamaña* o vivir bien, en el caso boliviano, en tanto que, el *sumak kawsay* o buen vivir fue introducido en nuestra Constitución desde el preámbulo y en los artículos 3 número 5, 12, y 275.²²

El *sumak kawsay*, como heredero de la filosofía indígena andina, requiere para su comprensión, ser descrito como el equilibrio o armonía entre los distintos aspectos de la realidad;²³ y la realidad se asemeja a la

19 Clavero, Bartolomé. “Ama llunku, Abya Ayala: constituyencia indígena y código ladino por América”. Capítulo primero. Internet. <http://www.alertanet.org/b-clavero.htm>. Acceso: 24 mayo 2010.

20 Véase Chávez, Gina. “El Derecho propio: ¡destapando la caja de Pandora!” *Desafíos constitucionales: la Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*. Eds. Ramiro Ávila, Agustín Grijalva y Rubén Martínez. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos/Tribunal Constitucional, 2008, pp. 70-71.

21 Clavero, Bartolomé. “*Suma Qamaña, Suma Kawsay, Buen Vivir*”. Internet. <http://clavero.derechosindigenas.org/?p=5600>. Acceso: 25 mayo 2010.

22 Aunque la verdad es que se trata de un concepto transversal a todo el texto constitucional, así por ejemplo el artículo 340 de la Constitución consagra a las comunidades, pueblos y naciones indígenas y a la sociedad en general el derecho al buen vivir.

23 Silva, Carolina. “¿Qué es el buen vivir en la Constitución?” *Constitución del 2008 en el contexto andino: análisis de la doctrina y el derecho comparado*. Ed. Ramiro Ávila Santamaría. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. 2008, p. 116.

idea indígena de *pacha* que contiene al espacio y al tiempo, siendo la base común de tres estratos de lo que entendemos como realidad y que son: *hanaq pacha* o pensar bien, *kay pacha* o hacer bien, y *ukhu pacha* o sentir bien, los cuales se relacionan entre sí.²⁴ En tal virtud, como lo expresa Carolina Silva, la realidad del ser en la cosmovisión andina se encuentra determinada por la conjugación de la razón, los sentimientos y los instintos; el *sumak kawsay*, por tanto, es el conseguir el equilibrio entre los tres elementos para vivir bien o una existencia plena.²⁵

Una vez que se observó brevemente los aspectos filosóficos que inspiran al buen vivir, revisaremos la cuestión normativa, así podemos dividirlo en dos partes, la una atinente al conjunto de los derechos del buen vivir, enmarcados dentro de una visión pluralista y de relación de armonía con la naturaleza, y la otra, que se encuentra en el régimen del buen vivir.

En cuanto a los derechos del buen vivir contenidos en la Constitución de 2008, podemos decir que para algunas opiniones se trata de los derechos económicos, sociales y culturales, pero bajo otra denominación, situación que en mi opinión no es del todo correcta, ya que el número de derechos observados en el actual marco constitucional (16) es mayor que el observado en la Constitución de 1998 (11), así por ejemplo se incluye el derecho al agua. Por otro lado, se excluyen otros derechos como, por ejemplo, el de la propiedad dentro del catálogo de los derechos considerados parte del buen vivir. Pero la diferencia principal radica en que los derechos del *sumak kawsay*, se constituyen en el objetivo del Régimen de desarrollo, y por tanto son el eje del desarrollo de las políticas públicas.

A mi entender lo arriba expuesto es posible gracias a la restitución de la capacidad de planificación que se le otorga al Estado en la Constitución 2008, ya que por medio de aquella herramienta es capaz de establecer los grandes objetivos nacionales, y dirigir sus esfuerzos a las áreas que considere prioritarias, y es precisamente en ese contexto donde el régimen del buen vivir juega un papel de motor ideológico que guía la actuación estatal.

24 Josef Estermann, citado por Carolina Silva, *op. cit.*, p. 117.

25 *Ibid.*, p. 119.

El régimen del buen vivir desarrollado a partir del artículo 340 del texto constitucional se encarga de organizar el sistema nacional de inclusión y equidad social, que se constituye en el conjunto articulado y coordinado de sistemas, instituciones, políticas, normas, programas y servicios que permiten el ejercicio, garantizan y hacen exigibles a los derechos reconocidos en la Constitución y hace posible los objetivos del régimen de desarrollo.²⁶ Del texto transcripto, se puede colegir que el sistema nacional de inclusión y equidad social aparece como el conjunto de instituciones que velan por el cumplimiento y respeto efectivo de los derechos del buen vivir.

El régimen del buen vivir, a criterio de *Francisco Palacios*, pretende sintetizar un sistema social cualificado del Estado social de derecho, con dos diferencias importantes del modelo instaurado en Europa. Por un lado, los derechos sociales van a ser constitucionalizados; y, por otro, no se constituyen en meros derechos sociales individuales, sino que persiguen la organización sistémica.²⁷

Como dato referencial enumeraré las 16 categorías que se utilizan como criterios de clasificación de los derechos del buen vivir en nuestra Constitución, destacando los derechos de reciente incorporación constitucional, sin que me detenga en el análisis de cada uno, puesto que dicha pretensión iría más allá de la intención que conlleva el presente texto. Así encontramos como derechos del *sumak kawsay*:

1. Al agua, que no se contemplaba en la Constitución de 1998;
2. A la alimentación, que no se contemplaba en la Constitución de 1998;

26 Artículo 340. “El sistema nacional de inclusión y equidad social es el conjunto articulado y coordinado de sistemas, instituciones, políticas, normas, programas y servicios que aseguran el ejercicio, garantía y exigibilidad de los derechos reconocidos en la Constitución y el cumplimiento de los objetivos del régimen de desarrollo. El sistema se articulará al Plan Nacional de Desarrollo y al sistema nacional descentralizado de planificación participativa; se guiará por los principios de universalidad, igualdad, equidad, progresividad, interculturalidad, solidaridad y no discriminación; y funcionará bajo los criterios de calidad, eficiencia, eficacia, transparencia, responsabilidad y participación. El sistema se compone de los ámbitos de la educación, salud, seguridad social, gestión de riesgos, cultura física y deporte, hábitat y vivienda, cultura, comunicación e información, disfrute del tiempo libre, ciencia y tecnología, población, seguridad humana y transporte.”

27 Palacios, Francisco. “Constitucionalización de un sistema integral de derechos sociales: de la Daseinvorsorge al *sumak kawsay*”. *Desafíos constitucionales: la Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*. Eds. Ramiro Ávila, Agustín Grijalva y Rubén Martínez. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos/Tribunal Constitucional, 2008, p. 46.

3. A un ambiente sano;
4. A la comunicación;
5. A la información;
6. A la cultura;
7. A la ciencia;
8. Al deporte;
9. A la recreación;
10. Al tiempo libre, que no se contemplaba en la Constitución de 1998;
11. A la educación;
12. Al hábitat, que no se contemplaba en la Constitución de 1998;
13. A la vivienda;
14. A la salud;
15. Al trabajo; y,
16. A la seguridad social.

VI. Constitución de 2008 y cambio de paradigmas

Como se ha sostenido en varias tribunas y por medio de diversas voces, la Constitución de la República del Ecuador, publicada en el registro oficial 440 de 20 de octubre de 2008, es un buen ejemplo de la nueva escuela de pensamiento constitucional latinoamericano, que haciendo uso de las teorías garantistas²⁸ construidas en el continente europeo, ha sabido adaptarlas a nuestras realidades; y, ha podido, –que es lo más importante–, enriquecerlas con el acervo de los saberes propios de nuestras culturas, tal es el caso de la incorporación del buen vivir o *sumak kawsay*, objeto del presente artículo.

La Constitución, sin lugar a dudas, ha venido a cambiar paradigmas, y eso lo podemos observar desde la definición misma de Estado que contiene el artículo 1: “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia.”²⁹ El adjetivo constitucional implica que es el texto fundamental el que determina los contenidos de las normas, las estructuras y el ejercicio

28 Principalmente las teorías formuladas por Gustavo Zagrebelsky y Luigi Ferrajoli.

29 Al respecto véase un interesante análisis de Ramiro Ávila titulado “Ecuador Estado constitucional de derechos y justicia”. *Constitución del 2008 en el contexto andino: análisis de la doctrina y el derecho comparado*. Ed. Ramiro Ávila Santamaría. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, pp. 19-38.

del poder, presentando así, una suerte de “efecto irradiador”³⁰ de la Constitución sobre todo el sistema jurídico. De tal forma que los derechos de las personas aparecen como límites impuestos al accionar de la autoridad y se convierten en el objeto de protección primordial del conjunto de instituciones estatales.

En este nuevo escenario, la justicia constitucional desempeña un papel importantísimo, ya que, además de continuar con su función primigenia de proteger la supremacía constitucional, y por tanto, la de preservar la conformidad de las normas infraconstitucionales con la Constitución, se convierte en un bastión en la defensa de los derechos fundamentales, que se encuentran consagrados en el texto fundamental y en los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por Ecuador.

Por otro lado, los pasos caminados hacia una suerte de multiculturalismo, que se traduce en realidades como el pluralismo jurídico, que implica la coexistencia, en un mismo espacio geográfico político, de dos o más sistemas jurídicos.³¹ Son avances palpables del texto constitucional que rompen, de tal forma, con la visión única del derecho estatal como fuente exclusiva de producción normativa, visión profundamente ligada al paradigma liberal clásico, y que en la actualidad ha sido superada.

La superación a la que me refiero no obedece en exclusiva al fenómeno del multiculturalismo, sino que es coetánea con otras realidades como la globalización y la consiguiente pérdida de soberanía de los Estados para crear los marcos normativos que los regulan; así, como por la avalancha de normas creadas internamente que en muchos de los casos producen antinomias, lagunas y vacíos que dificultan la aplicación del derecho. A

30 La expresión efecto irradiación corresponde al Tribunal Constitucional Federal Alemán, aunque luego varios teóricos han desarrollado la idea. Así *Guastini* nos habla de la Constitución invasora, véase “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: El caso italiano”. *Neoconstitucionalismo(s)*. Ed. Miguel Carbonell. Madrid, Trotta, 2003.

31 Sin embargo, lo manifestado debe ser entendido a la luz de lo establecido por el artículo 171 de la Constitución de la República, que expresa que las autoridades indígenas aplicarán normas y procedimientos propios para resolver conflictos internos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales. Disposición normativa interna que guarda conformidad con el artículo 8 del Convenio 169 de la OIT que establece: “Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que estas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio”.

este fenómeno se lo conoce con el término de *telaraña legal* en nuestro país, o con el de *hipertrofia legislativa*³² en España.

Los avances constitucionales en materia de derechos colectivos son de resaltar. Se observan en asuntos como el régimen del buen vivir, la participación de los pueblos y nacionalidades en la conservación del medioambiente, la propiedad intelectual sobre conocimientos ancestrales, el derecho a la consulta previa, y la administración de justicia indígena.

Así, en el actual texto constitucional los derechos del buen vivir son el eje transversal de todo el andamiaje estatal, y por lo tanto, su cumplimiento se convierte en una fuente de desarrollo alternativo propia. Por ello, las normas, las políticas públicas, los planes, están orientados a satisfacerlo, y en caso de que esto no ocurra, se les otorga a los habitantes del Ecuador una serie de garantías normativas, políticas, y jurisdiccionales que les permitan efectivizar su cumplimiento, en la consideración de que se trata de derechos prestacionales a cargo del Estado, que bajo el paradigma del Estado liberal clásico son tenidos como meras referencias programáticas, que no tienen mayor relevancia jurídica si el legislador no las desarrolla mediante ley.

Finalmente, coincido con la visión de *Boaventura de Sousa Santos*, respecto de la crisis del contrato social que da origen a la sociedad moderna, y con ello al régimen general de valores que se asientan sobre los principios del bien común y voluntad general, en cuanto mecanismos “agregadores de sociabilidad que permiten designar como sociedad las interacciones autónomas y contractuales entre sujetos libres e iguales”.³³

Principios que, a pesar de las buenas intenciones que comportan, desafortunadamente en realidades como las nuestras no han logrado su propósito de construir una sociedad de “sujetos racionales, libres e iguales”,³⁴ debido a la gran cantidad de personas excluidas y marginadas de participar de las ventajas prometidas por el bien común.

32 Véase Enrique Pérez Luño referente al *desbordamiento de las fuentes del derecho*, Universidad de Sevilla, 1993.

33 Santos Boaventura de Sousa. *Reinventar la democracia, reinventar el Estado*. Quito, Editorial Abya-Yala/Ildis, 2004, p. 3.

34 Así, John Rawls en su “Teoría de la Justicia” aparecida en 1971, se circunscribe en las posiciones neococontratualistas, sostiene a grandes rasgos que los principios de justicia que son objeto del acuerdo en la posición original se producen entre personas racionales, libres e iguales, otorgándoles, por tanto, una pretensión de validez universal e incondicional; lo que nos hace ver que parte de un presupuesto ficticio, que ha sido seriamente cuestionado por las complejas y diversas realidades modernas.

Bibliografía

- Ávila, Ramiro. "Ecuador Estado constitucional de derechos y justicia". *Constitución del 2008 en el contexto andino: análisis de la doctrina y el derecho comparado*. Ed. Ramiro Ávila Santamaría. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Borja, Rodrigo. *Enciclopedia de la Política*, t. I. México, D. F., Fondo de Cultura Económica, 3^a ed., 2002.
- Constitución de la República del Ecuador.
- Clavero, Bartolomé. "Ama llunku, Abya Yala: constituyencia indígena y código ladino por América". Capítulo primero. Internet. <http://www.alertanet.org/b-clavero.htm>. Acceso: 24 mayo 2010.
- _____. "Suma Qamaña, Suma Kawsay, Buen Vivir". Internet. <http://clavero.derechosindigenas.org/?p=5600>.
- Chávez, Gina. "El derecho propio: ¡destapando la caja de pandora!" *Desafíos constitucionales: la Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*. Eds. Ramiro Ávila, Agustín Grijalva y Rubén Martínez. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos/Tribunal Constitucional, 2008.
- García Figueroa, Alfonso. "La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo". *Neoconstitucionalismo(s)*. Ed. Miguel Carbonell. Madrid, Trotta, 2003.
- Gargarella, Roberto. Prólogo. *Desafíos constitucionales: la Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*. Eds. Ramiro Ávila, Agustín Grijalva y Rubén Martínez. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos/Tribunal Constitucional, 2008.
- Haberle, Peter. *El Estado constitucional*. Lima, Universidad Nacional Autónoma de México/Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2003.
- Mateucci, Nicola. Internet. <http://www.scribd.com/doc/18846137-Fundamentos-de-Filosofia-politica-y-Teoria-del-Estado>. Acceso: 23 mayo 2010.
- Monroy Cabra, Marco. *Introducción al derecho*. Bogotá, Editorial Temis, 7.^a ed., 1986.

- Palacios, Francisco. “Constitucionalización de un sistema integral de derechos sociales: de la Daseinvorsorge al *sumak kausay*”. *Desafíos constitucionales: la Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*. Eds. Ramiro Ávila, Agustín Grijalva y Rubén Martínez. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos/Tribunal Constitucional, 2008.
- Pérez Luño, Enrique. *El desbordamiento de las fuentes del derecho*. Sevilla, Universidad de Sevilla, 1993.
- Pérez Royo, Javier. *Los problemas básicos de la Teoría del Estado*. Universidad de Sevilla, 1977.
- Rawls, John. *Teoría de la Justicia*. México, D. F., Fondo de Cultura Económica, 1987.
- Rousseau, Jean Jacques. *El contrato social y otros ensayos*. Madrid, LIBSA, 2002.
- Santos, Boaventura De Sousa. *Reinventar la democracia, reinventar el Estado*. Quito, Editorial Abya-Yala, Ildis, 2004.
- Silva, Carolina. “¿Qué es el buen vivir en la Constitución?” *Constitución del 2008 en el contexto andino: análisis de la doctrina y el derecho comparado*. Ed. Ramiro Ávila Santamaría. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Trujillo, Julio César. *Teoría del Estado en el Ecuador*. Quito, UASB/Corporación Editora Nacional, 2.ª ed., 2006.

El referéndum, análisis comparativo de las legislaciones de España y Ecuador

Gina Chávez V.*

Resumen

El uso de mecanismos de democracia participativa o directa es común a todos los régimen, democráticos o no, pero tiene determinadas características en un régimen constitucional. La autora nos presenta un estudio comparativo que busca aportar elementos conceptuales para el debate.

Palabras clave

Democracia directa, democracia participativa, referéndum, sistema político, sistema de partidos, teoría del Estado.

* Doctora en derecho, Universidad Central del Ecuador, magíster en derecho constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Estudios de doctorado en derecho, Universidad de Valencia; profesora titular en el área de derecho constitucional, Instituto de Altos Estudios Nacionales. Profesora adjunta de Flacso, Sede Ecuador. Investigadora en temas constitucionales, derechos colectivos y derechos humanos.

I. Introducción

Un análisis comparativo de las normas legales reguladoras del referéndum entre dos países de distintos continentes y diferentes realidades jurídicas y contextos históricos, solo es posible recuperando herencias comunes y momentos de encuentro trascendentales, aunque estos no siempre sean ni gratos ni edificantes para ambas partes.

España y Ecuador comparten las mismas raíces jurídicas del derecho continental europeo. España por ser un Estado europeo y Ecuador por efecto de la conquista española a Centro y Sudamérica y del continuo flujo de doctrinas europeas al continente americano a lo largo de la historia. Comparten también el modelo político electoral, que no solo es similar entre sí, sino con los 68 países del mundo¹ que aplican el sistema electoral de representación proporcional para designar representantes populares mediante el voto universal.

El modelo de referéndum, participación y representación política español se ha nutrido de los modelos alemán de la República de Weimar, el italiano y el francés; mientras que el modelo de referéndum, participación y representación política ecuatoriano, se ha alimentado del modelo alemán, francés, italiano, español, acercándose o distanciándose de estos a lo largo del tiempo.

1 Existen diversos sistemas electorales que los países los aplican de acuerdo con el modelo político y la opción representativa que hubieren escogido, es así que para IDEA Internacional, existen los siguientes: el First Past The Post (FPTP) o sistema electoral de simple mayoría plural, en donde el candidato ganador es el que obtiene más votos entre todos los candidatos, este sistema lo aplican 47 países entre los que están Estados Unidos, Canadá, Malasia, Gambia y Kenia. El Blok Vote (BV) que es un sistema de mayoría pluralista usado en distritos de miembros múltiples en donde los electores tienen tantos votos como candidatos de elección, el candidato con más alta votación total obtiene un escaño, lo aplican 15 países entre ellos Islas Caimán, Kuwait, Palestina. El Two-Round System (TRS) que es un sistema de mayoría pluralista en donde una segunda elección define el candidato de un partido que ha obtenido el mayor número de votos, pero si este obtiene la mayoría absoluta gana en primera vuelta, lo aplican 22 países entre ellos: El Congo, África Central, Egipto, Cuba. El List Proportional Representation (ListPR), en donde un partido o agrupación presenta una lista de candidatos para un distrito multinominal, los votantes votan por un partido y estos obtienen el número de puestos en proporción a los votos obtenidos, hay un sistema de listas cerradas y de listas abiertas, aplican este sistema 70 países entre ellos España, Ecuador, Argentina, Brasil. Existe además otros sistemas como el Party Blok Vote (PBV), el Alternative Vote (AV), el Single Transferable Vote (STV), el Mixed Member Proportional Sistem (MMPS), el Parallel Sistem (PS), el Single Non-Transferable Note (SNTV), el Limited Vote (LV) y el Borda Count (BC). IDEA. Internet. <http://www.idea.int/esd/glossary.cfm#List%20PR>.

Un análisis comparativo de las normas electorales de España y Ecuador contribuye a identificar el conjunto de similitudes y matices que ocurren dentro de un mismo sistema electoral, independientemente del sistema jurídico-político que tenga cada país, cuyo punto común es el encuadre jurídico-político de democracia representativa que mantienen, y que en general, responde a los principios de soberanía en cabeza del pueblo, representación democrática y participación ciudadana en los asuntos que le atañen, aunque cada quien ponga énfasis en uno u otro aspecto, dependiendo de su experiencia histórica y política.

La comparación normativa se hará a partir de 1978,² por ser un momento histórico trascendental para los dos países que marca el fin de los régímenes autoritarios y dictatoriales y el inicio de la fase democrática constitucional de sus Estados, con los desafíos que ello conlleva.

El análisis se desarrolla mediante una breve reflexión sobre el referéndum como modelo de participación ciudadana, y de la revisión de las normas generales aplicables a las consultas populares, los tipos de consultas populares, los supuestos en los que se autoriza una consulta popular, quien tiene la iniciativa para convocar y para autorizar una consulta, los límites que se imponen para el ejercicio del derecho de consulta, los órganos encargados de la dirección del proceso de consulta y una pequeña referencia sobre otros mecanismos de participación ciudadana. Todo esto nos brinda elementos suficientes para llegar a determinadas conclusiones generales referentes a la eficacia del referéndum como mecanismo de participación democrática ciudadana.

2 1978 representa no solo la fecha de aprobación de nuevas constituciones en ambos países, sino una fase de transición de régímenes totalitarios y dictatoriales (que España mantenía desde 1923 hasta 1972 y Ecuador desde 1963 hasta 1978), hacia una fase democrática que dura hasta la presente. La Constitución ecuatoriana de 1978 fue convocada por el Consejo Supremo de Gobierno que gobernaba el país desde 1976 –luego de asumir el mando que se encontraba en manos del Gral. Rodríguez Lara desde 1972–, y que anunció el Plan de Reestructuración Jurídica del Ecuador para llevar al retorno del país hacia la democracia; encargó a dos Comisiones de Redacción la elaboración de dos constituciones que serían aprobadas, una de ellas, por referéndum; el proceso culminó con la aprobación de la Carta política y el llamamiento a elecciones que designó a Jaime Roldós Aguilera como presidente constitucional. La Constitución española de 1978 nace de las reformas legislativas realizadas por Franco y de las negociaciones políticas con la oposición democrática, y representa la reestructuración de facto de la monarquía borbónica, el retorno al Estado de derecho y la recuperación de la organización territorial establecida en la Constitución republicana de 1931; esta fase culmina con la instauración de la actual monarquía democrática española.

El estudio busca, más allá de una simple comparación, acercarse a las instituciones de participación ciudadana que rigen en los dos países, y que contribuyen a la construcción de la voluntad pública con un mayor o menor involucramiento de la ciudadanía. Está fuera de este trabajo evaluar las bondades de una u otra vía, tanto más cuando uno de los países analizados (Ecuador) se encuentra iniciando una nueva fase de su vida democrática marcada por la entrada en vigencia de la nueva Constitución aprobada en el 2008, encontrándose en plena fase de transición.

II. Referéndum y participación ciudadana

Referéndum viene del latín *referendum* (de referre: referir) y constituye una institución política por la cual el cuerpo electoral, el pueblo, opina sobre un asunto puesto en su conocimiento, aprueba o rechaza una decisión de sus representantes.

El referéndum es entendido como un mecanismo de la democracia constitucional por el cual el pueblo participa del proceso de construcción del poder, que también se realiza mediante el sufragio y otros medios de participación directa como el libre acceso a los cargos públicos. En sí es un acto de ratificación, desaprobación o de decisión del pueblo, más no de formación de la ley cuyo acto se encuentra en manos de sus representantes, aunque pudiera participar de dicha formación cuando es sometido a la votación popular y aprobado por él.

De manera frecuente, se confunden plebiscito y referéndum. La doctrina y la legislación la utilizan de manera indistinta. La diferencia consiste en que mientras el primero se aplica cuando el asunto se refiere a cuestiones no normativas, de hecho, actos políticos y medidas de gobierno de excepcional importancia para la comunidad; el referéndum se aplica a cuestiones normativas de carácter territorial y a materias relativas a la forma de gobierno y su ejercicio.³ En ambos casos se trata de una consulta al pueblo, por lo que los cuerpos normativos por lo general usan la expresión consulta popular.

3 Biscaretti di Ruffia, Paolo. *Derecho Constitucional*. Madrid, Tecnos, 1984.

Pérez Solá⁴ sostiene que siempre que en un procedimiento de reforma se prevé un referéndum, este tiene un inequívoco carácter de “condición suspensiva” que, aunque no afecta a la validez, si condiciona la eficacia de cualquier reforma. Si es obligatorio, hasta que la consulta tenga lugar; si es facultativo, desde que hayan expirado los plazos pertinentes.⁵

Los orígenes del referéndum se remontan a las prácticas de la República romana en la que los ciudadanos votaban una ley a petición del tribuno de la plebe.

La doctrina clasifica al referéndum por sus efectos, por su naturaleza jurídica y por su origen. Por sus efectos, puede ser constitutivo, modificativo y abrogativo; por su naturaleza jurídica puede ser obligatorio o facultativo; por su origen puede ser: popular, gubernativo o presidencial, parlamentario, estatal y regional.

Ni el plebiscito ni el referéndum son mecanismos invocados con frecuencia, fundamentalmente porque las democracias constitucionales se consolidaron como democracias representativas y porque se ve con recelo los denominados gobiernos plebiscitarios, entre otras cosas, porque por lo general se trata de régimenes dictatoriales o autoritarios que tienden a utilizar los mecanismos de consulta popular como instrumento para legitimar el ejercicio espurio del poder.⁶

Sin embargo, hay momentos históricos de los países y regiones en los que se observa un uso más frecuente de estos mecanismos. A nivel europeo, varios momentos de conformación de la Unión Europea se han visto sometidos a consultas populares, entre ellos, la ratificación del Tratado de

4 Pérez Solá, Nicolás. *La regulación constitucional del referéndum*. Jaén, Universidad de Jaén, Secretariado de Publicaciones, 1994.

5 *Ibid.*, p. 137.

6 Sin embargo, ha sido necesaria la legitimidad popular para alcanzar objetivos menos espurios como retornar o fortalecer régimenes democráticos, procesos de integración o decisiones gubernamentales con alto impacto político. España, en el proceso de consolidación democrática realizó dos referéndum antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1978, uno de aprobación de la Ley para la Reforma Política en 1976 y el otro para la ratificación de la Constitución española en 1978; realizó, además, dos referéndum después, uno sobre la permanencia de España en la OTAN en 1986 y otro sobre la Constitución Europea en el 2005. Ecuador aprobó la Constitución de 1978 mediante referéndum y acaba de aprobar la Constitución del 2008 con el respaldo de un plebiscito que aprobó la convocatoria a Asamblea Constituyente para que redacte una nueva Constitución y mediante referéndum ratificatorio de la constitución elaborada por dicha Asamblea.

Maastrich, del Tratado de Constitución de la Unión Europea, del Tratado de Niza. Actualmente está en proceso de aprobación, mediante referéndum realizado por los Estados miembros de la Unión Europea, el Tratado de Lisboa.

En Canadá, la provincia de Quebec francófona ha realizado varias consultas fracasadas en el intento de constituirse en un Estado independiente.

En América Latina, desde finales del siglo XX, varios Estados han recurrido tanto a los plebiscitos como a los referéndum para adelantar procesos constituyentes en los últimos veinte años, los que vienen arrojando, hasta estos momentos, cambios y redefiniciones de fondo de sus sistemas jurídico-políticos.

Estas modalidades de consulta popular representan un retorno al pueblo, titular de la soberanía popular,⁷ de la facultad de decisión que ordinariamente se encuentra en manos del Legislativo o Ejecutivo por efectos de esa misma soberanía, y que estos trasladan al soberano en un momento de necesidad legitimatoria de sus acciones o decisiones. En este sentido, forman parte de una democracia directa que para muchos estudiosos limita o contradice la democracia representativa que ha cobrado carácter legitimatorio de los regímenes político de la actualidad.

III. El referéndum en España y Ecuador

El análisis comparativo de la institución del referéndum en España y Ecuador se desarrollará mediante una identificación de las normas generales aplicables a las consultas populares, los tipos de consultas populares reconocidos en los ordenamientos jurídicos correspondientes, los supuestos normativos en los que se autoriza una consulta popular, la autoridad que tiene a cargo la iniciativa para convocar y para autorizar una consulta, los límites que se imponen para el ejercicio del derecho de consulta, los órganos encargados de la dirección del proceso de consulta y una pequeña referencia sobre otros mecanismos de participación ciudadana que vienen tomando cuerpo, especialmente en el Ecuador de la última década.

7 Linde Piniagua, Enrique. "Comentarios a la Constitución Española de 1978". Internet. <http://vlex.com/vid/articulo-92-referendum-341850>.

IV. Normas generales

En España, la vigente Constitución de 1978 y la Ley Orgánica 2/1980 sobre regulación de las distintas modalidades de Referéndum,⁸ conforman el cuerpo normativo básico que configura y regula el mecanismo.

De conformidad con la Constitución, el referéndum establece obligaciones para los poderes públicos, quienes “removerán obstáculos que impidan o dificulten ejercer los derechos de libertad e igualdad y facilitarán la participación de todo ciudadano en la vida pública” (art. 9, numeral 2, CE). Esta obligación estatal se establece para garantizar el derecho de los ciudadanos “de participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes elegidos en sufragio universal” (art. 23, numeral 1, CE).

Por ser una monarquía democrática, es el Rey quien tiene la facultad de convocar a referéndum en los casos previstos en la Constitución (art. 62, literal c, CE), y es de competencia exclusiva del Estado autorizar la convocatoria de consultas populares por vía de referéndum en el ámbito autonómico (art. 149, numerales 1, 32, CE) (art. 2, numeral 3, LOMR). La Constitución reconoce como tipos de referéndum al obligatorio y al facultativo.

Por su parte, Ecuador no cuenta con una ley específica sobre el funcionamiento del referéndum por lo que el cuerpo normativo central lo constituye la Constitución y la Ley Orgánica Electoral que establece normas generales relativas al sistema electoral.*

La Constitución y las leyes electorales han sufrido varias modificaciones sea por cambios constitucionales y legales puntuales o por los procesos constituyentes que han ocurrido en el país. La Constitución de 1978 se reformó y codificó en 1984 y 1993, y se volvió a reformar en 1996; en 1998 y en el 2008, se producen procesos constituyentes que arrojan nuevas constituciones y que marcan importantes cambios en la estructura jurídica del Estado.

8 Esta ley se dicta con las nuevas reglas democráticas que rigen en España desde el retorno al orden democrático y reemplaza a la Ley del Referéndum Nacional de 1945, una de las siete Leyes Fundamentales del Reino con las que gobernó Franco.

* Nota del editor: Está vigente, actualmente, la ley orgánica electoral, “Código de la Democracia”, donde se regula lo relacionado con los mecanismos de participación (Registro oficial suplemento 578:27-abril-2009).

En estos procesos de cambio se observa de partida modificaciones respecto a la definición del Estado y del gobierno que aunque siguen enmarcadas en cuadros democráticos ponen el énfasis en uno u otro aspecto, en cada momento. La Constitución de 1978 define al Estado como democrático y al gobierno como electivo, representativo y alternativo. En 1998, la Constitución aprobada mediante Asamblea Nacional, autodenominada constituyente, define al gobierno del Estado como electivo, representativo y participativo. En el 2008, la Constitución recientemente aprobada mediante Asamblea Constituyente define al gobierno como republicano y descentralizado. Como se puede ver, el último cambio constitucional define al gobierno por sus elementos estructurales y no por los elementos operativos de la democracia, los que son desplazados, y desarrollados de manera expansiva, hacia la parte tanto dogmática como orgánica de la Constitución.

Se establece la legitimación pasiva y activa para ser elegido, elegir dignidades y votar en plebiscitos y referéndum (art. 6/84, CE). El ámbito participativo del pueblo, sin embargo, desde el 1998 se ha ampliado por una habilitación para participar en procesos de revocatoria de mandato. Las dignidades se eligen en sufragio universal, directo y personal.

Se tiene como principio fundamental del sistema democrático la garantía de la *representación de las minorías* en las elecciones pluripersonales, y el voto de los mayores de 18 años en goce de derechos ciudadanos. (art. 3/86, LE).

Se convoca a consulta popular en los casos previstos por la Constitución y la decisión adoptada por este medio es obligatoria (art. 35/84, CE), (art. 100/86, LE). A partir de 1998, sin embargo, es vinculante la consulta popular si el pronunciamiento cuenta con mayoría absoluta.

Por ser una República, de manera tradicional le competía al Presidente, como jefe de Estado y de Gobierno, someter a consulta popular en todos los casos. Sin embargo, a partir del cambio constitucional de 2008, la iniciativa de convocatoria a consulta popular la tiene tanto el Presidente de la República, como la máxima autoridad de los gobiernos autónomos descentralizados y la iniciativa popular, dejando al organismo electoral su convocatoria (art. 105, CE/2008).

Como se puede observar, los dos regímenes comparten los mismos principios democráticos de participación ciudadana en asuntos de interés trascendental, comparten también el mecanismo de participación ciudadana mediante sufragio universal, y la autorización y convocatoria de

dicho mecanismo de participación en cabeza del titular del Estado. Las diferencias están marcadas, tanto por la estabilidad de la norma constitucional (mientras España ha hecho contadas reformas puntuales a su Constitución, Ecuador ha tenido dos constituciones nuevas a partir de 1978), como por el tipo de régimen jurídico político (España es una monarquía democrática mientras Ecuador se define como una república), lo que hace que mientras en España el Rey sea la cabeza del Estado español, y por tanto, la autoridad facultada para autorizar y convocar una consulta popular; en Ecuador, la autoridad sea el Presidente de la República, quien es cabeza del Estado y del Gobierno.

El cambio normativo más significativo ha ocurrido en la Constitución ecuatoriana del 2008 que establece que el órgano electoral convocará, por disposición no solo del Presidente de la República, sino también de la máxima autoridad del gobierno seccional y de la iniciativa popular, a consulta popular (art. 105, CE/2008).

V. Tipos de Referéndum

España reconoce tres tipos de referéndum: el consultivo, el autonómico y el constitucional.

A referéndum consultivo de naturaleza facultativa, se someten las decisiones políticas de especial trascendencia (art. 92, CE); estas consultas pueden celebrarse tanto a nivel nacional como a nivel autonómico o municipal (Disposición Adicional de la LOMR de 2/1980).

A referéndum autonómico, son sometidos de manera obligatoria las decisiones sobre la Constitución de una comunidad autónoma, la aprobación de los respectivos estatutos autonómicos y sus modificaciones (art. 151, numeral 1). Se excepciona de esta obligación a aquellas comunidades que han adelantado procesos autonómicos antes de la aprobación de la Ley Orgánica sobre regulación de las distintas modalidades de referéndum, y cuando se trata de una comunidad autónoma con plenitud de autonomía. La consulta se realiza en las circunscripciones que conformarán la pretendida comunidad autónoma.

A referéndum constitucional, se someten de manera facultativa las reformas a la Constitución aprobadas por las cortes generales (art. 167, numeral 3, CE). La decisión adoptada por el pueblo es vinculante.

Se somete de manera obligatoria a consulta, una proposición de revisión total de la Constitución o una modificación parcial que afecte al título preliminar, capítulo 2, sección 1 del título I o al título II. En estos casos, se somete a referéndum ratificatorio la reforma aprobada por las cortes generales (art. 168, numeral 3, CE) (art. 7, LOMR 2/1980).

En Ecuador se aplican consultas populares de tipo consultivo, seccional y constitucional.

De manera consultiva, se pueden someter a referéndum las leyes objetadas por el Presidente de la República (art. 69, LE/1986). La consulta es obligatoria si es aprobada con la mayoría absoluta de votos.

El Presidente de la República puede someter a consulta popular cuestiones que a su juicio son de trascendental importancia para el Estado, o asuntos que estime convenientes.⁹ Por su parte, la ciudadanía puede solicitar consulta popular sobre cualquier asunto, tanto si la consulta es de carácter nacional, como si es de carácter local. Los ecuatorianos en el exterior pueden solicitar consulta popular para asuntos de su interés y relacionados con el Estado ecuatoriano, con el respaldo del 5 por ciento de las personas inscritas en el padrón electoral de la circunscripción especial (art. 105, incisos 2, 4 y 5, CE/2008).

Hasta el 2007, se podía convocar a consulta popular para la aprobación y ratificación de tratados o acuerdos internacionales que, en su caso, hayan sido rechazados por el Congreso Nacional o por el Plenario de las comisiones legislativas o por el propio Presidente de la República (art. 78 literal p, CE/84). A partir del cambio constitucional del 2008, se puede realizar una consulta popular, por iniciativa ciudadana o del Presidente de la República, para la ratificación de tratados (art. 422, CE).

Hasta el 2007, el Presidente podía convocar a consulta si las leyes de su iniciativa eran rechazadas total o parcialmente por el Congreso Nacional (art. 143, LE/86). A partir del 2008 los proponentes de la reforma constitucional pueden solicitar se someta a consulta popular los proyectos no tratados durante un año por el Legislativo (art. 104, CE/2008).

9 A partir de las reformas a la Ley Orgánica Electoral del año 2000, se habla de “país” no de Estado (art. 116, LE).

A petición fundamentada del Presidente de la República, puede someterse a consulta popular la explotación de recursos naturales en áreas protegidas, previa declaratoria de interés nacional por parte de la Asamblea Nacional (art. 409, CE/2008).

En cuando al referéndum seccional, con el régimen anterior, los organismos del régimen seccional podían solicitar consulta popular en casos trascendentales atinentes a su comunidad que justifiquen su convocatoria. Podía también solicitar este tipo de consulta el 20 por ciento del padrón electoral de la circunscripción correspondiente (art. 143, numerales 3, 4 y 5, LE/86).

A partir del cambio constitucional del 2008, se modifica la estructura de la organización territorial del país creándose regiones autonómicas descentralizadas. La Constitución establece que los gobiernos autónomos podrán someter a consulta temas de interés para su jurisdicción (art. 105, inciso 3, CE/2008), así como la aprobación del estatuto autonómico y la resolución de conflictos de límites o pertenencia territorial (disposición transitoria 16, CE/2008).

La nueva Constitución reconoce como mecanismo de democracia directa la iniciativa popular normativa para proponer la creación, reforma o derogatoria de normas jurídicas ante la función legislativa o cualquier otro órgano con función normativa (art. 104, CE/2008).

Respecto al referéndum constitucional, el Presidente de la República tenía la facultad para convocar y someter a consulta popular la reforma de la Constitución, en los casos previstos por esta (art. 143, CE/1998). Para la reforma constitucional, el Congreso Nacional conocía y trataba el proyecto de reforma mediante el mismo trámite de aprobación de las leyes, en doble debate que deberá iniciar transcurrido un año, y con el voto favorable de las 2/3 partes de sus integrantes. El Presidente de la República sancionará y objetará el texto aprobado por este procedimiento (art. 282, CE/1998). A este mecanismo se le conoció como “candado constitucional”.

Sin embargo, la Constitución del 2008 establece que el referéndum para la reforma constitucional se convocará por disposición del Presidente de la República, por iniciativa propia o a solicitud de la ciudadanía, cuando la Asamblea Nacional no trate la propuesta en el lapso de un año (art. 104, inciso 3, art. 105, inciso 8, CE/2008).

Podrá también someterse a consulta popular, la convocatoria a Asamblea Constituyente, sea por iniciativa del Presidente de la República, por la Asamblea Nacional o por la ciudadanía.

Se excepciona del mecanismo de consulta popular los asuntos relativos a tributos y a la organización política administrativa del país, salvo disposición constitucional.

Como se puede observar, tanto Ecuador como España contemplan referéndum de tipo facultativo u obligatorio para consultas que pueden operar tanto en el ámbito nacional, como seccional y constitucional, en asuntos de especial trascendencia para la ciudadanía.

En algunos aspectos la legislación española es más amplia para regular casos en lo que se deba someter a consulta popular y en otros aspectos lo es la legislación ecuatoriana.

En materia autonómica, España prevé la aprobación por referéndum no solo el estatuto autonómico y sus modificaciones, sino la conformación misma de la comunidad autonómica, mientras Ecuador deja a la decisión política el tema de la conformación y solo establece referéndum para la aprobación del respectivo estatuto.

En donde se marcan mayores diferencias es en cuanto al referéndum constitucional. España contempla el referéndum facultativo para el caso de reformas constitucionales aprobadas por las cortes generales y hace vinculante la decisión que adopte el pueblo. De manera obligatoria, por el contrario, se someterá una proposición aprobada por las cortes generales de revisión total de la Constitución o una modificación parcial que afecte al título preliminar, capítulo 2, sección 1 del título I o al título II.

Por su parte, Ecuador acaba de dar un giro hacia un modelo más participativo que involucra una participación ciudadana más amplia para el caso de reformas constitucionales. Con la nueva Constitución de 2008 el referéndum para una reforma constitucional parcial podrá ser convocado por disposición del Presidente de la República, por iniciativa propia o a solicitud de la ciudadanía.

Para el cambio de régimen constitucional o cambio total, sin embargo, deberá tenerse como condición previa la decisión del pueblo adoptada en consulta popular de convocar a la correspondiente Asamblea Constituyente que se encargue de dicho cambio de régimen, para lo cual, tanto el Presidente de la República como la Asamblea Nacional y la ciudadanía, tienen capacidad de iniciativa.

España entiende que una modificación total o parcial al título preliminar, capítulo 2, sección 1 del título I o al título II de la Constitución pueden representar un cambio de régimen constitucional;¹⁰ Ecuador, respondiendo a su particular historia constitucional,¹¹ para el cambio integral de la Constitución, la condición previa será un pronunciamiento popular sobre la convocatoria a Asamblea Constituyente que se encargará de la elaboración de una nueva Constitución, sin que se hable de qué elementos republicanos no son susceptibles de modificación, aún en un cambio total de Constitución. Mientras, la rigidez constitucional en España se da mediante la prohibición de cambios de los elementos sustanciales de un régimen republicano democrático y constitucional; en Ecuador la rigidez constitucional opera mediante el consenso social que debe respaldar la conformación de una Asamblea Constituyente encargada del cambio constitucional total.

Respecto a este último asunto, es importante acotar que en Europa se ha llegado a la formulación de estos núcleos constitucionales duros por efecto de varias experiencias históricas como los conflictos mundiales del siglo XX, los regímenes autoritarios, los riesgos del comunismo, entre otros, que desarrollaron doctrinas como la alemana de la “democracia militante”, que toma fuerza tras la Segunda Guerra Mundial en la Constitución alemana de Bond a partir de evidenciar el acceso de *Hitler* por vía democrática. Se plantea la pregunta de si la democracia ha de frenar las medidas que tienden a terminar con ella, derivándose de ello la legitimidad de tomar medidas coherentes mediante el resguardo de los elementos esenciales de la república democrática constitucional.¹²

10 Italia, entre otros países europeos que han adoptado modelos constitucionales rígidos, prohíbe el cambio de la Constitución (art. 139, CI), sin embargo, prevé un mecanismo rígido de cuatro deliberaciones parlamentarias realizadas en intervalos de tres meses y una aprobación, en segunda votación, por una mayoría calificada de las 3/4 partes. Adicionalmente el mismo artículo establece que la forma republicana del Estado no puede ser cambiada, lo que con la labor interpretativa de la Corte Constitucional italiana en la actualidad se entiende que no solo está prohibido cambiar la parte formal de la denominación del Estado italiano, sino también todo el conjunto de principios y reglas sustanciales que definen el régimen republicano como son la separación de poderes y los derechos fundamentales.

11 De las veinte constituciones que han regido al país desde 1830 hasta 2008, diecisiete han sido elaboradas por una Asamblea Constituyente, dos por una Convención y una por una comisión jurídica.

12 El concepto de “democracia militante” ha servido en la labor interpretativa de los tribunales y cortes constitucionales de los países europeos y en el desarrollo de legislación secundaria, para evaluar si determina formación política, su programa de gobierno, e inclusive, los antecedentes de actuación de sus miembros son coherentes con el régimen establecido en la Constitución, concluyendo en una sanción o no de su existencia.

Como una última novedad de la Constitución ecuatoriana, tenemos que se puede someter a consulta popular la explotación de recursos naturales en áreas protegidas a petición fundamentada del Presidente de la República previa declaratoria de interés nacional por parte de la Asamblea Nacional. Hay que anotar que esta disposición busca una salida a los persistentes conflictos que se han dado en el país, relacionados con el desarrollo de actividades extractivistas en áreas protegidas. Por una medida que eventualmente podría denominarse de democracia plebiscitaria, se estaría poniendo a dirimencia del pueblo este tipo de decisiones gubernativas.

VI. Supuestos del referéndum

En España, el referéndum, en cualquiera de sus modalidades es competencia exclusiva del Estado y es convocado por el Rey mediante Real Decreto acordado en Consejo de Ministros y refrendo de su Presidente (art. 2, LOMR).

La petición contendrá el texto del proyecto de decisión política, la pregunta a ser consultada, y la fecha en que tendrá lugar el referéndum. El referéndum se decidirá en sufragio universal, libre, igual, directo y secreto en el ámbito que corresponda a la consulta.

El referéndum consultivo es admisible a iniciativa gubernamental, previa autorización del Congreso de los diputados por mayoría absoluta, a solicitud del Presidente del Gobierno, sometiéndose a consulta en caso de “decisiones políticas de especial trascendencia” (art. 6, LOMR).

En cuanto al referéndum autonómico, una vez fijada la legalidad, el Rey procede a convocar (art. 62, CE y art. 2, numeral 3, LOMR) con el referendo del Presidente del Gobierno (art. 56, numeral 3 y art. 64, numeral 1, CE) en un plazo de cinco meses. Dentro de este proceso tendrá que ser oído el órgano de gobierno del Ente Preautonómico. Para ratificar la iniciativa autonómica se requiere la concurrencia de la mayoría absoluta de los electores y que se pronuncie afirmativamente la mayoría absoluta de estos. (art. 151, numeral 1, CE). Este mecanismo se conoce como doble quórum.

La iniciativa del proceso autonómico corresponde y arranca con la acreditación mediante elevación al Gobierno de los acuerdos de las diputaciones

interesadas o del órgano interinsular correspondiente y a las 3/4 partes de los municipios cuya población represente, al menos, la mayoría del censo electoral de cada provincia o isla. Los requisitos de creación de una comunidad autonómica deben ser cumplidos en el plazo de 6 meses a partir del primer acuerdo autonómico (art. 143, numeral 2, CE y art. 8, LOMR).

Transcurridos los plazos y cumplidos todos los requisitos es, como se ha mencionado, el Jefe de Estado quien tiene la facultad de autorizar la convocatoria a consulta popular vía referéndum en el plazo de cinco meses, fijándose la fecha concreta de su celebración. Se aprueba la iniciativa si se hubiere obtenido la mayoría absoluta de votos afirmativos del censo electoral en el conjunto del ámbito territorial que pretenda acceder al autogobierno (art. 149, numeral 1, inciso 32, CE y art. 8, numerales 3 y 4, LOMR).

Si el pronunciamiento es negativo en todas o en la mayoría de las provincias en las que se haya celebrado la consulta, deberán transcurrir cinco años para reiterar la elaboración de un nuevo Estatuto, sin perjuicio de que las provincias que las hayan aprobado se constituyan en Comunidad Autónoma si se cumplen los requisitos establecidos en la ley (art. 9, numeral 3, LOMR).

A referéndum constitucional se someten de manera facultativa las reformas a la Constitución aprobadas por las cortes generales, aunque al momento de solicitarlo se convierte en un elemento constitutivo de la reforma. Una vez aprobada la reforma por las Cámaras, la décima parte de cualquiera de ellas podrá requerir mediante escrito dirigido al presidente de esta, la celebración de un referéndum de ratificación de la reforma, dentro de los quince días siguientes a su aprobación (art. 167, numeral 3, CE). Será condición previa la comunicación por las cortes generales al Presidente del Gobierno del proyecto de reforma aprobado que haya de ser objeto de la ratificación popular. La convocatoria se hará dentro de los treinta días siguientes y su celebración dentro de los sesenta días siguientes (art. 7, LOMR). La decisión adoptada por el pueblo es vinculante.

En caso de reforma total o reformas que afecten el título preliminar, el capítulo II, sección I del título I, o el título II de la Constitución, el referéndum es de carácter obligatorio.

Como impedimentos generales a la realización de consultas populares tenemos que no podrá realizarse durante estados de excepción y de sitio, y entre los 90 días anteriores y 90 posteriores a la realización de elecciones

parlamentarias, locales, generales u otro referéndum, excepto si es referéndum de reforma constitucional.

En Ecuador, a nivel seccional se venían realizando consultas populares frente a decisiones de trascendental importancia para la jurisdicción y para resolver conflictos de límites o pertenencia a una jurisdicción.

A partir del 2008, la nueva Constitución abre la posibilidad de crear regiones autonómicas, con lo cual, una vez tomada la decisión de conformación, se somete a aprobación mediante referéndum el respectivo estatuto autonómico. Para tal efecto, el Presidente convocará, previo dictamen de la Corte Constitucional, a consulta popular en las provincias que integrarán la región autonómica (art. 246, CE/2008). El pronunciamiento mayoritario define la consulta y esta se aprueba si así lo decide la mayoría absoluta de los votos válidos emitidos en cada provincia.

La Constitución establece que los gobiernos autónomos, con la decisión de las 3/4 partes de sus integrantes, podrán someter a consulta temas de interés para su jurisdicción (art. 105, inciso 3, CE/2008). Se establece también, que se podrá someter a consulta para resolver conflictos de pertenencia territorial (disposición transitoria 16, CE/2008).

La ciudadanía podrá solicitar consulta popular sobre cualquier asunto, con el respaldo del 5 por ciento del padrón electoral si la consulta es de carácter nacional, y del 10 por ciento si la consulta es de carácter local. Los ecuatorianos en el exterior también pueden solicitar consulta popular para asuntos de su interés y relacionados con el Estado ecuatoriano, con el respaldo del 5 por ciento de las personas inscritas en el padrón electoral de la circunscripción especial (art. 105, incisos 2, 4 y 5, CE/2008).

La iniciativa popular normativa para proponer la creación, reforma o derogatoria de normas jurídicas ante la función legislativa o cualquier otro órgano con función normativa, se podrá realizar con el respaldo de no menos del 0,25 por ciento de padrón electoral de la jurisdicción correspondiente (art. 104, CE/2008).

En el caso de referéndum constitucional, la Constitución del 2008 establece que el referéndum para la reforma constitucional se convocará por disposición del Presidente de la República o a solicitud de la ciudadanía respaldada por el 8 por ciento de las personas registradas en el padrón electoral (art. 105, inciso 8, CE/2008).

El Presidente de la República, dentro del plazo de 90 días, podrá someter a consulta popular los proyectos de reforma constitucional en los casos de urgencia calificados previamente por el Congreso Nacional con mayoría absoluta, o cuando el Congreso no hubiere conocido, aprobado o rechazado en el lapso de ciento veinte días contados a partir del vencimiento del plazo de un año (art. 283, CE/1998). La consulta popular se circunscribirá exclusivamente a la parte o partes del proyecto de reformas que hayan sido objeto de discrepancia.

La ciudadanía, que tiene iniciativa para presentar propuestas de reforma constitucional con el respaldo de no menos del 1 por ciento del registro electoral, puede solicitar consulta popular si la Asamblea Nacional no trata la propuesta en el lapso de un año; en este caso no tendrá necesidad de presentar el respaldo del 8 por ciento de las personas inscritas en el registro electoral (art. 104, inciso 3, CE/2008).

La convocatoria a Asamblea Constituyente, que puede ser por iniciativa del Presidente de la República, cuando es por iniciativa de la Asamblea Nacional requerirá estar respaldada por las 2/3 partes de la Corporación, y cuando es por iniciativa ciudadana deberá respaldarse por el 8 por ciento del padrón electoral.

Como normas electorales generales tenemos que los votos nulos y emitidos en blanco se contabilizarán pero solo los votos válidos decidirán el resultado de la consulta (art. 101, LE/86). No votan quienes no constan en el padrón electoral ni los miembros activos de Fuerzas Armadas y Policía Nacional (art. 4, LE/86). Solo los habilitados para promover la consulta popular pueden impugnar el proceso electoral (132 CLE, 2000). Estas normas, sin embargo, pueden cambiar en esta etapa de transición en que se encuentra el régimen jurídico ecuatoriano, a partir de las últimas reformas constitucionales.

La legislación ecuatoriana, antes que poner prohibiciones a la realización de consultas populares, establece determinadas prohibiciones respecto del ejercicio del derecho al voto activo y pasivo. En este sentido, se prohíbe la propaganda por el voto nulo (art. 104), y se sanciona con amonestación y la reincidencia con pérdida del registro de partidos. Si son personas naturales se sanciona con prisión de 6 meses a 2 años.

Quien no sufragaba era sancionado con multa que iba del 2 al 25 por ciento del salario mínimo vital general, con excepciones (art. 13, LE/86).

A partir del 2008, la sanción va del 50 al 100 por ciento del SMV (art. 153, 2008), y se establecen algunas excepciones.

Respecto de los supuestos del referéndum, se hace evidente que el régimen español marca claramente la facultad de los órganos estatales en la iniciativa, autorización y convocatoria a consulta, salvo el caso de consultas a nivel municipal o autonómico en los que hay una apertura a la iniciativa ciudadana.

Ecuador, aunque nunca mantuvo tal rigidez, porque por lo general ha mantenido un espacio para la iniciativa ciudadana no solo en el ámbito local, sino también en el nacional, a partir del 2008 amplía de manera sustancial la participación directa de la ciudadanía mediante la realización de referéndum y consultas populares, además de otros mecanismos previstos en la Constitución, con lo que podría entenderse al Estado ecuatoriano eventualmente como una democracia plebiscitaria,¹³ con los resquemores que esto conlleva.

A mi entender, la opción ecuatoriana se inscribe en una tendencia actual de algunos países latinoamericanos que buscan diseñar democracias más participativas, entendiendo las limitaciones, falta de legitimidad y fracasos de nuestras democracias representativas, a lo largo de la historia. Con esto, no me parece que se busque la instauración de democracias participativas puras, sino el diseño de nuevos roles estatales y de controles al ejercicio del Poder Público a cargo de la ciudadanía. Es, ante todo, una apuesta por la consolidación de una ciudadanía activa y de un poder público que actúe enmarcado en la Constitución y en el resguardo de los derechos ciudadanos. Este aparente debilitamiento de la democracia representativa busca ser fortalecida con el concurso ciudadano que re legitime los poderes públicos. Sobra decir que está por verse la eficacia de este modelo.

13 El tipo de gobierno autoritario representado por Napoleón representa el prototipo de la autocracia moderna, y aporta a los resquemores sobre las denominadas democracias plebiscitarias. Napoleón revistió el monopolio de tomar y ejecutar la decisión política con unas instituciones pseudodemocráticas en el proceso gubernamental, que ofrecían formalmente a los distintos destinatarios del poder un poder distribuido y controlado, aunque materialmente no existía tal control. Napoleón dio una legitimación democrática a su dominio al someter sus tres constituciones a plebiscito popular (1800, 1802, 1804). véase Loewenstein, K. *Teoría de la Constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona, Ariel, 1957.

VII. Órganos electorales

Respecto a los órganos electorales, brevemente mencionaremos que en España la Junta Electoral Central es el órgano electoral permanente. Está conformado por 8 vocales magistrados del Tribunal Supremo y 5 vocales catedráticos de derecho o de ciencias políticas y de sociología.

La Junta Electoral Central cumple funciones de dirección y supervisión, resolución de consultas, unificación de criterios, resolución de quejas, vela por el cumplimiento de normas relativas a cuentas y gasto electoral, expide credenciales a autoridades electas, entre otras.

En Ecuador, hasta el 2007 era el Tribunal Supremo Electoral el máximo organismo con jurisdicción nacional. Estaba conformado por 7 vocales nombrados por el Congreso Nacional para dos años de funciones, de una lista de candidatos provenientes de tres fuentes: ciudadanía (3), Presidente de la República (2); Corte Suprema de Justicia (2).

A partir de la vigencia de la nueva Constitución, se reconoce a la función electoral como garante del ejercicio de los derechos políticos que se expresan mediante sufragio y mediante la organización política de la ciudadanía. La función la conforman el Consejo Nacional Electoral y el Tribunal Contencioso Electoral.

El Consejo Nacional Electoral está conformado por cinco miembros designados mediante concurso de méritos para un período de seis años y renovación parcial cada tres años. El Tribunal Contencioso Electoral conformado por cinco magistrados designados mediante concurso de méritos para un período de seis años y renovación parcial cada tres años. Estos organismos electorales están sujetos a enjuiciamiento político y contraloría social (arts. 128 al 225, CE/2008).

Respecto de los órganos electorales, solo cabe comentar que las dos legislaciones mantienen organismos especializados encargados de operar y garantizar tanto la realización de los procesos de consulta popular como de las reclamaciones y sanciones electorales. España ha mantenido el modelo institucional de división de competencias electorales y competencias contenciosas, mientras que Ecuador, acaba de adoptar en el 2008 este modelo.

VIII. Otras formas de participación ciudadana

Adicional al mecanismo de consulta popular mediante plebiscitos o referéndum, resulta de interés identificar brevemente otros mecanismos de participación directa de la ciudadanía en el ejercicio del poder público.

La Constitución española contempla la regulación legal para la realización de audiencias de ciudadanos, directamente o mediante organizaciones y asociaciones reconocidas por ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecte. Contempla, también, el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, con ciertas salvedades. Por último, contempla el procedimiento de los actos administrativos, garantizando cuando proceda, la audiencia del interesado (art. 105, CE/78).

En el Ecuador, hasta antes de la Constitución de 2008, la participación ciudadana se enmarcaba en los ámbitos generales de las constituciones liberales como son su participación en la vida política del país, acceder a cargos públicos, elegir y ser elegido, etc.

La nueva Constitución asume la participación como una característica relevante del proceso democrático, haciendo una apuesta por nuevos espacios de participación directa como la participación en la organización del poder, la participación ciudadana en los espacios de gestión pública y planificación del desarrollo, la iniciativa popular para proponer proyectos de ley, la participación ciudadana en el control de las gestiones públicas. Este conjunto de mecanismos de participación directa están desarrollados en el título IV, de la Participación y Organización del Poder y constituyen normas transversales aplicables al ejercicio del poder público.

Como mecanismo puntual de democracia directa tenemos la revocatoria del mandato, aplicable a cualquier autoridad electa, cuando se demanda ante la autoridad electoral y el cumplimiento de determinados requisitos previos, con la respaldo del 10 por ciento del padrón electoral. Si la revocatoria se refiere al Presidente de la República el respaldo tendrá que ser del 15 por ciento del padrón electoral. Para evitar el uso compulsivo de este mecanismo, se establece que se podrá plantear la revocatoria del mandato después del primer año y antes del último año de gestión, entendiendo que el mandato dura cuatro años.

La democracia ecuatoriana se ha convertido, sin duda, normativamente en una democracia representativa-participativa. Más allá de los afectos o desafectos hacia los modelos de democracia participativa, de los temores acerca del debilitamiento de la democracia representativa sobre la que se han asentado los Estados modernos de las últimas décadas, y de que el modelo logre relegitimar el ejercicio del poder público que pone en riesgo la propia democracia; está por comprobar la eficacia del modelo para conformar una ciudadanía activa y participativa, para hacer de esa participación normativa una participación real y efectiva, y para fortalecer nuestra democracia frente a populismos, caudillismos y oligarquías que han postergado constantemente la realización de un Estado ecuatoriano al servicio de los valores y principios democráticos y del resguardo de los derechos de los ciudadanos.

IX. Conclusiones

Los mecanismos de participación directa como el referéndum y el plebiscito constituyen procedimientos de legitimación del sistema político, de control y garantía constitucional, que responden a la interacción del principio democrático y de titularidad del pueblo de la soberanía nacional, concretada mediante los mecanismos de participación política y de vigencia del pluralismo jurídico.

A la realización del referéndum, por lo general, le precede un período de debates y pugnas políticas intensas que tratan de ser solventadas con el arbitrio del pronunciamiento popular, cuando los referéndums no son utilizados como meros instrumentos de legitimación del régimen vigente, o lo que se conoce como referéndum hegemónicos.

Las consultas populares son recursos eventualmente utilizados por los gobiernos, por el riesgo que implica la dirimencia del pueblo frente a una determinada decisión pública, por los costos sociales y económicos que implican las consultas y por la pugna de poderes que esto conlleva.

Se observa, sin embargo, que tanto régímenes autoritarios como democráticos se ven en la necesidad de utilizar estos mecanismos para legitimar, de manera fraudulenta o auténtica, la gestión pública de trascendental importancia.

Las democracias constitucionales de los últimos tiempos tienden a fortalecer su dimensión representativa antes que participativa, por lo que ven con recelo el fortalecimiento de mecanismos de participación directa. Los regímenes que las adoptan por lo general son catalogados como democracias plebiscitarias, caudillistas, populistas o autoritarias.

En América Latina, fruto de las constantes crisis institucionales y de deslegitimación política de los Estados se ha abierto en las últimas décadas un nuevo debate sobre las formas directas de participación ciudadana que, en la Constitución ecuatoriana del 2008, se concretó en procedimientos como la consulta popular, la revocatoria del mandato y otras formas de participación directa que buscan relegitimar el ejercicio del poder público, y con ello, fortalecer la democracia ecuatoriana.

Bibliografía

- Aguilar de Luque, Luis. *Democracia directa y Estado constitucional*. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1977.
- Biscaretti di Ruffia, Paolo. *Derecho constitucional*. Madrid, Tecnos, 1984. Constitución española de 1978.
- Constituciones ecuatorianas de 1978, 1998 y 2008.
- Fundación IDEA. Internet. www.idea.int/esd/glossary.-cfm#List%20PR.
- Ley Orgánica 2/1980 que regula las distintas modalidades de referéndum.
- Linde Piniagua, Enrique. “Comentarios a la Constitución Española de 1978”. Internet. vlex.com/vid/articulo-92-referendum-341850.
- Loewenstein, Karl. *Teoría de la Constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona, Ariel, 1957.
- Pérez Solá, Nicolás. *La regulación constitucional del referéndum*. Jaén, Universidad de Jaén, Secretariado de Publicaciones, 1994.

Más o menos seguridad jurídica

Pier Pigozzi*

Resumen

El autor se pregunta si el nuevo modelo constitucional relativiza o debilita el derecho a la seguridad jurídica al punto de desnaturalizarlo. Al respecto, analiza las teorías y su influencia en el sistema de fuentes, los horizontes de la interpretación constitucional y la actividad judicial.

Palabras clave

Constitucionalismo, derechos humanos, iusnaturalismo, positivismo, principios, seguridad jurídica.

* Abogado, Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE). Máster en derecho, University of Notre Dame. Ha sido profesor de derecho constitucional, Pontificia Universidad Católica del Ecuador (Sede Ibarra-PUCE-SI). Actualmente es investigador asociado del Centro de Derechos Civiles y Humanos de la Universidad de Notre Dame, Indiana.

I. Introducción

El cambio de modelo constitucional e incluso la nueva denominación del Estado ecuatoriano, no deben entenderse como un debilitamiento del principio de seguridad jurídica. Por el contrario, si este cambio empieza a sentar las bases para condiciones de vida universalmente más justas, el principio de seguridad jurídica debe servir para resguardar estos cambios y así garantizar la firmeza de cada paso dado hacia un modelo más justo.

En la primera parte de este ensayo, se verá que el debate en torno a la seguridad jurídica hasta el momento se ha planteado bajo las siguientes preguntas: ¿Seguridad jurídica para la ley? o ¿Seguridad para la aplicación de los principios? ¿Para los derechos y la justicia? o ¿Para un modelo jurídico determinado? ¿Para cuál ley, cuáles principios, cuáles derechos, cuál justicia y cuál modelo? Inmediatamente, reconoceremos que no le corresponde al principio de seguridad jurídica dar respuesta a esas disyuntivas, sino hacer posible que leyes, reglas, principios, derechos y justicia sean aplicados de manera regular y predecible para que las personas puedan servirse del derecho como un medio de coordinación para adelantar sus planes de vida.

Bajo esta perspectiva, pasaremos a analizar desde la segunda sección ¿cómo se aplica el principio de seguridad jurídica en nuestro nuevo modelo constitucional? y ¿cómo debemos entenderlo cuando lo que está en juego es la implementación de principios constitucionales y ya no reglas legales?

II. El origen del debate

En la crítica¹ que ha merecido el nuevo modelo constitucional ecuatoriano y su base teórica, llama la atención que de manera recurrente se haya atribuido al nuevo modelo constitucional el debilitamiento del principio de seguridad jurídica. En enero de 2008, *Fabián Corral* publicó un editorial dedicado enteramente a poner de relieve la importancia del principio

1 Me refiero a los artículos publicados por Fabián Corral en su columna editorial del diario *El Comercio*.

de la seguridad jurídica como derecho, sustento para la contratación pública y privada, la propiedad y la administración de justicia.² Una vez entrada en vigencia la Constitución, *Fabián Corral* retorna al tema de la seguridad jurídica en al menos dos artículos: “El estado discrecional” y “¿Dictadura judicial?”. En ambos artículos *Corral* realiza una crítica a “la Constitución y a las teorías que la inspiraron”,³ en cuanto considera que la aplicación directa de principios⁴ implica que “la seguridad jurídica ya no es un valor importante”⁵ en el sistema jurídico ecuatoriano.

Por la importancia que tiene el principio de la seguridad jurídica en cualquier sistema legal (ver *infra*), la aseveración de *Corral* merece ser tenida en cuenta de manera seria. Cualquier análisis al respecto debe empezar por reconocer que la seguridad jurídica en el Ecuador continúa siendo un principio constitucional (ver artículo 82) y es la primera vez que este principio es desarrollado de manera expresa: “el derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y a las normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por autoridades competentes.”

Así queda descartado que la crítica de *Corral* tenga sustento en un cambio operado en el texto constitucional. Pero en las elaboraciones teóricas⁶ sobre la nueva Constitución ecuatoriana se puede entrever una propuesta de redefinición de la seguridad jurídica. *Ramiro Ávila* es el principal

2 Véase Corral, Fabián. “La seguridad jurídica”. *El Comercio*, Internet. <http://www.elcomercio.com/Generales/Solo-Texto.aspx?gn3articleID=123273>. Acceso: 21 abril 2010.

3 Corral, Fabián. “El estado discrecional”. *El Comercio*, Internet. <http://www.elcomercio.com/Generales/Solo-Texto.aspx?gn3articleID=230508>. Acceso: 21 abril 2010.

4 Véase Corral, Fabián. “¿Dictadura judicial?”. *El Comercio*. Internet. <http://www.elcomercio.com/Generales/SoloTexto.aspx?gn3articleID=233887>. Acceso: 21 abril 2010.

5 *Ibíd.*

6 Al respecto, es indispensable tener en cuenta las publicaciones del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, serie “Justicia y Sociedad”, que ha tenido un papel muy importante en la divulgación de la base teórica del nuevo modelo de sistema jurídico instaurado con la Constitución de 2008. En su primer número, *Neoconstitucionalismo y Sociedad*, editado por Ramiro Ávila, y concretamente en la presentación realizada por Gustavo Jalkh, se puso de manifiesto el propósito de esta serie de publicaciones: “contribuir al conocimiento y desarrollo de la doctrina y de las mejores prácticas institucionales que hagan realidad el ‘Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico’. Ávila Santamaría, Ramiro, ed. *Neoconstitucionalismo y sociedad*. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador, 2008, p. 7.

proponente,⁷ y empieza por reconocer cómo se ha entendido *tradicionalmente* a la seguridad jurídica:

La ley, en todo el territorio nacional, dice qué es lo que debe hacer el Estado, qué es lo que no deben hacer las personas y qué es lo que debe aplicar el juez. Esto es la seguridad jurídica: las conductas obligadas, permitidas y prohibidas están predeterminadas y las personas saben a qué atenerse. No conviene, por tanto, admitir otras fuentes del derecho porque generaría caos y confusión.⁸

Más adelante, *Ávila* afirmará que el modelo establecido por la nueva Constitución *trastoca* el entendimiento anterior del principio de la seguridad jurídica que se basaba en el principio de legalidad.⁹ Debemos anotar que *Ávila* no expone en qué se modifica el principio, sino solamente lo enuncia como un efecto indirecto del cambio de modelo constitucional, en cuanto a que ahora cobra mayor importancia la aplicación directa de principios *vis-à-vis* la aplicación exclusiva de reglas legales en modelos anteriores. Precisamente, este debe ser el punto neurálgico del debate, que ha de centrarse en dar respuesta a la pregunta ¿cómo hacer valer la seguridad jurídica en un modelo donde se atribuye a los principios, y no a las reglas, un papel preponderante?

Para dilucidar si la proposición de *Ávila* se ha desarrollado en el marco de la pregunta planteada en el párrafo anterior, es necesario empezar por referirnos al origen y contexto en la que esta se plantea. *Ramiro Ávila* inicia con un estudio a la *institucionalidad actual*¹⁰ realizada con motivo de la

7 En otros autores de la misma serie de publicaciones Justicia y Sociedad, es posible encontrar referencias al nuevo planteamiento de la seguridad jurídica, pero siempre en los mismos términos enunciados por Ramiro Ávila. Véase, por ejemplo, Ávila Linzán, Luis Fernando. “El acceso a la justicia y la emancipación social de las personas excluidas”. *Neoconstitucionalismo y sociedad*. Ed. Ramiro Ávila Santamaría. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador, 2008, pp. 180-184. Véase también, Llasag Fernández, Raúl. “Plurinacionalidad: una propuesta constitucional emancipadora”. *Ibid.*, pp. 324 y 329.

8 Ávila Santamaría, Ramiro. “Ecuador Estado constitucional de derechos y justicia”. *La Constitución del 2008 en el contexto andino: análisis desde la doctrina y el derecho comparado*. Ed. Ramiro Ávila Santamaría. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador, 2008, p. 31.

9 *Ibid.*, p. 32.

10 Véase Ávila Santamaría, Ramiro. “Retos de una nueva institucionalidad estatal”. *Neoconstitucionalismo y sociedad*. Ed. Ramiro Ávila Santamaría. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador, 2008, pp. 15-47.

inminente entrada en vigencia de la Constitución de 2008. *Ávila* se propone analizar la institucionalidad bajo la cual se ejerce el poder y el control social partiendo de una mirada crítica a los *saberes* (o conocimiento) que estructuran al *Derecho* (o conjunto de normas) que a su vez es implementado por los *órganos*. Luego de este análisis, el autor busca proponer “una nueva [institucionalidad] que sea acorde con los derechos humanos”.¹¹

Una lectura atenta al texto de *Ávila* nos deja ver que se trata de una crítica al modelo liberal en cuanto a que la institucionalidad (saberes, normas jurídicas y órganos) sirvió para consagrar la libertad y la propiedad¹² a favor de una sola clase social¹³ y en perjuicio de los derechos de otras clases excluidas.¹⁴ No se puede pasar por alto que esta crítica reconoce que “hay conceptos liberales que se han ido adaptando a las luchas de emancipación, como el discurso de los derechos y el de la ciudadanía”.¹⁵ En

11 *Ibid.*, p. 16.

12 Ramiro Ávila cita el artículo 2 de la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789 “la finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos fundamentales e imprescriptibles del hombre. Tales derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.” Posteriormente señala que estos principios “tendrán su máxima expresión normativa en tres cuerpos normativos: el Código Civil, la parte orgánica de las constituciones liberales 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 [...]

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. Finalmente, el Código Penal será el último y más violento garante de los valores liberales [...] Lo tipificado va a hacer [sic] 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).” *Ibid.*, pp. 27-29.

13 “En suma, los burgueses serán quienes ejercen la soberanía popular y expresarán, mediante leyes, la voluntad general [...] En nuestro continente, se entendía pueblo ‘exclusivamente como el cuerpo civil de criollos ilustrados y poderosos, y excluía de la soberanía popular al pueblo infírmico, criollos e indios iletrados. 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’.” *Ibid.*, p. 28.

14 Ver *Ibid.*, pp. 22-33.

15 *Ibid.*, p. 31.

general, *Ávila* no desconoce los avances que la experiencia liberal ha tenido para la promoción de otros derechos. En ese contexto, el principio de la seguridad jurídica le merece una valoración negativa, al servir para dar solidez y continuidad a un modelo injusto.¹⁶

Según *Ramiro Ávila*, la seguridad jurídica serviría para perpetuar la vigencia de la ley,¹⁷ en un modelo donde los autores y ejecutores de esa ley pertenecían a una sola clase social dominante, que era la única en capacidad de ejercer derechos políticos de acuerdo a cómo se había estructurado el concepto de ciudadanía.¹⁸

El análisis luego aborda la crisis de la institucionalidad liberal, y las repuestas neoliberal y constitucional democrática. *Ramiro Ávila* destaca que el modelo neoliberal haya “logrado incluir en el discurso conceptos de carácter emancipador, como los mismos derechos humanos, la participación, el acceso a la justicia y el género”.¹⁹ Mientras que el modelo constitucional democrático, según la valoración del autor, ha logrado recoger esos avances y evolucionar en aspectos como la promoción de la libertad *positiva*, la igualdad *sustancial*, la dignidad humana, el principio de solidaridad como fuente de obligaciones, entre otros.²⁰

16 “El principio que garantizará [...] la libertad y la propiedad, era el de seguridad jurídica. La regulación de las situaciones problemáticas en ejercicio de la libertad y en las formas de disponer de la propiedad, deberá estar expresamente contemplado en reglas jurídicas.” *Ibid.*, p. 25. Ver también p. 28.

17 “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.” *Ibid.*, p. 30.

18 “Por la compresión 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 desarrollem y regulen la libertad, propiedad y seguridad, que, como sabemos, son el Código Civil y el Código Penal principalmente. [...] 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.” *Ibid.*, p. 30.

19 *Ibid.*, p. 38.

20 *Ibid.*, pp. 36-38.

En lo que es relevante para comprender el nuevo planteamiento respecto de la seguridad jurídica, *Ávila* enunciará que

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.²¹

Siguiendo la metodología que el mismo *Ávila* plantea en su primer artículo, podríamos sintetizar su propuesta en relación a la seguridad jurídica de la siguiente manera: su *saber* tiene como bases lograr una nueva institucionalidad acorde con los derechos humanos,²² mientras del lado del *Derecho* se propone reconocer que el sistema jurídico está formado por otras fuentes obligatorias además de la ley.

Así llegamos al contexto específico donde *Ávila* anuncia que la seguridad jurídica ha sido trastocada en el nuevo modelo constitucional ecuatoriano.²³ En el estado constitucional de derechos y justicia, el rol del juez cambia, pues ya no solamente debe aplicar la ley (formulada en normas hipotéticas),²⁴ sino que debe tener en cuenta los principios recogidos en la Constitución (formulados como normas téticas).²⁵ Así Ramiro Ávila concluye que “se trastoca [...] el concepto de seguridad basado en el principio de legalidad”.²⁶

21 *Ibid.*, p. 39.

22 *Ibid.*, p. 16.

23 Véase Ávila Santamaría, Ramiro. “Ecuador Estado constitucional de derechos y justicia: retos de una nueva institucionalidad estatal”. *Neoconstitucionalismo y sociedad*. Ed. Ramiro Ávila Santamaría. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador, 2008, pp. 19-38.

24 “La regla es lo que L. Ferrajoli denominaría norma hipotética. Una norma hipotética tiene tres elementos: una condición o hipótesis de hecho, un vínculo causa-efecto, y una obligación. La formulación sería algo así: si *p* entonces *q* (*p*>*q*) [...] Por ejemplo, [...] si *a* mata a *b*, entonces a cumplirá doce años de cárcel”, p. 30.

25 “Los principios, según la terminología de L. Ferrajoli, se denominan normas téticas. La norma tética, [...] no tiene hipótesis de hecho, no tiene el vínculo causa-efecto y tampoco tiene una obligación concreta. La norma tética o principio no se puede (o no se debe) aplicar de forma automática en una sentencia o resolución; la norma tética requiere convertirse, en el caso concreto, en una regla a través de un proceso complejo de argumentación jurídica.” *Ibid.*, p. 31.

26 *Ibid.*, p. 32.

La propuesta de *Ramiro Ávila*, reducida a su mínima expresión, parece sugerir lo siguiente: si el principio de seguridad jurídica garantiza la prevalencia de las normas anteriores al nuevo modelo constitucional, entonces la seguridad jurídica es un concepto que debe ser debilitado.

Frente a esta proposición, puede leerse la crítica de *Corral*: “la demolición de la ley por la aplicación administrativa o judicial de los principios hace pensar que, pese a lo que diga la Constitución, la seguridad jurídica ya no es un valor importante”.²⁷ Pero si leemos más a fondo a *Corral* y entendemos que es todo el nuevo constitucionalismo y las actuaciones del gobierno de turno lo que no le satisface,²⁸ entonces entendemos que al invocar el principio de la seguridad jurídica busca rescatar la vigencia de la normativa anterior al cambio constitucional y de esa manera resistir a dicho cambio.

El debate no puede reducirse a ratificar el principio para resistir el cambio o debilitarlo para facilitar la transición. Esto equivaldría a utilizar este principio de manera similar a la teoría económica contemporánea, a la que se le atribuye invocar el principio de la seguridad jurídica de una *forma inusual* para defender la previsibilidad del derecho solamente cuando se trata de leyes que maximizan las ganancias de los inversionistas, más no, por ejemplo, cuando se trata de regulaciones a favor de derechos fundamentales.²⁹

La seguridad jurídica tiene valor propio. Como *López Medina* explica, “[...] la seguridad jurídica del derecho es agnóstica sobre el modelo [...] que se implante en la sociedad”.³⁰ En el debate entre proponentes y detractores del nuevo modelo constitucional ecuatoriano se debe reconocer que la seguridad jurídica “no solamente se exige, sino que también se otorga”, y que “no solo vale [para] las normas que me benefician, sino también [para] aquellas que protegen [las] expectativas de otros”³¹

27 Corral, Fabián. “El Estado discrecional. La seguridad jurídica”. *El Comercio*. Internet. <http://www.elcomercio.com/Generales/Solo-Texto.aspx?gn3articleID=123273>. Acceso: 21 abril 2010.

28 Véase por ejemplo, Corral, Fabián. “El ‘garantismo’”. *El Comercio*. Internet. <http://www.elcomercio.com/Generales/Solo-Texto.aspx?gn3articleID=227544>. Acceso: 21 abril 2010.

29 Véase López Medina, Diego. “¿Qué es la seguridad jurídica?”. *Ámbito Jurídico*, 2006. Internet. http://dejusticia.org/interna.php?id_tipo_publicacion=1&id_publicacion=382. Acceso: 22 abril 2010.

30 *Ibid.*

31 *Ibid.*

En las siguientes secciones de este trabajo empezaremos por subrayar el papel *agnóstico* de este principio partiendo del discurso del derecho natural, para luego abordar cómo se hace efectiva la seguridad jurídica en un modelo basado en principios.

III. La seguridad jurídica como principio agnóstico

El derecho natural no es otra cosa que el estudio de las “exigencias de la razonabilidad práctica en relación con el bienestar de los seres humanos que, debido a que viven en comunidad con otros, se enfrentan a problemas de justicia y derechos, autoridad, derecho y obligación”.³² El *iusnaturalismo* no se reduce a la determinación de la validez de una norma en función de si esta es o no justa;³³ el objeto de estudio del derecho natural es mucho más amplio e inicia por dilucidar los principios básicos³⁴ a partir de los cuales se alcanza el florecimiento humano.³⁵

La teoría del derecho natural, empieza por reconocer que el ser humano busca su florecimiento en comunidad. Y de entrada se plantea el problema de que los individuos y las comunidades, en la búsqueda de su florecimiento, privilegiarán alcanzar uno o varios de los valores básicos.³⁶

De ahí que la teoría del derecho natural enuncia las *exigencias de razonabilidad práctica*, a manera de orientación para que el florecimiento de

32 Finnis, John. *Natural Law and Natural Rights*. New York, Oxford University Press, 1980, p. 351. Traducción libre (también disponible en español).

33 El derecho natural no se reduce al planteamiento de Ramiro Ávila: “El *iusnaturalismo* será entendido como el conjunto de normas que no emanen de una autoridad y procedimientos reconocidos por el estado. Es, además, una escuela de pensamiento jurídico que sostiene que las normas son anteriores al derecho escrito y que son su fuente de legitimación. Existen variaciones en el *iusnaturalismo* dependiendo de dónde emanan las normas (dios, razón, naturaleza humana y otros).” Ávila Santamaría, Ramiro. “Ecuador Estado constitucional de derechos y justicia. Retos de una nueva institucionalidad estatal”. *Neoconstitucionalismo y sociedad*. Ed. Ramiro Ávila Santamaría. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador, 2008, nota de pie de página 9.

34 Para una discusión a fondo sobre los valores básicos detrás del florecimiento humano, véase John Finnis, *op. cit.*, pp. 59-97.

35 Para mayor claridad de lo que es el derecho natural, y de las concepciones erróneas del naturalismo, véase *ibid.*, pp. 21-49.

36 “No hay ninguna razón para dudar que vale la pena tratar de materializar cada uno de los aspectos básicos del bienestar humano. Pero hay muchas de esas formas básicas del bienestar humano. [...] Y cada una de ellas puede ser participada y promovida, en una inagotable variedad de formas y con una inagotable variedad de combinaciones de atención, concentración y especialización.” *Ibid.*, p. 100, traducción libre.

las personas y comunidades, no obstaculice el florecimiento del resto.³⁷ Entre estas exigencias se cuenta la necesidad de reconocer que todos los valores básicos y todas las personas son igual de importantes, y que en la elección particular de potenciar uno de esos valores, no se puede negar o afectar los otros valores ni al resto de individuos.³⁸

Si se obra de acuerdo a estas exigencias de razonabilidad práctica, se promoverá el florecimiento humano y el bien común. Bien común que no se reduce al agregado de bienestares individuales, pues como *John Finnis* explica, es imposible realizar un cálculo utilitario, como si fuera posible sumar esos bienestares individuales para luego evaluar el resultado de la sumatoria y determinar el grado de bien común alcanzado.³⁹ El bien común se alcanza con *todos*, pero también con *cada uno* de los valores básicos y por *todas* pero también por *cada una* de las personas.⁴⁰ En un sentido instrumental, el bien común será alcanzado cuando existan las condiciones que permitan a los miembros de una comunidad, por sí mismos, alcanzar objetivos razonables, o alcanzar, por sí mismos, los valores básicos en razón de los cuales está justificado que los miembros de una comunidad colaboren entre sí (positiva y/o negativamente).⁴¹

En este punto cobran relevancia los conceptos de justicia, derechos, derecho, autoridad y obligación, y son motivo de extenso análisis en la teoría del derecho natural,⁴² pues a través de la interacción adecuada de todos ellos se pueden formular esas condiciones instrumentales para el bien común donde todas las personas puedan alcanzar los objetivos razonables que cada cual se proponga conforme haya decidido privilegiar la búsqueda de uno o varios de los valores básicos sin obstaculizar al resto.

Es interesante reconocer que el constitucionalismo –al menos en la concepción de *Gustavo Zagrebelsky*– se plantea en términos similares al

37 *Ibid.*, pp. 100-127. Véase también, Finnis, John, Joseph Boyle y Germain Grisez. “The First Moral Principle”. *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*. M.D.A. Freeman. Londres, Sweet & Maxwell Ltd., 2001, pp. 192-195.

38 John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, *op. cit.*, pp. 105-109.

39 *Ibid.*, pp. 112-118.

40 *Ibid.*, p. 155.

41 *Ibid.*, traducción libre.

42 *Ibid.*, pp. 161-342.

discurso del derecho natural. Por ejemplo, *Zagrebelsky* explica que la unificación del ordenamiento jurídico “no puede proponerse en los términos lineales del pasado”,⁴³ sino que el constitucionalismo parte del reconocimiento de un pluralismo jurídico y la abundancia normativa creada por las diferentes fuerzas sociales que pugnan legítimamente por espacio para conseguir sus objetivos. En ese sentido, el programa constitucional basado en principios y justicia no busca imponer una coherencia vertical del ordenamiento jurídico, sino promover la coexistencia y promoción de intereses diferentes.

Como se puede observar, constitucionalismo y naturalismo buscan potenciar al ser humano y a sus comunidades para que alcancen sus objetivos. El constitucionalismo reconoce “[l]a coexistencia de valores y principios, sobre los que hoy ha de basarse necesariamente una Constitución” y “exige que cada uno de tales valores y principios se asuma con carácter no absoluto, compatible con aquellos otros que debe convivir”.⁴⁴

Dado que los planes de vida individuales y comunitarios son diferentes, y que *todos*, pero también *cada uno* debe estar en posibilidad de alcanzar esos objetivos que razonablemente se ha propuesto, la coordinación de la comunidad es indispensable. Es por eso que el naturalismo reconoce la necesidad de la autoridad y el derecho⁴⁵ pues la coordinación siempre será necesaria para permitir que *todos*, pero también cada *uno* pueda alcanzar los objetivos que se ha planteado en la búsqueda de florecimiento humano.

En este contexto, *John Finnis* identifica cinco “características principales que, en conjunto, distinguen a un orden jurídico”.⁴⁶ Es preciso mencionar, que *Finnis*, al identificar estas características, pone su atención en que el “orden jurídico” debe ser apropiado para “apoyar y promover los patrones de coordinación deseables incluso en una sociedad

43 Zagrebel'sky, Gustavo. *Derecho dúctil: ley, derecho, justicia*. Madrid, Editorial Trotta, 2007, p. 40. Véase también, “Los caracteres del derecho constitucional actual”, *ibid.*, pp. 9-18.

44 *Ibid.*, p. 14.

45 Finnis explica que las características y mecanismos que utiliza el derecho, “tienen su fundamento, desde el punto de vista de la racionalidad práctica, en la exigencia de que las actividades de los individuos, familias y asociaciones especializadas sean coordinadas.” John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, p. 149, traducción libre, véase también *ibid.*, pp. 231-233.

46 *Ibid.*, p. 267, traducción libre.

libre de obstinación”.⁴⁷ De las cinco características que *Finnis* enuncia, dos se refieren a la necesidad de que el derecho sea previsible. En primer lugar el derecho se caracteriza por “aportar definición, especificidad, claridad y, así, previsibilidad a las interacciones humanas, por medio de un sistema de normas e instituciones tan interrelacionadas que las reglas definen, constituyen y regulan las instituciones, mientras que las instituciones crean y administran las reglas, y resuelven cuestiones acerca de su existencia, alcance, aplicabilidad y funcionamiento”.⁴⁸ Por otro lado “podemos decir que el pensamiento jurídico (es decir, el derecho) trae, en la medida de lo posible, precisión y previsibilidad a las interacciones humanas a través de una técnica especial: atribuyendo valor en el presente a los actos del pasado [...], de tal manera que constituyen razón suficiente y excluyente para actuar de la manera que entonces [en el pasado] fue prevista. [...] El pasado está fuera del alcance de las personas en el presente, así es como [el derecho] proporciona [...] un punto de referencia estable que no puede ser afectado por los intereses y las controversias actuales y cambiantes”.⁴⁹

En el Estado constitucional, el derecho no tiene por qué perder esta características, y en efecto la constitución establece este marco de competencias de los órganos estatales, así como enuncia, en el pasado, los principios pluralistas bajo los cuales se desarrollarán las actividades del presente. El cambio de Constitución, no provocará de inmediato ni de manera automática la adaptación de todas las normas y prácticas jurídicas a sus principios, por ello cobran importancia principios como la seguridad jurídica para hacer posible un proceso coordinado en la renovación del derecho, que permita a las personas y sus comunidades continuar sus actividades y su búsqueda de florecimiento en un marco previsible, al tiempo que el marco sustantivo se propone mejorar las posibilidades de florecimiento del ser humano a través de los principios del nuevo programa constitucional.

En este aspecto instrumental, tanto el derecho, como el principio de la seguridad jurídica son agnósticos, y deben estar al servicio de las necesidades del ser humano y de sus comunidades para permitirle alcanzar la

47 *Ibid.*, traducción libre.

48 *Ibid.*, p. 268, traducción libre.

49 *Ibid.*, p. 269, traducción libre.

extensa gama de objetivos diferentes que se puedan plantear. Bajo estas premisas pasamos a analizar cómo ha de operar el principio de la seguridad jurídica, como garante agnóstico de previsibilidad, en un sistema jurídico donde las reglas interactúan con los principios para promover ese florecimiento individual y comunitario que se manifiesta en planes de vida diferentes.

IV. La seguridad jurídica y los principios

En un modelo de sistema jurídico en el que el derecho se agotaba en la ley, la línea divisoria entre los principios de legalidad y la seguridad jurídica se torna bastante difusa y casi imperceptible. Como explica *César Rodríguez Garavito*, existen varias concepciones de Estado de derecho, y en torno a ellas es obvio que el funcionamiento del principio de la seguridad jurídica también varíe. *Rodríguez* distingue al menos “dos concepciones y proyectos políticos en torno al ED [Estado de derecho]. De un lado se encuentran las concepciones ‘ligeras’ que privilegian la función estabilizadora del ED. Se concentran en la seguridad jurídica, es decir, en el Estado de derecho weberiano como fuente de reglas de juego predecibles”.⁵⁰

Del otro lado estarían las concepciones densas del Estado de derecho, “que privilegian el aspecto del ED que otorga una mayor capacidad al ciudadano para realizar la vida que desea”, y que podría resumirse en la función del Estado de “garantizar y promover los derechos civiles y políticos del individuo en una sociedad libre, [y] también [de] establecer las condiciones sociales, económicas, educativas y culturales en las que sus aspiraciones legítimas y su dignidad pueden llegar a hacerse realidad”.⁵¹

El nuevo modelo ecuatoriano pertenece a la concepción densa de Estado de derecho, que en su expresión general se caracteriza por la constitucionalización de catálogos de derechos amplios y mecanismos de control constitucional a cargo de “tribunales constitucionales activistas”.⁵² El

50 Rodríguez Garavito, César. *La globalización del Estado de derecho: el neoconstitucionalismo, el neoliberalismo y la transformación institucional en América Latina*. Bogotá, Ediciones Uniandes, 2008.

51 *Ibid.*, p. 16.

52 Véase *ibid.*, pp. 38 ss.

Ecuador enfatiza el cambio de modelo al denominarse Estado constitucional de derechos y de justicia, en el que la aplicación directa de los principios (normas téticas), así como la búsqueda de resultados justos en las decisiones judiciales, afectan radicalmente la función jurisdiccional (ver *supra*).

Bajo el modelo constitucional, o Estado de derecho denso, la seguridad jurídica no se debilita ni se reduce, por el contrario se fortalece y se enriquece. Si antes el juez se apegaba solamente a las reglas, ahora enriquece su interpretación en base a los principios. Al tiempo que la denominación de Estado de justicia no debería ser más que un recordatorio sobre cuál ha sido y debe ser el fin último de las actuaciones de los operadores jurídicos.

V. La fuente de los principios

Como se vio, en el Estado de derecho ligero, o liberal –en términos de *Ramiro Ávila*– identificar el objeto de previsibilidad era más fácil. Habría que recurrir a los diarios o registros oficiales e identificar qué normas estaban vigentes conforme los procedimientos y formalidades establecidos, y para ello habría que referirse a lo que *Hart* denomina la regla de reconocimiento.⁵³

Si se trata de incluir principios en un sistema jurídico basado solamente en reglas, es preciso referirnos a *Ronald Dworkin*. Cuando *Dworkin* añade la noción de principios,⁵⁴ especialmente para la resolución de casos difíciles, una de las críticas que afronta es la indeterminación clara del origen o la fuente de esos principios.⁵⁵ Esta problemática es ajena al constitucionalismo.

Si bien es difícil categorizar al constitucionalismo como una vertiente positivista y más bien se le atribuye una naturaleza ecléctica,⁵⁶ lo que si está claro en este modelo –nuestro modelo– es que “la constitución [es]

53 Hart, H. L. A. *The Concept of Law*. Nueva York, Oxford University Press, 1997, pp. 91-99.

54 Véase Dworkin, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Harvard University Press, 1978, pp. 22-24.

55 Véase *ibid.*, pp. 39-45. También H. L. A., Hart, *The Concept of Law*, *op. cit.*, pp. 263-268.

56 Sastre Ariza, Santiago. *La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo. Neconstitucionalismo(s)*. Ed. Miguel Carbonell. Madrid, Editorial Trotta, 2009, pp. 239-258.

la manifestación más alta de derecho positivo”.⁵⁷ Y, por tanto, la búsqueda de principios en Ecuador no es una tarea que se deja a la subjetividad del juez, la tarea del juez o cualquier operador jurídico tiene como parámetro objetivo el programa constitucional.⁵⁸ Claro está, su interpretación no es fácil, y requiere el añadido de técnicas y conocimientos que no eran propios al modelo anterior, pero la racionalidad, la argumentación jurídica y la interpretación constitucional no son sinónimo de discrecionalidad en la decisión de los casos, sino todo lo contrario.

VI. La creación de reglas hipotéticas y la cadena de la novela

Nótese una vez más, que en la propuesta de *Dworkin* la fuente de los principios es motivo de debate, y que según el autor, la forma de descubrirlos es a través de la interpretación judicial. Bien se puede decir que en *Dworkin*, el derecho se crea a través de la interpretación. En el medio ecuatoriano, cómo se vio de la propuesta de *Ávila*, la interpretación judicial parte de los principios constitucionales, y en cuanto estos son normas téticas sin supuestos de hecho, le corresponde también al juez traducirlos en casos concretos en normas hipotéticas. Claro, el juez no necesita realizar esta operación en todos los casos, sino solo en ausencia de una norma hipotética o si la norma hipotética es contraria al programa constitucional. Dejemos para después la discusión de competencias de la justicia ordinaria y la justicia constitucional en relación con cada uno de estos supuestos, y mantengamos la discusión abierta por el momento a ambas operaciones en el plano teórico.

En ese plano, todavía abstracto y amplio, bien sirve referirnos a *Dworkin* una vez más. La creación del derecho en el sentido amplio de descubrirlo –*Dworkin*– o de traducir normas téticas en reglas hipotéticas, vale tener en cuenta el símil que *Dworkin* plantea entre el derecho y la literatura.

57 Gustavo Zagrebelsky, *op. cit.*, p. 116.

58 Véase en este sentido, “Una definición formal del concepto de derechos fundamentales”. *El fundamento de los derechos fundamentales*. Luigi Ferrajoli. Madrid, Editorial Trotta, 2006, pp. 19-24. En el mismo sentido, Hart acepta que los principios pueden formar parte de la regla de reconocimiento en H.L.A. Hart, *op. cit.*, pp. 263-268.

Es como si los jueces fueran autores de una novela, y a la vez los encargados de su crítica literaria en un género artificial que *Dworkin* denomina la novela en cadena.⁵⁹ Se trata de escribir una novela en grupo y cada escritor está encargado de escribir un capítulo, pero prestando atención a los capítulos que sea han escrito antes y teniendo cómo deber escribir la novela de la mejor manera que sea posible.⁶⁰ De manera análoga, en el Estado de derechos y justicia, cada juez, cuando crea normas hipotéticas a partir de principios, crea un capítulo nuevo de la novela, pero debe hacerlo con atención a los capítulos que sea han escrito antes y tiene el deber de que su creación traiga el resultado más justo posible. Conforme avanza la novela –*Dworkin* explica– los personajes van desarrollando sus roles y la trama de la novela también adquiere una dirección más clara y determinada. Los escritores tienen un doble deber al escribir la novela de la mejor manera posible, primero deben encajar (*fit*) su capítulo en los capítulos anteriores, pero a la vez, en su rol de críticos, deben analizar la sustancia (*substance*) de lo que se ha escrito hasta el momento.⁶¹

La objeción que se plantea contra este argumento de *Dworkin*, y su respuesta sirven para sincerar la relación entre seguridad jurídica y la interpretación del derecho (reglas y principios). La objeción que enfrenta *Dworkin* es que el escritor, al juzgar cómo encaja su capítulo en la novela o al evaluar dicho capítulo de manera sustantiva, no está sujeto a ninguna restricción porque, en últimas cuentas, el escritor realiza esta evaluación de acuerdo con sus propios criterios sobre la forma o sobre la sustancia, y no existen límites objetivos o externos a la actividad de interpretación.⁶² Aún frente a las críticas más fuertes que *Dworkin* pueda imaginar contra su argumento,⁶³ él responde que sus críticos parten de un falso supuesto, como si fuera posible escribir toda la novela con uniformidad y a cargo de un solo autor. Pero la realidad es que ha sido escrita por varios autores y

59 Véase Dworkin, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge, Belknap Press, 1986, p. 229.

60 *Ibid.*, p. 230.

61 Dworkin explica que la distinción entre ambos roles y actividades no es tan profunda y es menos importante de lo que parece. En este género literario, las evaluaciones formales sobre la coherencia e integridad de los nuevos capítulos que se deben escribir están entrelazados con juicios más sustanciales. Véase *ibid.*, p. 231.

62 Véase *ibid.*, p. 235.

63 Véase *ibid.*, pp. 236-237.

en diferentes momentos históricos, y aún cuando todos los escritores hubieran logrado encajar estrictamente los nuevos capítulos al marco anterior, la novela que le llega a cada nuevo escritor ha sido en efecto escrita con todas esas influencias subjetivas que no se pueden negar.⁶⁴

Dworkin trata de sincerar el problema de la interpretación del derecho diciendo que hay que asumir de frente que al escribir la novela, los autores necesariamente recurrirán a sus apreciaciones sobre la forma y la sustancia de la misma, sobre lo que encaja, y lo que más favorece escribirla de la mejor manera posible. *Dworkin* concluye que hay que aceptar que ninguna interpretación es la mejor. Cada escritor tendrá diferentes decisiones que tomar y cada escritor de la novela puede decidir de manera diferente. *Dworkin* explica que en un momento determinado, uno de los escritores, bien puede decidir escribir su capítulo asumiendo que se trata, por ejemplo, de una novela sobre la relación capitalista entre amo y sirviente, en lugar de una novela que estudia el pecado original.⁶⁵ Si otro crítico o escritor reclama que ese no era el sentido *real* de la novela, habrá utilizado el mismo método de interpretación, es decir, se dejará guiar por sus propias convicciones al juzgar que es lo que mejor encaja en la novela y cuál es la sustancia de la misma.

Ronald Dworkin propone reconocer que la interpretación siempre se realiza bajo estas condiciones, y si alguien se atribuye haber descubierto el verdadero sentido de la novela, seguramente no habrá sido por medio de interpretación. Para *Dworkin*, cuando alguien reclama que ese no era el real sentido de la novela, el reclamo se traduce a no aprobar las convicciones que tuvo el intérprete que formuló el capítulo que es objeto de crítica. No se trata entonces de que el escritor irrespetó el texto anterior de la novela, sino que en últimas cuentas hay una diferencia entre los parámetros que se utilizan para interpretar la misma novela.

Abordar el tema con esta sinceridad puede estremecernos a primera vista. Sin embargo, no estamos haciendo más que reconocer que la interpretación de leyes o de principios constitucionales, en mayor o en menor medida, siempre ha involucrado e involucrará las convicciones propias del intérprete y, por otra parte, los principios del derecho siempre han

64 Véase *ibid.*, p. 237.

65 Poniendo como ejemplo la novela de Charles Dickens, *A Christmas Carol*. Véase *ibid.*, p. 238.

sido parte de nuestro sistema jurídico.⁶⁶ Por ejemplo, la misma seguridad jurídica es uno de estos principios formulados como norma télica que han sido parte del ordenamiento jurídico, incluso antes de la vigencia de la Constitución de 2008. En esa medida, la interpretación de principios, no es un fenómeno nuevo en el derecho ecuatoriano, y negarlo sería dar la espalda a la realidad. No se puede negar que la interpretación de nuestros principios constitucionales involucran las convicciones propias del juez. Pero tampoco se puede menospreciar la importancia de que los jueces deban tener en cuenta lo que se ha escrito de la novela hasta el momento.

Sin embargo, la propuesta teórica, leída solo en abstracto, parece en realidad promover la incertidumbre en el sistema jurídico y causar el debilitamiento de la seguridad jurídica. La crítica de *Fabián Corral* se puede leer, por ejemplo, frente a la propuesta de *Ferrajoli*:

[L]a sujeción del juez a la ley ya no es, como en el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la ley, cualquiera que fuere su significado, sino sujeción a la ley en cuanto válida, es decir, coherente con la Constitución. Y en el modelo constitucional garantista la validez ya no es un dogma asociado a la mera existencia formal de la ley, sino una cualidad contingente de la misma ligada a la coherencia de sus significados con la Constitución [...] De ello se sigue que la interpretación judicial de la ley es también siempre un juicio sobre la ley misma, que corresponde al juez junto con la responsabilidad de elegir los únicos significados válidos, o sea, compatibles con las normas constitucionales sustanciales y con los derechos fundamentales establecidos por las mismas [...] y, por tanto, nunca sujeción a la ley de tipo acrítico e incondicionado, sino sujeción ante todo a la Constitución, que impone al juez la crítica de las leyes inválidas a través de su reinterpretación en sentido constitucional y la denuncia de su inconstitucionalidad.⁶⁷

Leída así, la propuesta teórica de *Ferrajoli* puede causar alarma. En nuestro medio, donde hemos estado acostumbrados a la resolución judicial

66 “Art. 18.- Los jueces no pueden suspender ni denegar la administración de justicia por oscuridad o falta de ley. En tales casos juzgarán atendiendo a las reglas siguientes: [...] 7a.- A falta de ley, se aplicarán las que existan sobre casos análogos; y no habiéndolas, se ocurrirá a los principios del derecho universal.” Código Civil del Ecuador, artículo 18, numeral 7.

67 Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid, Editorial Trotta, 2006, p. 26.

de controversias mediante la aplicación casi exclusiva de la ley, parecería que no podemos predecir más el resultado de las controversias, y no sabríamos a lo que nos atenemos en ninguno de nuestros negocios jurídicos. Y si a esto añadimos la siguiente propuesta de *Ávila*, parecería que en realidad el resultado de nuestras controversias ya no sería decidido con base objetiva, sino en atención a la subjetividad de la interpretación judicial:

Una regla es parte del sistema jurídico y el sistema no puede arrojar resultados injustos. Si se presenta el caso en el que una regla no es coherente con el principio, quien tiene autoridad para aplicar la regla debe buscar otra regla; si no existe la regla, entonces debe crearla. Si la regla es conforme con el principio, pero arroja un resultado injusto, se debe buscar otra regla y otro principio.⁶⁸

En este contexto, el principio de seguridad jurídica cobra más importancia que nunca para dar previsibilidad y certeza a la consecución de nuestros objetivos individuales y comunitarios que utilizan los negocios jurídicos y la función jurisdiccional como medios para desarrollar los diferentes planes de vida y alcanzar el florecimiento humano.

La seguridad jurídica, como principio *agnóstico* no varía, lo que cambia es el objeto sobre el cual recae su aplicación. Antes, la seguridad jurídica daba certeza sobre la aplicación de las reglas. Ahora, debe darnos la certeza de un proceso de aplicación del derecho enriquecido por principios y reglas, cuyo resultado debe orientarse a la consecución de la justicia. Si hay algo cierto en la crítica, es que el proceso de aplicación del derecho se vuelve más complejo, pero para bien.

Precisamente por eso el texto constitucional, en nuestro nuevo modelo, se vuelve más extenso, para dar claridad de cuál es el programa constitucional sustancial al cual se orienta el sistema jurídico. El argumento teórico de *Ferrajoli* y *Ávila* no se queda en abstracto, sino que se concretiza en el contexto normativo ecuatoriano. Pues no solo importa la Constitución como programa sustantivo de principios, el enriquecimiento sustancial de la Constitución no debe llevarnos a olvidar su importancia como norma

68 Ramiro Ávila Santamaría, “Ecuador estado constitucional de derechos y justicia”, p. 25.

de reconocimiento en cuanto organiza la creación y modificación del derecho.⁶⁹ Los primeros capítulos de la novela encuentran en la Constitución un desarrollo extenso.⁷⁰ Pero la Constitución también nos dice en qué medida y a quién corresponde escribir los nuevos capítulos de esa novela, como se analiza en la siguiente sección.

VII. Atribuciones para escribir la novela en cadena

Aquí es donde empiezan las precisiones normativas y concretas. Las actuaciones de la administración, tanto en el modelo anterior como en el actual, están sujetas al principio de legalidad. El artículo 226 de la Constitución de 2008 demanda que las actuaciones de la administración pública siempre se realicen con sujeción a la Constitución y a la ley.⁷¹ ¿Qué sucede en caso de contradicción entre la ley y la Constitución? La respuesta a esta interrogante es muy importante en el presente, cuando todavía vivimos en un modelo híbrido en el que la normativa *infraconstitucional* no acaba de adecuarse al programa constitucional. Pero hay que ser enfáticos en que no existe una invitación abierta a la administración para desobedecer la ley. En otras palabras, la administración no tiene un rol importante en la escritura ni en la crítica de la novela.

69 Véase *supra* Hart. Y en el mismo sentido ver al derecho como instrumento para la coordinación en la teoría de derecho natural.

70 Hay que tener en cuenta que para Dworkin, existen principios que preexisten a las Constituciones, se trata de lo que podría denominarse como la teoría política de la comunidad. Sin entrar en una discusión profunda de lo aplicable que pueda resultar esta concepción de Dworkin al caso ecuatoriano, o sobre si existen y cuáles son los principios que preexisten a la Constitución de 2008, bien se puede decir que, aunque la Constitución de 2008 no sea el punto de partida del sistema jurídico –o capítulo inicial de la novela, ella desarrolla de manera sustancial y extensa las bases del sistema– o la trama inicial de la novela.

71 “Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley [...].” Constitución de la República del Ecuador, artículo 226.

VIII. La administración y la novela

Hay dos cuestiones que deben ser tratadas por separado. En materia de derechos, la Constitución demanda aplicación directa de sus disposiciones, incluso si no han sido desarrolladas por normas inferiores (art. 426). Entonces, en caso de que el programa constitucional, que ahora es más amplio, prevea derechos que no han sido regulados por normas inferiores, la administración debe ejecutar las disposiciones constitucionales de manera directa. La certeza existe en virtud del texto constitucional.

Por otro lado, si existe contradicción irreconciliable entre la Constitución y leyes, acuerdos ministeriales, reglamentos u otras reglas, entonces la administración no puede decidir por sí misma. Para ello se ha dispuesto el control constitucional concentrado (art. 436). En el nuevo modelo, la adecuación de la normativa *infraconstitucional* a los principios de la Constitución es de fundamental importancia, y de manera consecuente se han ampliado las posibilidades de control constitucional. Se amplió radicalmente la legitimación activa para interponer acciones de inconstitucionalidad, que en el modelo anterior era mucho más limitada.⁷² Además, la Constitución actual prevé la posibilidad de que la Corte Constitucional analice *ex oficio* la constitucionalidad de las disposiciones *infraconstitucionales* en cualquier caso que haya sido presentado para su conocimiento.⁷³ En conclusión, *la administración no tiene carta abierta para desconocer reglas expresas*, por el contrario, una lectura sistemática de la Constitución implica que la administración debe aplicar la ley y la Constitución, pero si encuentra un conflicto irreconciliable entre ellas, deberá recurrir a los mecanismos de control constitucional para ayudar a depurar el ordenamiento jurídico.⁷⁴ Así, la introducción de principios en

72 Véase el artículo 277 de la Constitución Política de la República de Ecuador de 1998 y los artículos 18 ss. de la Ley Orgánica de Control Constitucional.

73 “La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes funciones: Declarar de oficio la inconstitucionalidad de normas conexas, cuando en los casos sometidos a su conocimiento concluya que una o varias de ellas son contrarias a la Constitución”, Constitución de la República del Ecuador, numeral 3 del artículo 436.

74 En este sentido léase: “los vicios de incoherencia y la falta de plenitud, si bien son irreducibles más allá de ciertos límites [–por la inflación normativa en el Estado constitucional–], dentro de estos son reducibles mediante las adecuadas garantías. Las garantías no son otra cosa que las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, y, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional.” Luigi Ferrajoli, *op. cit.*, p. 25.

el ordenamiento jurídico ecuatoriano se debe realizar de manera ordenada y de forma gradual. El cambio no será inmediato, y las condiciones están dadas para que la transición se dé en un ambiente de certeza: el principio de la seguridad jurídica se fortalece y cobra aún más relevancia.

La segunda precisión va de la mano del argumento de *Ávila* sobre la debilitación del principio de legalidad en el Estado constitucional y nos dirige a *Zagrebelsky* para ahondar en este análisis. El jurista italiano explica que el principio de legalidad en el modelo liberal se manifestaba de manera clara y diferenciada para la administración y para los particulares. En el caso de la administración constituía un límite a lo que esta podía hacer, en ese sentido, las actuaciones de la Administración “no se concebían como expresión de autonomía, sino que se configuraban normalmente como ejecución de autorizaciones legislativas”.⁷⁵ Del lado de los particulares, el principio de legalidad implicaba que la autonomía prevalecía “mientras no se traspasara el límite de la ley”.⁷⁶ En resumen, “[l]a protección de la libertad exigía que las intervenciones de la autoridad se admitiesen solo como excepción”.⁷⁷

En el Estado constitucional, esas dos manifestaciones claras del principio de legalidad se encuentran *erosionadas*. La administración crece en tamaño y adquiere un rol más activo para satisfacer el programa constitucional. “La ley se limita a identificar la autoridad pública y a facultarla para actuar en pro de un fin de interés público”,⁷⁸ pero el marco normativo general de la ley ya no es suficiente para coordinar las actuación de la administración y se le atribuirán *funciones de planificación* las cuales estarían a *mitad de camino entre la acción y la regulación*.⁷⁹ Del lado de los particulares, la ley debe intervenir en lo que antes caía en el ámbito de la autonomía *para enderezar la libertad individual a fines colectivos*.⁸⁰

Esta erosión del principio de la legalidad es un fenómeno anterior a la Constitución ecuatoriana de 2008 y no es más que el reconocimiento de lo que sucede en la práctica cuando se pasa de un Estado de derecho

75 Gustavo Zagrebelsky, *op. cit.*, p. 28.

76 *Ibid.*

77 *Ibid.*

78 *Ibid.*, p. 35.

79 *Ibid.*

80 *Ibid.*

mínimo a uno más denso (ver *supra*). El nuevo modelo constitucional no crea el problema, por el contrario, da respuesta a la erosión de la legalidad causada también por la abundancia de normas *infraconstitucionales*.⁸¹ La Constitución de 2008 añade como criterio para la solución de conflictos normativos el principio de competencia⁸² (art. 425), y este es un paso muy importante para traer coherencia y certeza en el sistema jurídico. En el marco de la Constitución de 1998, el único principio constitucional aplicable para resolver esta problemática era el de jerarquía. La Constitución de 2008 reconoce la abundancia normativa que crea el modelo de Estado de Derecho denso, y la resuelve no solo contemplando el principio de competencia expresamente, sino clarificando el marco de esas competencias normativas de los diferentes regímenes de la administración.⁸³ En otras palabras, la Constitución de 2008 reconoce el problema y le da solución, anteriormente el problema estaba allí, aunque no quisieramos hacerle frente. Pero la erosión del principio de legalidad no es el objetivo central de análisis en este ensayo, aunque su directa relación con el principio de seguridad jurídica no permite pasar por alto esta mención breve a la legalidad.

IX. Los jueces y la novela

Esto nos deja con el grueso del problema ¿cómo aplican los jueces los principios sin que quedemos sujetos a su subjetividad? En este punto, el análisis también debe dividirse en dos partes en relación con las posibilidades del ejercicio jurisdiccional. Por un lado está el ejercicio jurisdiccional en relación al control de la constitucionalidad; y, por otro, el ejercicio de la jurisdicción en relación con materias ordinarias (civiles, penales, laborales y demás) y en materia de garantías jurisdiccionales (acción de protección, hábeas corpus, etc.).

81 Para un análisis profundo de esta problemática, véase el “legislador motorizado” de Gustavo Zagrebelsky, *Derecho dúctil: ley, derecho, justicia*, pp. 24-42 y “la crisis de la legalidad”, especialmente la “inflación normativa” de Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías: la ley del más débil*, pp. 15-22.

82 Para un análisis de los métodos y principios aplicables a la solución de conflictos entre reglas, véase Prieto Sanchís, Luis. *Apuntes de Teoría del Derecho*. Madrid, Editorial Trotta, 2007.

83 Véase “Régimen de competencias”, Constitución de la República del Ecuador, artículos 260 ss.

El modelo de control constitucional adoptado por la Constitución de 2008 es claramente concentrado (arts. 429 y 436), aunque esta posición no escapa al debate. Quienes tratan de favorecer un modelo mixto de control constitucional (difuso y concentrado) argumentan que el artículo 426 de la Constitución, que demanda la aplicación directa de la Constitución, implica que los jueces ordinarios, en el conocimiento de cualquier causa (materias ordinarias o garantías jurisdiccionales) deben resolver por sí mismos los conflictos entre la Constitución y normas de menor jerarquía, aplicando directamente las reglas y principios constitucionales.

Pero una lectura integral de la Constitución indica que no hay espacio para esta interpretación. La Constitución debe ser leída textualmente y de manera integral (art. 427), y en ese sentido, la lectura del artículo 426 debe ir de la mano del artículo 428, cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución [...] suspenderá la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional.” Entonces, el control constitucional en el Ecuador es concentrado y le corresponde únicamente a la Corte Constitucional expulsar del ordenamiento jurídico las normas inconstitucionales. La Corte Constitucional será la principal encargada de desarrollar la novela en cadena, en atención a las normas secundarias de la Constitución.

Esto no resta importancia al artículo 426, que debe entenderse en dos sentidos. En primer lugar, como una formulación del principio *iura novit curia*,⁸⁴ y en tal sentido, los jueces y juezas de cualquier jurisdicción deberán aplicar los principios constitucionales incluso si las partes no los han invocado. El segundo efecto de este artículo es la aplicación directa e inmediata de las normas constitucionales, aún cuando no existan normas

84 “El principio *iura novit curia* significa que el tribunal determina libremente las normas aplicables con independencia de cualquier sugerencia de las partes, también puede ser referido como *narrat mihi factum, dato tibi ius*”. Francesco G. Mazzotta, *The International Character of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: An Italian Case Example*, 15 Pace International Law Review 437, 2003, p. 443, traducción libre. El principio es frecuentemente invocado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Corte IDH, Hilaire, Constantine, Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago, Serie C, n.º 94, 2002, párr. 107. Corte IDH, Castillo-Petruzzi y otros vs. Perú, Serie C. n.º 52, 1999, párrs. 116-122 y 178-88. Corte IDH, Godínez Cruz v. Honduras, Serie C, n.º 5, 1989, párr. 172.

de inferior jerarquía que las desarrolleen expresamente. Pero el control difuso de constitucionalidad no existe en el Ecuador.

Y tiene sentido que esto sea así en beneficio de la seguridad jurídica, que tiene un valor sustancial en el florecimiento del ser humano y su vida en comunidad. Si en la resolución de los millares de casos que se plantean en diferentes ámbitos de competencia territorial, material y de instancia, todos los jueces están facultados a ejercer el control constitucional difuso, las interpretaciones contradictorias de los principios constitucionales abundarían. El programa constitucional es extenso y no deja de ser complicado, no se trata de una Constitución corta ni de un sistema jurídico habituado al uso de precedentes judiciales como es el caso de los Estados Unidos. Es completamente racional que el constituyente haya encargado la labor de depuración del sistema legal a la Corte Constitucional y así lo ha ratificado el legislador.⁸⁵

La segunda parte del problema no deja de tener íntima relación con lo dicho hasta aquí y el argumento debe leerse en conjunto. Es que la aplicación de principios (normas téticas) en el ejercicio jurisdiccional en materias ordinarias y en la resolución de garantías jurisdiccionales tiene concreción constitucional en la lectura del artículo 426 con la inclusión del principio *iura novit curia* y el mandato de aplicación directa e inmediata de los principios constitucionales.

En ambos casos, el principio de seguridad jurídica no se ve disminuido, sino aumentado, pues su objeto ya no son solo las reglas, sino la aplicación armónica de estas con los principios constitucionales en la dirección que apunte hacia el resultado más justo. Pero es también en este punto donde los jueces ordinarios son capaces de aportar con nuevos capítulos en la novela en cadena y donde enfrentamos los problemas de subjetividad en la interpretación.

Por una parte, en la resolución de casos de justicia ordinaria o de garantías jurisdiccionales, Ávila ha sugerido que en el Estado de justicia (ver *supra*), si una regla arroja un resultado injusto, entonces se deberá escoger otra regla. ¿Implica que el juez debe declarar la invalidez o inconstitucionalidad de la regla que arroja el resultado injusto? La respuesta es

85 Véase también artículos 74 ss. y 141 ss. de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

un “no” rotundo. No puede declarar la inconstitucional porque no tiene competencia en materia de control de constitucionalidad (ver *supra*). Además, el problema no se resuelve entre los extremos (validez o invalidez, constitucionalidad o inconstitucionalidad). *Dworkin* estaba equivocado cuando diferenció las reglas de los principios diciendo que solo estos tienen una dimensión de peso o importancia, mientras que aquellas se aplican del todo o no se aplican, y si dos reglas están en conflicto, es porque necesariamente una de ellas es inválida.⁸⁶

Hart contesta a *Dworkin* y rechaza este enunciado y añade que los conflictos entre reglas también pueden resolverse atendiendo a su relevancia para un caso específico, sin descartar su validez, así como también las reglas pueden enfrentarse a principios, ser derrotadas y subsistir como reglas válidas del ordenamiento jurídico.⁸⁷ Un autor español, más cercano a nuestra tradición jurídica, *Luis Prieto Sanchís* desarrolla en extenso la aplicación de principios para la resolución de antinomias en abstracto y en concreto, y señala que en muchos casos las antinomias no conllevan la invalidez de una de las normas en colisión (por ejemplo, existen reglas que sancionan el homicidio, pero a la vez existen reglas que permiten la legítima defensa).⁸⁸

El constitucionalismo no se trata de un simple reemplazo de la ley por la Constitución para imponer mecánicamente y a la fuerza la unificación y coherencia del ordenamiento jurídico. La unificación del ordenamiento jurídico, explica *Zagrebelsky*, “no puede proponerse en los términos lineales del pasado”,⁸⁹ sino que debe reconocer el pluralismo jurídico y la abundancia normativa creada por las diferentes fuerzas sociales que pugnan legítimamente por espacio para conseguir sus objetivos.

De esta manera, no solo que los jueces no tienen competencia para invalidar normas del ordenamiento jurídico, sino que deben buscar su armonización, más que el conflicto con principios constitucionales, por eso son normas téticas, abiertas, sin supuesto de hecho, para guiar la aplicación de las normas hipotéticas. El papel del juez en este modelo de control concentrado de la constitucionalidad es armonizador, y cuando es

86 Véase Ronald Dworkin, *Law's Empire*, pp. 24-28.

87 Véase Hart, *The Concept of Law*, pp. 260-263.

88 Véase Luis Prieto Sanchís, *Apuntes de Teoría del Derecho*.

89 Gustavo Zagrevelsky, *Derecho dúctil. Ley, derecho, justicia*, p. 40. Véase también “Los caracteres del derecho constitucional actual”, *ibid.*, pp. 9-18.

necesaria una intervención más agresiva para invalidar definitivamente las normas contrarias al programa constitucional, entonces se debe recurrir a la Corte Constitucional.

De otro lado, la aplicación directa de normas téticas y su necesaria concreción en normas hipotéticas es donde realmente el juez ordinario interviene más activamente en escribir la novela en cadena. Y hay que admitirlo, en este proceso de interpretación, las convicciones del juez jugarán un rol innegable (*ver supra*). Sin embargo, el ordenamiento constitucional y sus normas secundarias imponen un límite a la creatividad del juez, y devuelven el rol de escritor principal a la Corte Constitucional que puede revisar creaciones del juez ordinario a través de sentencias vinculantes en materia de garantías jurisdiccionales (art. 436, numeral 6), así como revisar las actuaciones de la justicia ordinaria a través de la acción extraordinaria de protección (art. 437) y todo esto a través de decisiones finales y vinculantes (art. 440).

En resumen, la seguridad jurídica, como principio instrumental en el Estado de derechos y justicia, tiene un doble objeto: precautelar la firmeza de los capítulos anteriores de la novela que vienen escritos en gran parte en los principios sustantivos de la Constitución, y fomentar que los procedimientos y normas secundarias de la Constitución sean obedecidos para que el derecho establezca los parámetros de coordinación necesaria para que el programa sustantivo de la Constitución sea realizable.

X. Conclusión

El principio de seguridad jurídica en el Estado constitucional de derechos y justicia, asegura entonces la aplicación de las normas téticas e hipotéticas. El derecho siempre ha implicado un cierto grado de discrecionalidad en la apreciación de normas (principios y reglas); sin embargo, el valor de la certeza que se alcanza mediante el principio de seguridad jurídica no viene a menos, por el contrario, su valor debe ser ratificado y cobrar fuerza para ser uno de los guardianes del nuevo modelo que se trata de implementar.

Relativizar el principio de la seguridad jurídica es un riesgo innecesario. A fin de cuentas, el principio de la seguridad jurídica implica la certeza de que los actos públicos y privados se ríjan por las normas (reglas y

principios) del sistema jurídico. En ese sentido, el cambio hacia un modelo constitucional de derechos y justicia debe descansar sobre la certeza de que sus normas y principios van a ser aplicados con regularidad en todos los actos públicos y privados. La negación de la importancia del principio de seguridad jurídica en tal sentido, puede ser una peligrosa invitación a una discrecionalidad desmedida o la condonación de actos arbitrarios que no se rijan ni por la legislación anterior, ni los principios de la Constitución actual. La aplicación de los principios en el Estado constitucional de derechos y justicia demanda más seguridad jurídica para *todos*, pero también para *cada uno* de los individuos cuya realización y florecimiento debe ser facilitada mediante la coordinación ejercida por las autoridades ecuatorianas.

Bibliografía

- Ávila Santamaría, Ramiro. "La Constitución del 2008 en el contexto andino: análisis desde la doctrina y el derecho comparado". Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador, 2008.
- _____. "Retos de una nueva institucionalidad estatal". *Neoconstitucionalismo y sociedad*. Ed. Ramiro Ávila Santamaría. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador, 2008.
- Carbonell, Miguel, ed. *Neconstitucionalismo(s)*. Madrid, Editorial Trotta, 2009.
- Corral, Fabián. "La seguridad jurídica". Diario *El Comercio*. Internet. <http://www.elcomercio.com/Generales/Solo-Texto.aspx?gn3articleID=123273>. Acceso: 21 abril 2010.
- _____. "El estado discrecional". Diario *El Comercio*. Internet. <http://www.elcomercio.com/Generales/Solo-Texto.aspx?gn3articleID=230508>. Acceso: 21 abril 2010.
- _____. "¿Dictadura judicial?" Diario *El Comercio*. Internet. <http://www.elcomercio.com/Generales/Solotexto.aspx?gn3articleID=233887>. Acceso: 21 abril 2010.
- _____. "El 'garantismo'". Diario *El Comercio*. Internet. <http://www.elcomercio.com/Generales/Solo-Texto.aspx?gn3articleID=227544>. Acceso: 21 abril 2010.
- Dworkin, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Harvard University Press, 1978
- _____. *Law's Empire*. Cambridge, Belknap Press, 1986.
- Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid, Editorial Trotta, 2006.
- Finnis, John. *Natural Law and Natural Rights*. New York, Oxford University Press, 1980.
- Hart, Herbert, Lionel Adolphus. *The Concept of Law*. New York, Oxford University Press, 1997.
- López Medina, Diego. "¿Qué es la seguridad jurídica?", 2006. Internet. http://dejusticia.org/interna.php?id_tipo_publicacion=1-&id_publicacion=382. Acceso: 22 abril 2010.
- Prieto Sanchís, Luis. *Apuntes de teoría del derecho*. Madrid, Editorial Trotta, 2007.

- Rodríguez Garavito, César. *La globalización del Estado de derecho: el neo-constitucionalismo, el neoliberalismo y la transformación institucional en América Latina*. Bogotá, Ediciones Uniandes, 2008.
- Zagrebelsky, Gustavo. *Derecho dúctil: ley, derecho, justicia*. Madrid, Editorial Trotta, 2007.
- Constitución Política de la República de Ecuador, registro oficial n.º 1, 11 agosto 1998.
- Constitución de la República del Ecuador, registro oficial n.º 449, 20 octubre 2008.
- Ley Orgánica de Control Constitucional, registro oficial n.º 99, 2 julio 1997.
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, registro oficial n.º 52, suplemento 2, 22 octubre 2009.

La naturaleza como persona: Pachamama y Gaia

Eugenio Raúl Zaffaroni*

Resumen

Este artículo, si bien hace un recuento de acercamientos teóricos sobre el reconocimiento de la subjetividad de la naturaleza, lo cual parece indicar que no es un tema novedoso; sin embargo, al mismo tiempo, y con claridad visionaria encuentra en los nuevos modelos constitucionales y de coincidencia entre la diosa griega *Gaia* de la teoría de *James Lovelock* y la *Pachamama* andina un instrumento para romper estructuras de pensamiento tradicional respecto a la titularidad de derechos.

Palabras clave

Ambientalismo, biologismo, buen vivir, ecologismo, evolución, filosofía andina, *Gaia*, *Pachamama*, *sumak kawsay*.

* Director del departamento de derecho penal y criminología, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

I. El humano y su entorno como problema filosófico, ético y jurídico

En los estrechos límites de esta presentación es imposible abarcar en detalle la complejidad de la dinámica ideológica (filosófica, ética y jurídica) de la relación del humano con su medio y en especial con las formas de vida no humanas. Semejante tarea importaría nada menos que recorrer toda la antropología filosófica, pues el humano siempre tuvo una actitud ambivalente frente al animal, dado que en buena medida se quiso conocer diferenciándose de este e identificándose con Dios.

Es interesante observar que pese al presupuesto de que los animales son inferiores, les atribuyó virtudes y defectos humanos. La torpeza del asno, la fidelidad del perro, la nobleza del caballo, la satanidad del gato, la abyección del cerdo, etc., son valoraciones humanas conforme a las que jerarquizó a los animales¹ (coronando heráldicamente al oso primero y al león más tarde),² lo que permanece vigente para injuriar o exaltar a otro ser humano.

Esta jerarquización fue dotada de carácter científico cuando, valiéndose de las semejanzas con algunos animales, los *fisiognomistas* clasificaron jerárquicamente a los humanos, tradición que después de pasar por la frenología de *Gall*³ entró en el campo *parajurídico* para dar estatus científico a la criminología con *Lombroso* y los positivistas, consagrando valores estéticos como fundamento de jerarquizaciones racistas, asociando lo feo y lo malo o primitivo.⁴

Desde la tradición griega hasta el presente se cruzan dos posiciones: o bien los humanos somos unos convidados más a participar de la naturaleza o esta se creó para nuestro *habitat* y, por ende, disponemos del derecho sobre ella (*administradores, propietarios*, con diferente intensidad de

1 Véase Armella Le Bras-Chopard. *El Zoo de los filósofos*. Madrid, 2003.

2 Pastoreau, Michel. *Una historia simbólica de la Edad Media occidental*. Buenos Aires, 2006, pp. 51 ss. El desplazamiento del oso lo atribuye a las costumbres sexuales de este, consideradas inconvenientes por la Iglesia.

3 Véase Bourdon, M. Isidoro. *La physiognomonie et la phrénologie, ou connaissance de l'homme d'après les traits de visage et les reliefs du crane: examen critique des systèmes d'Aristote, de Porta, de la Chambre, de Camper, de Lavater, de Gall et de Spurzheim*. París, 1842.

4 Es conocida la obra de Ferri. *I delinquenti nell'arte ed altre saggi di scienza ed arte*, Torino, 1926; no menos interesante Edouard Lefort, *Le type criminel d'après les savants et les artistes*, Lyon-París, s.d.

derechos). *Aristóteles* y los estoicos estuvieron del lado de la naturaleza engalanada en espera del humano y los epicúreos –*Lucrécio*, denostado por *Calvino*– del otro.⁵

La disputa salta de la antropología filosófica a la ética y de esta al derecho, con consecuencias diferentes en cada época. En la Edad Media y hasta el Renacimiento fueron frecuentes los juicios a animales, especialmente a cerdos que habían matado o comido a niños, que unos justificaban pretendiendo que los animales –por lo menos los superiores– tenían un poco de alma y otros negándolo, pero insistiendo en ellos en razón de la necesidad de castigo ejemplar. Sea como fuere se ejecutaron animales y hasta se cometió tortura y se obtuvo la confesión de una cerda.⁶

La separación tajante entre cuerpo y alma y el desprecio al cuerpo prepararon el capitalismo⁷ y al mismo tiempo relegaron al animal a la condición de puro cuerpo y al humano atento al cuerpo a la condición cercana al animal. El humano no debía preocuparse por el sufrimiento en la tierra, porque su destino estaba en su alma que iría al paraíso.⁸

Cuando se produjo en el siglo XIX la inversión materialista del planteo medieval –todo es cuerpo– se extrajeron consecuencias contradictorias: por un lado, el pragmatismo de *Bentham* con su búsqueda de la mayor felicidad, reconocía que los animales son seres sensibles y convocaba a su respeto y al reconocimiento de sus derechos; por el otro, *Spencer*

5 Véase Passmore, John. *La responsabilidad del hombre frente a la naturaleza*. Madrid, 1978, p. 29; también Manuel de Rivacoba y Rivacoba, *Krausismo y Derecho*, Santa Fe, p. 74, recuerda que los pitagóricos y Empédocles se inclinaban a reconocer a los animales como sujetos de derechos y remonta la cuestión a Anaximandro.

6 Véase Pastoreau, Michel. *Una historia simbólica de la Edad Media occidental*. Buenos Aires, 2006, pp. 27 ss.

7 Véase Rozitchner, León. *La cosa y la cruz: cristianismo y capitalismo (en torno a las "Confesiones" de San Agustín)*. Buenos Aires, 1997.

8 La vertiente *judicialista* (juicio final, condena eterna) de la romanización cristiana se opone al reencarnacionismo espiritualista de la India, que conduce a consecuencias diametralmente opuestas de respeto absoluto a todas las formas vivientes. En sus manifestaciones heterodoxas más radicales, la escuela jainista, véase A. Chakravarty, en Radakrishnan, Srevepalli, *Storia della Filosofia Orientale*, Feltrinelli, 1978, T. I, pp. 163 ss.; T. M. P. Mahadevan, *Invitación a la Filosofía de la India*, México, 1991, p. 55 ss.; Agustín Pániker, *El Jainismo. Historia, sociedad, filosofía y práctica*, Barcelona, 2001; J. Varni - S. Jain, *Saman Suttam, Il canone del jainismo*, Mondadori, 2001. En la filosofía occidental quien tomó el camino de los Vedas, los Upanishads y el Budismo para oponerse frontalmente a la corriente iniciada por Descartes fue Schopenhauer, Arthur. *Voluntad en la Naturaleza*. Trad. Miguel de Unamuno. Buenos Aires, 1969.

descubrió la *justicia subhumana*⁹ y conforme a la ley de la selección natural concluyó que era menester hacer lo mismo entre los humanos, aunque mejor, en razón del mayor grado evolutivo.¹⁰ De esto último se derivaron las consecuencias positivistas y los símiles con el hormiguero, el panal, supresión de los inferiores, los zánganos, los diferentes.

En cuanto a consecuencias humanas, *Bentham* dedujo la necesidad de ajustar los castigos a la sensibilidad. Como *Spencer* sostenía que la evolución era un proceso sin solución de continuidad, este continuaba dentro de la propia especie humana y, por tanto, el positivismo dedujo consecuencias ambivalentes: los inferiores de otras *razas* debían ser tutelados por los superiores (neocolonialismo) y los de la propia *raza* debían ser eliminados de algún modo, para que sobrevivan solo los más fuertes y sanos.

Respecto de las consecuencias para los animales, *Bentham* soñaba con llegar a considerarlos sujetos de derechos, en tanto que del spencerianismo se sigue que no pueden ser titulares de derechos los animales y tampoco los humanos inferiores; solo serían verdaderos sujetos de derechos los humanos superiores (legitimación del neocolonialismo), destinados a tutelar piadosamente a los inferiores o colonizados y a eliminar a los inferiores molestos.

La concepción teocrática según la cual el Creador puso a un ser superior por ser el único dotado de una verdadera alma en un *hábitat* previamente creado a su servicio como amo y señor, corresponde al *antiguo régimen*, mientras que es propia del *industrialismo colonialista* la del grosero biologismo organicista spenceriano, según la cual se llegó a su ser superior por mayor complejidad que tampoco es homogéneo dentro de su propia especie (o género subdividido en *razas*) y cuyos mejores ejemplares están destinados por la naturaleza a dominar al resto de los seres inferiores (congéneres inferiores y animales).

Es sabido que la clase de los industriales y comerciantes adoptó el reduccionismo biologista cuando logró la hegemonía social, pero durante la etapa de abierta lucha contra el antiguo régimen en procura del desplazamiento de la nobleza y del clero, se valió del contractualismo. Fuera del contrato quedaban, por supuesto, los animales, que era inconcebible

9 Inevitable en el evolucionismo; sobre la variante romántica, Rivacoba y Rivacoba, Manuel de. *Una historia simbólica de la Edad Media occidental*. Buenos Aires, 2006

10 Spencer, Herbert. *La justicia*. Trad. Adolfo Posada. Madrid, La España Moderna, s/f.,

que celebrasen un acuerdo que concediese poder al soberano, lo que se facilitó a través de las ideas de René Descartes, quien los consideraba puras máquinas sin alma. La expresión más alta de la tesis contractualista es Kant, con la limitación de la ética y del derecho a las relaciones entre humanos,¹¹ aunque al igual que Hobbes, quedaban también fuera del contrato algunos humanos *enemigos*,¹² rendija con la que dejaba despejado el camino para el colonialismo y la eliminación de disidentes, que recorrería luego la burguesía europea triunfante por los caminos biologistas del racismo, hasta acabar en los genocidios de los siglos XIX y XX.

En el derecho penal la cuestión de la personalidad animal se planteó especialmente en torno a la tipificación del delito de maltrato de animales. Si bien el origen histórico de la tipificación de este delito se remonta al *common law*, su introducción en las legislaciones continentales europeas promovió en el siglo XIX la discusión acerca del bien jurídico, campo en el que se planteó si el titular de este no era el propio animal.¹³ La discusión –por demás interesante– sigue abierta hasta el presente.¹⁴

En la más apretada –y quizá inexacta– síntesis, podemos decir que para entenderlo como un delito contra los humanos se ensayaron tres respuestas diferentes: (a) el bien jurídico es la moral pública o las buenas costumbres (no lesionar el sentimiento de piedad ajeno), (b) es un interés moral de la comunidad (es un indicio de tendencia a la crueldad con los humanos) y (c) se trata de una lesión al medio ambiente.¹⁵

La primera tiene el inconveniente de dejar atípicos los actos de crueldad realizados en privado. La segunda lo convierte en un *tipo de sospecha*, porque en realidad no lesiona ningún bien jurídico, sino que crea la sospecha de que puede lesionarlo. La tercera tiene el inconveniente de que no resulta fácil considerar a la fauna urbana –especialmente de compañía– como parte del medioambiente. Podría tener una variable, que sería la imagen del

11 Kant, Immanuel. "Die Metaphysik der Sitten". *Werkausgabe*. Herausg. von W. Weischedel, XI, Frankfurt, 1977.

12 Kant, Immanuel. *La paz perpetua: ensayo filosófico*. Madrid-Barcelona, 1919; Hobbes, Th. *Leviathan*. London, 1985, p. 28.

13 Quizá la obra que mejor compila y sintetiza la discusión en el siglo XIX sea la de Robert von Hippel, *Die Tierquälerei in die Strafgesetzgebung des In- und Auslandes, historisch, dogmatisch und kritisch dargestellt, nebst Vorschlägen zur Abänderung des Reichsrechts*. Berlín, 1891.

14 No podemos ocuparnos de esta en detalle. La mejor exposición en nuestra lengua en los últimos tiempos, con la indicación bibliográfica completa, en Guzmán Dalbora, José Luis. "El delito de maltrato de animales". *Estudios y defensas penales*. Santiago de Chile, LexisNexis, 2007, pp. 199 ss.

15 La exposición y crítica, con la bibliografía correspondiente en José Luis Guzmán Dalbora, *op. cit.*

humano como *administrador* del medioambiente, lesionada por conductas crueles para las que no estaría habilitado. Tiene el inconveniente de colocar como bien jurídico la *imagen del humano*, lo que puede llevar a otros terrenos resbaladizos y peligrosos: la lesionaría también el vicioso, el vagabundo, el perezoso, el *asocial*, etc. y de este modo se introduciría una punición de la moral individual, lo que importaría una catástrofe jurídica regresiva al *preiluminismo* (vuelta a la confusión entre pecado y delito).

II. El animal como persona

A nuestro juicio, el bien jurídico en el delito de maltrato de animales no es otro que la salud y el bienestar del propio animal, para lo cual es menester reconocerle el carácter de sujeto de derechos. El argumento de que esto no es admisible porque no puede exigirlos (ejercer las acciones, hacerse oír judicialmente) no se sostiene, porque son muchos los humanos que carecen de capacidad de lenguaje (oligofrénicos profundos, fetos) o que nunca la tendrán (descerebrados, dementes en los últimos estadios) y, sin embargo, a nadie se le ocurre negarles este carácter, so pena de caer en la tesis de las vidas sin valor vital.¹⁶ La ley positiva argentina se lo reconoce al asignarle el carácter de *victima*, lo cual, considerando la fecha de esta ley –en la que no era aún materia de discusión tan viva como en el presente– constituye una intuición sumamente interesante.¹⁷

La condición del animal como *sujeto de derechos* es materia de una bibliografía nutridísima y creciente,¹⁸ fundada en investigaciones de psicología

16 Este concepto en A. Hoche, K. Binding. *Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens*. Leipzig, 1920.

17 El artículo 1º de la ley 14, numeral 346 del 5 noviembre 1954 dice: “Será reprimido, con prisión de quince días a un año, el que infligiere malos tratos o hiciere víctima de actos de crudeldad a los animales”.

18 Simon Brooman & Legge Debbie, *Law relating to animals*, London, 1997; Silvana Castignone, *I Diritti degli animali*, Il mulino, 1988; Tom Regan, *I diritti animali*, Garzanti, 1990; Paola Cavalieri, *La questione animale. Per una teoria allargata dei diritti umani*, Torino, 1999; Ricardo Fajardo-Alexandra Cárdenas, *El derecho de los animales*, Bogotá, 2007; Ludovico Galleen y Francesco Viola-Francesco Conigliaro, *Animali e persone: ripensare i diritti*, Milano, 2003; Edna Cardozo Dias, *A tutela jurídica dos animais*, Belo Horizonte, 2000; Bernardo Christianne, *Medio ambiente e vitimização*, Kosovski/Piedade/Roitman, *Estudos de vitimologia*, Soc. Brasileira de Vitimologia, Rio de Janeiro, 2008, pp. 19 ss.; Anna Mannuci e Mariachiara Tallacchini, *Per un codice degli animali*, Giuffrè, 2001.

animal y comparada por un lado¹⁹ y en replanteos éticos por otro,²⁰ de los que no podemos ocuparnos aquí. Basta informar que en la biblioteca del *Land* de Baden (*Badischen Landesbibliothek*) en Karlsruhe la *Fundación para “el animal en el derecho”* (*Stiftung für das “Tier im Recht”*) reúne más de cinco mil títulos bajo la dirección del profesor Gotthard Teutsch en la sección *Ethik im Tier-Natur-und Umweltschutz*, en tanto que el *Internacional Institute for Animal Law* ha creado en la *John Marshall Law School* la *National Research Library for Animal Advocacy*.

La presión de la fortísima corriente *animalista* llegó decididamente al derecho por la vía de su rama civil y cunde hoy la tendencia europea a liberar a los animales de la condición de cosas y concederles un lugar intermedio entre el humano y las cosas, como entes capaces de sentir y de sufrir. Son ejemplares a este respecto las nuevas disposiciones de los códigos civiles, como el artículo 641a del suizo en la versión vigente desde el 1º de abril de 2003 o el parágrafo 90^a del código civil alemán. Este último dice expresamente: “Los animales no son cosas. Serán tutelados mediante leyes especiales. Se les aplican los preceptos correspondientes a las cosas sólo en la medida en que no se disponga lo contrario”.

Es incuestionable el paralelo entre la abolición jurídica de la esclavitud y este avance *animalista*: basta recordar que la sentencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos que desató la guerra de secesión privilegiaba la propiedad sobre la libertad de los esclavos²¹ hace apenas un siglo y medio. El reconocimiento de la personalidad jurídica de entes considerados *cosas* avanzó en el derecho a través de los siglos y lo *no pensable* se fue volviendo *pensable*.²²

19 Por ejemplo: Danilo Mainardi, *Nella mente degli animali*, Milano, 2006; Enrico Alleva, *La mente animale. Un etologo e i suoi animali*, Torino, 2007; Mark Bekoff, *Nosotros los animales*, Madrid, 2003; Sapolsky, Robert M., *Memórias de um primate. A vida pouco convencional de um neurocientista entre os babuínos*, São Paulo, 2004.

20 Luisella Battaglia, *Etica e animali*, Napoli, 1998; Christopher Manes, *Other Creations, Rediscovering the Spirituality of Animals*, New York, 1997; Kepa Tamames, *Tú también eres un animal*, Madrid, 2007; Giorgio Celli, *I sette peccati capitali degli animali*, Milano, 2006; Roger Scruton, *Gli animali hanno diritti?*, Milano, 2008. El tema mereció la atención nada menos que de Jacques Derrida, *El animal que luego estoy si(gui)endo*, Madrid, 2008.

21 Véase U.S. Supreme Court, *Dred Scott vs. Sandford*, 60 US 393 (1856).

22 Véase Stone, Christopher D. *Should Trees Have Standing?* Los Altos, California, 1974, pp. 3 ss., con amplia indicación sobre el proceso de ampliación de personalidad en la historia del *common Law* y en la jurisprudencia norteamericana.

Pese a la letra de la ley en muchos países y a las iniciativas internacionales, particularmente en el campo europeo, es innegable que para el pensamiento jurídico –europeo continental– e incluso para los filósofos, esto se vuelve notoriamente problemático.²³ Son muchos los juristas que prefieren seguir concibiendo los derechos de los animales al estilo kantiano, o sea, como una relación indirecta siempre con el humano, partiendo de que la ética está limitada a la especie y la crueldad con los animales afecta a esta ética exclusivamente humana,²⁴ por contraposición con el *animalismo* que considera a los humanos y a los animales comprendidos en un mismo universo ético.²⁵

Es sorprendente que –casi por vez primera– la doctrina y la ley civil hayan avanzado más atrevidamente que la penal, siempre ávida de incorporar novedades, pero en este sentido reticente.²⁶

En el fondo –y aunque nadie lo dice– creemos que el problema que se le plantea al penalista no es menor: ¿Si el animal es sujeto de derechos, podrá también incurrir en infracciones? ¿Acaso debemos volver a los procesos a animales?

En principio, son muchos los sujetos humanos de derecho que no tienen capacidad para cometer infracciones, como los fetos o los oligofrénicos profundos. Frente a ellos se reacciona con el derecho administrativo, o sea, si protagonizan un proceso lesivo, se detiene este con medidas de coerción directa que, por cierto, deben respetar su dignidad de sujetos de derecho. No sería nada diferente lo que debe plantearse frente al animal. Entre internar a una persona incapaz de voluntad humana (un oligofrénico profundo que emite gruñidos a gritos en la vía pública y que si no se actúa será víctima de cualquier accidente) y encerrar a un puma que deambula por las calles en un zoológico, desde el punto de vista jurídico no hay mucha

23 Véase por ejemplo, las dudas de Ferrater Mora, J. y P. Cohn. “*Los derechos de los animales*”. *Ética aplicada, del aborto a la violencia*. Madrid, 1981.

24 Véase las referencias a Legaz y Lacambra y otros juristas españoles en Higuera Guimerá, Juan Felipe. *La protección penal de los animales en España*. Madrid, 1994, pp. 28 ss. En el mismo texto pueden verse las iniciativas regionales europeas.

25 Véase Singer, Peter. *Ethics and Animal Liberation*. Oxford, 1985; Tom Regan.

26 Véase, p. ej., Guzmán Dalbora, José Luis. “Estudios y defensas penales”. *El delito de maltrato de animales*. Santiago de Chile, LexisNexis, 2007, siguiendo la tradición kantiana de Manuel de Rivacoba y Rivacoba que, por su parte seguía la de Jiménez de Asúa, que consideraba nuestra ley vigente como producto de un grave error de redacción.

diferencia. La diferencia radicaría en que si no se le reconoce al puma su condición de sujeto de derechos podría considerarse que por razones de comodidad sería más fácil darle muerte que atraparlo; por el contrario, reconociéndole ese carácter, no debería sostenerse que operan puras razones de piedad, sino que deberán considerarse razones de *respeto* a los sujetos, y solo se admitiría la muerte del puma ante un peligro cierto e inevitable de otro modo para la vida o la integridad física de las personas.

III. Entra el juego la cuestión ecológica

El reconocimiento de los derechos de no humanos no solo avanzó por impulso de los *animalistas*, sino que a partir de Estocolmo –y aún antes– la cuestión ecológica entró en la disputa de la mano de los *ambientalistas*, a veces cruzados y otras unidos a los *animalistas*.

La atención a los daños ambientales producidos en el último siglo y sus consecuencias han sido reclamadas en todos los tonos,²⁷ dando lugar a reacciones dispares concretadas en propuestas y movimientos también diferentes²⁸ –muchas veces conocidos como movimientos o ideologías *verdes*– y a la postulación de un general y difuso reclamo de vida respetuosa de la naturaleza.²⁹

En el campo del derecho –lo que podríamos llamar el *ambientalismo jurídico*– no avanzó hasta el presente en el reconocimiento de sujetos de derecho diferentes del ser humano. El ambientalismo pasó al campo jurídico dando lugar al desarrollo de una nueva rama del derecho –el *derecho*

27 Es imposible abarcar la interminable literatura al respecto, responsable e irresponsable, ideológica y científica. A mero título de ejemplo, entre los primeros: Lester R. Brown, *El estado del mundo*, México, 1988; D. J. Spedding, *Contaminación atmosférica*, Barcelona, 1981; Roger Garaudy, *Ainda é tempo de viver*, Rio de Janeiro, 1980; Ervin Laszlo, *La última oportunidad*, Madrid, 1985; Theodore Roszak, *Personal/Planeta*, Madrid, 1978; Robert Allen, *Salvar el mundo. Una strategia per la conservazione della Natura*, Milano, 1981; más cercanamente, Hill McKibben, *El fin de la naturaleza*, Barcelona, 1990; interesante es la implicación en los últimos años del excandidato a presidente demócrata de los Estados Unidos y su muy difundido libro y filme.

28 Véase Dario Paccino, *L'imbroglio ecologico*, Einaudi, 1972; Favio Giovannini, *Le radici del verde. Saggi critici sul pensiero ecologista*, Bari, 1991.

29 Por ejemplo: Pedro Dalle Nogare, *Humanismos e Anti-humanismos, Introdução à antropologia filosófica*, Petrópolis, 1983, p. 234.

ambiental— y, como no podía ser de otra manera, inmediatamente pasó al derecho penal, como la *tutela penal del medio ambiente* o *derecho penal del medio ambiente*, al tiempo que se producía una considerable profusión de convenciones, declaraciones y proyectos en el plano internacional, dando lugar al derecho ambiental internacional, que permanece vinculado o cercano al derecho internacional de los derechos humanos.³⁰

El *ambientalismo jurídico* en general reconoce al medioambiente la condición de bien y como tal lo asocia a lo humano por la vía de los bienes colectivos³¹ o bien de los derechos humanos,³² no faltando autores que directamente dan por presupuesto que se vincula a la protección de la vida humana,³³ lo que también parece ser compartido por la mayoría de los penalistas.³⁴ La propia tutela del medioambiente, consagrada en las constituciones más recientes, lo considera claramente como un derecho humano.³⁵

No obstante, para algunos penalistas esta referencia humana presenta algunos problemas, como por ejemplo, que la afectación al humano no es presente, sino respecto de personas que aún no existen, como son las generaciones futuras, lo que los lleva a pensar en bienes jurídicos diferentes de los conocidos hasta la creación de estos tipos penales, aunque nunca desvinculados de lo humano.³⁶ Aunque el mismo vocablo *ecología* tiene su origen en la visión panteísta de *Haeckel*,³⁷ su paso al derecho, hasta el presente, reitera que se trata de tutelar el derecho de los seres humanos a un medioambiente saludable.

No obstante, el *ambientalismo no jurídico*, es decir, el que llevan adelante principalmente los científicos, tiende a moverse en otra dirección.

30 La evolución internacional desde los primeros documentos en Cançado Trindade, Augusto Antônio. *Directos Humanos e meio-ambiente, Paralelo dos sistemas de proteção internacional*. Porto Alegre, 1993.

31 Véase Lorenzetti, Ricardo Luis. *Teoría del derecho ambiental*. Buenos Aires, 2008, p. 7.

32 Véase Pierini, Alicia, Valentín Lorences y Luis Comparatore. *Derecho ambiental*. Buenos Aires, 2007, p. 35.

33 Así parece en Sánchez Gómez, Narciso. *Derecho ambiental*. México, 2004.

34 Véase Dotti, René Ariel. *A proteção penal do meio ambiente*. Instituto dos Abogados de Paraná, Curitiba, 1978.

35 Por ejemplo, acerca del artículo 225 de la Constitución brasileña, Cardozo Dias, Edna. *Manual de Crimes Ambientais*. Belo Horizonte, 1999, p. 47.

36 Véase Triffterer, Otto. *Umweltstrafrecht, Einführung und Stellungnahme zum Gesetz zur Bekämpfung der Umweltkriminalität*. Baden-Baden, 1980, p. 33.

37 Haeckel, V. Ernst. *Die Welträtzel, Gemeinverständliche Studien über ministische Philosophie*. Leipzig, 1909; del mismo autor *El origen de la vida*, Barcelona, 1908.

Las administraciones republicanas de los Estados Unidos han provocado una considerable lesión al progreso de los derechos humanos en el mundo al negarse a ratificar instrumentos internacionales importantes, como el Tratado de Roma de derecho penal internacional o la propia Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica). En algún sentido, sus empresas bélicas se pueden vincular a la cuestión ecológica,³⁸ pero lo más negativo ha sido su lamentable lastre para el derecho ambiental internacional, donde irresponsablemente se han negado a vincularse a cualquier medida global de control del deterioro de la vida planetaria, especialmente en cuanto a contaminación atmosférica productora de recalentamiento global. Una serie de afirmaciones irresponsables minimizan los riesgos y daños, como racionalización de esta actitud. Los países emergentes se amparan en esa negativa y esto causa una dificultad insalvable para cualquier acción global de protección de la vida planetaria, bastante análoga a la que causó la Unión Soviética en su momento respecto del avance de la legislación internacional de derechos humanos. Ante este panorama bastante desolador han arreciado las advertencias de los científicos.³⁹

Reconocer la existencia de sujetos de derecho no humanos en el derecho ambiental no es sencillo, pues con ello se pone en seria crisis el concepto tradicional de derecho. La objeción de Ferrater Mora no es gratuita: si reconocemos que tienen derechos los animales, no vemos por qué no reconocérselos a las montañas, a los ríos, etc., y de este modo no sabremos más de qué estamos hablando.⁴⁰ No obstante, los ambientalistas científicos promueven una respuesta que saltó al derecho por una vía inesperada.

IV. La *hipótesis Gaia*

El científico inglés *James Lovelock* dedicó muchos años de su vida⁴¹ a la elaboración y perfeccionamiento de la llamada *hipótesis Gaia*, nombre de

38 Se ha considerado a las guerras modernas como delitos ecológicos: Skrotzky, Nicolas. *Guerres: crimes écologiques*. París, 1991.

39 Así, por ejemplo, Norman Myers, coord., *Gaia: el Atlas de la gestión del planeta*, Madrid, 1994; Elizabeth Kolbert, *La catástrofe que viene*, Planeta, 2006; Martin Rees, *Il secolo finale*, Milano, 2004.

40 Véase. J. Mora Ferrater y P. Cohn, *op. cit.*

41 Su autobiografía: Lovelock, James. *Homenaje a Gaia: la vida de un científico independiente*. Pamplona, 2006.

la diosa griega de la Tierra. Según esta hipótesis el planeta es un ente viviente, no en el sentido de un organismo o un animal, sino en el de un sistema que se autorregula, tesis vinculada a la teoría de los sistemas,⁴² a la cibernética y a las teorías de los biólogos *Maturana y Varela*.

Se trata en principio de una revolución en el concepto de evolución. A doscientos años del nacimiento de *Darwin*, se sostiene que su teoría no fue bien comprendida, sino más bien deformada por Spencer, con su invento de la supervivencia del más apto. Para *Darwin* el más apto habría sido el más fecundo y no el más fuerte en el sentido físico. En este sentido no cabe en la evolución privilegiar la competencia, sino la cooperación. La vida no aparece sobre el planeta sino en forma microscópica, como resultado también de síntesis y complejizaciones moleculares. Microorganismos que agraden a otros en cierto momento o se instalan en su interior, se *simbiotizan*, cooperan para sobrevivir y derivan en otro más complejo. Seríamos el producto de millones de años de complejización simbiótica, de enormes procesos de microcooperación, de millones y millones de pequeñísimas quimeras, lo que poco o nada tiene que ver con la brutal lucha sangrienta en la que sobrevive el más cruel y despiadado, de lo que Spencer deducía que no había que practicar ni siquiera la piedad hacia los semejantes.⁴³

Se observa que, por el contrario, los depredadores más crueles terminan matando a las células mayores en que se alojan y causan su propia muerte. Los más moderados obtienen los nutrientes de estas, pero no causan su muerte y de esta manera sobreviven hasta que se producen cambios recíprocos y adaptaciones entre ambos.⁴⁴ Los biólogos explican las células con núcleos —que nos forman a todos los habitantes mayores de la tierra— como resultado de fusiones de invasores con bacterias primitivas. Llevando el planteamiento hasta sus últimas consecuencias, cabe pensar que si nuestro cerebro está formado por bacterias simbiotizadas a lo largo de millones de años, somos superiores a las bacterias, pero también somos una pequeña parte de una biosfera bacteriana que bien puede marchar hacia un cerebro también simbótico.⁴⁵

42 Bertalanffy, Ludwig von. *Teoría de los sistemas: fundamentos, desarrollo, aplicaciones*. México, 1993.

43 Véase Margulis, Lynn y Dorion Sagan. *Microcosmos: cuatro mil millones de años de evolución desde nuestros ancestros microbianos*. Barcelona, 2008, p. 140.

44 *Ibid.*, p. 147.

45 *Ibid.*, p. 170.

El reconocimiento de la simbiosis como fuerza evolutiva importante –se ha escrito– tiene implicancias filosóficas profundas. Todos los organismos macroscópicos, incluidos nosotros mismos, son prueba viviente de que las prácticas destructivas a la larga fallan. Al final, los agresores se destruyen a sí mismos, dejando el puesto a otros individuos que saben como cooperar y progresar. Por ende, la vida no es sólo una lucha competitiva, sino también un triunfo de la cooperación y de la creatividad. De hecho, desde la creación de las primeras células nucleares, la evolución procedió mediante acuerdos de cooperación y de coevolución siempre más intrincados.⁴⁶

Las observaciones de *Lovelock* se basan en las constantes regulaciones que impiden el menor desequilibrio que causaría la destrucción de la biosfera, pero al que la propia biosfera contribuye de manera imprescindible. No se trata de una regulación física o química a la que es ajena la vida, sino que esta forma parte de la propia regulación del planeta. La Tierra regula, mantiene y recrea las condiciones de la vida valiéndose también de los entes vivientes: es obvio que no podríamos sobrevivir sin entes vivientes que producen oxígeno y ellos tampoco sin nosotros que producimos sus nutrientes. En términos de Varela y Maturana, se trata de un sistema *autopoético*.⁴⁷

Más recientemente *Lovelock* se encarga de divulgar su teoría⁴⁸ y en un libro breve expone además la situación actual del planeta, señalando que nuestra intervención depredatoria, especialmente en la atmósfera, altera los equilibrios autorreguladores de *Gaia*, molestándola seriamente.

Desde esta perspectiva *no somos algo externo ni huéspedes de Gaia, sino parte de ella*. *Lovelock* rechaza airadamente el metáfora de la *nave espacial tierra*, según la cual esta sería algo muerto, una máquina, que tampoco es verdadera en el sentido de que no seríamos los tripulantes, sino como máximo unos pasajeros o polizones desconcertados. Somos parte de esa vida planetaria, parte del planeta y, como todas las otras partes, nos incumbe contribuir a la autorregulación y no perturbar sus finos equilibrios y reequilibrios.

46 Capra, Fritjof. *La rete della vita*. Milano, 1997, p. 269.

47 Varela, Francisco y Humberto Maturana. *De máquinas y seres vivos. Autopoiesis: la organización de lo vivo*, Santiago de Chile, 1997.

48 James Lovelock, *The Revenge of Gaia. Why the Earth is Fighting Back – and How We Can Still Save Humanity*. London, Penguin Books, 2006 (trad. *La venganza de la Tierra. Por qué la Tierra está rebelándose y cómo podemos todavía salvar a la humanidad*, Barcelona, Planeta, 2007).

Teniendo en cuenta que aparecimos como parte de este planeta en tiempos muy recientes, las consecuencias que de eso extrae Lovelock son bastante estremecedoras. Para graficar nuestra presencia en el tiempo se ha simulado la vida de la tierra, desde la formación del planeta en una semana, como en la Biblia, pero nosotros parecemos once segundos antes de la medianoche del último día y la historia escrita menos de un segundo antes de la medianoche.⁴⁹ La tesis de *Lovelock* es que si perturbamos demasiado el equilibrio planetario, *Gaia* decidirá toser o estornudar y prescindir de nosotros rápidamente, para permitir a la vida recomponerse en otros seres complejos menos incómodos o más cooperadores, lo que no deja de tener lógica si percibimos el fenómeno en dimensión temporal geológica.

V. El paso de *Gaia* a la ética

De la *hipótesis Gaia* se deriva una ética hacia *Gaia*, ensayada en alguna medida por todos los autores que se ocupan del tema, como corolario final de sus obras específicas. La perspectiva de una ética desde dentro de *Gaia* y como parte de ella configura un nuevo paradigma –sin ánimo de abusar de la palabra–, pues importa reconocer los derechos de todos los otros entes que comparten con nosotros la tierra y reconocerles –al menos– su derecho a la existencia y al pacífico desarrollo de sus vidas.

No se trata de un *ambientalismo* dirigido a proteger cotos de caza ni recursos alimentarios escasos para el ser humano, ni de proteger especies por mero sentimiento de piedad hacia seres menos desarrollados, sino de *reconocer* obligaciones éticas respecto de ellos, que se derivan de la circunstancia de componer conjuntamente un *todo vivo*, de cuya *salud* dependemos todos, humanos y no humanos. No se trata tampoco de limitar esos derechos a los animales, sino de reconocerlos a las plantas y a los seres microscópicos en tanto formamos parte de un *continuo* de vida, e incluso a la materia aparentemente inerte, que no es tan inerte como parece.

La ética derivada de la *hipótesis Gaia* como culminación del reconocimiento de obligaciones desde el *ambientalismo* incluye la del *animalismo* y

49 Véase Brower, David. *Let the Mountains Talk, Let the Rivers Run*. New York, 1995.

le redondea, pues le impide caer en contradicciones acerca de las que algunos animalistas se ven en figurillas: ¿Por qué no considerar que es contrario a la ética animalista que un pescador ponga un gusano vivo como carnada o permita que el pez la engulla y sufra muriendo con el anzuelo clavado? ¿Por qué no extremar las cosas y caminar desnudos cuidando el paso para no pisar hormigas y con tules en la boca para no engullir pequeñas vidas, al estilo jainista radical? La ética derivada de *Gaia* no excluye la satisfacción de necesidades vitales, pues la vida es un continuo en que todos sobrevivimos, pero excluye la crueldad por simple comodidad y el abuso superfluo e innecesario. Explica que no es lo mismo sacrificar animales para lucir costosos abrigos que pescar con carnada, y que es preferible hacerlo con carnada que hacerlo con redes y desperdiciar la mitad de los ejemplares recogidos para quedarse con los más valiosos en el mercado.

No puede llamar la atención que la *hipótesis Gaia*, tributaria de un evolucionismo que retorna y reinterpreta a *Darwin* –y descarta a *Spencer*– y que se rige por la regla de constante y mayor complejidad creciente, haya llamado la atención de autores teístas, precedidos por una fuerte corriente evolucionista, en la que se destacan desde la primera mitad del siglo pasado *Bergson* y *Teilhard de Chardin*.⁵⁰ Sin duda que esta recepción teológica de la ética de *Gaia* reavivará viejas polémicas, como la de *Jacques Monod* y *Teilhard*, que no hicieron más que reproducir en campo científico la disputa interna del existencialismo (*Sartre* y *Marcel*, por ejemplo).⁵¹ En definitiva esta disputa –¿programa o azar?– nos lleva a un terreno filosófico y ontológico muy lejano en el pensamiento occidental y que hunde sus raíces en el pensamiento de la India y en su discutida influencia sobre la filosofía griega. Es obvio que el debate queda abierto y reconocemos nuestra incapacidad para abrir cualquier juicio que no sea una mera opinión.

Lo cierto es que este paso se produce con un pensador de nuestra región –por añadidura un teólogo–, que adopta la hipótesis *Gaia* con particular profundidad en sus obras más recientes: *Leonardo Boff*.⁵²

50 Henri Bergson, *La evolución creadora*, Planeta, 1985; Pierre Teilhard de Chardin, *La aparición del hombre*, Madrid, 1963; en una línea semejante, Bernard Delgauw, *La historia como progreso*, Buenos Aires, 1968.

51 Al respecto, Heinemann, Fritz. *Existenzphilosophie lebendig oder tot?* Stuttgart, 1963, pp. 112-146.

52 Véase Leonardo Boff, *Do iceberg ao Arca de Noé, O nascimento de uma ética planetária*, Petrópolis, 2002; también *Civilização planetária, Desafios à sociedade e ao Cristianismo*, Rio de Janeiro, 2003; y *Homem: Sata ou anjo bom?*, Rio de Janeiro, 2008.

Boff asume la posibilidad –señalada por *Lovelock*– de que la tierra se sacuda este producto molesto que somos los humanos y que siga su proceso de complejización dando lugar en unos millones de años (que son poco en su vida) a otro ser inteligente. Hasta recuerda que *Theodor Monod* –el naturalista francés del Sahara– candidateaba para semejante desarrollo a los cefalópodos del fondo de los mares.⁵³ Ante esta perspectiva y la necesidad de cooperación como regla de la supervivencia, considera que es el capitalismo –esencialmente competitivo– el principal obstáculo para la salvación de la humanidad en la tierra y concluye que se impone un nuevo socialismo cooperador.

“La misma lógica –escribe– que explota clases y somete naciones es la que depreda los ecosistemas y extenúa el planeta Tierra. La Tierra –como sus hijos e hijas empobrecidos– precisa liberación. Todos vivimos oprimidos bajo un paradigma de civilización que nos exilió de la comunidad de vida, que se relaciona con violencia sobre la naturaleza y que nos hace perder la reverencia ante la sagrada y la majestad del universo.⁵⁴ Más adelante, expresamente asume *Gaia* y precisa su concepto: La Tierra es un organismo vivo, es la *Pachamama* de nuestros indígenas, la *Gaia* de los cosmólogos contemporáneos. En una perspectiva evolucionaria, nosotros, seres humanos, nacidos del humus, somos la propia Tierra que llegó a sentir, a pensar, a amar, a venerar y hoy a alarmarse. Tierra y ser humano, somos una única realidad compleja, como bien lo vieron los astronautas desde la Luna o desde sus naves espaciales.⁵⁵ También lo hace en otra parte: Nosotros no vivimos sobre la Tierra. Nosotros somos Tierra (“*adama-h-adam, humus-homo-homem*”), parte de la Tierra. Entre los seres vivos e inertes, entre la atmósfera, los océanos, las montañas, la superficie terrestre, la Biósfera y la antropósfera, rigen interrelaciones. No hay adición de todas estas partes, sino organicidad entre ellas.⁵⁶

Dejando entre paréntesis la interpretación teológica, creemos que en el futuro será indispensable la cita de *Boff* por la precisión con que sintetiza *Gaia* y la situación de la humanidad en el momento actual y en la

53 *Ibid.*, p. 79, 80.

54 *Ibid.*, p. 91.

55 *Ibid.*, p. 100.

56 *Civilização planetária, Desafios à sociedade e ao Cristianismo*, Río de Janeiro, 2003, p. 51; análogamente en *Homem, Sata ou anjo bom?*, Río de Janeiro, 2008, pp. 169 y 188.

perspectiva del tiempo geológico. También porque en dos palabras –y al pasar– resalta lo que de modo muy particular y desde nuestra región abre el salto de *Gaia* al derecho, y nada menos que al derecho constitucional: *Gaia es la Pachamama*.

VI. El paso al Derecho en el constitucionalismo andino: la *Pachamama* y el *sumak kawsay*

En el preámbulo de la *Constitución Política del Estado* boliviano, sometida al voto popular en 2009, se dice: *Cumpliendo con el mandato de nuestros pueblos, con la fortaleza de nuestra Pachamama y gracias a Dios, refundamos Bolivia.*

El artículo 33 prescribe: Las personas tienen derecho a un medio ambiente saludable, protegido y equilibrado. El ejercicio de este derecho debe permitir a los individuos y colectividades de las presentes y futuras generaciones, además de otros seres vivos, desarrollarse de manera normal y permanente. El artículo 34º complementa el anterior disponiendo: Cualquier persona, a título individual o en representación de una colectividad, está facultada para ejercer las acciones legales en defensa del medio ambiente, sin perjuicio de la obligación de las instituciones públicas de actuar de oficio frente a los atentados contra el medio ambiente.

Si bien este texto enuncia la cuestión ambiental como un derecho de carácter social y económico, encabezando el capítulo referido a tales derechos, y con ello parece inclinarse por la tendencia prevalente de considerarlo un derecho de los humanos, en su texto no deja de referirse a los *otros seres vivos*, lo que importa reconocerles derechos.

En cuanto a sus consecuencias prácticas, habilita a cualquier persona, de modo amplio, a ejercer las acciones judiciales de protección, sin el requisito de que se trate de un damnificado, que es la consecuencia inevitable del reconocimiento de personería a la propia naturaleza, conforme a la invocación de la *Pachamama* entendida en su dimensión cultural de *Madre Tierra*.

Más expresa e incuestionable aún es la *Constitución de la República del Ecuador* de 2008. En su preámbulo dice:

Celebrando a la naturaleza, la Pachamama, de la que somos parte y que es vital para nuestra existencia, y después señala que decide construir: Una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el *sumak kawsay*.

El capítulo VII se refiere a *Derechos de la naturaleza*, o sea que desde el título reconoce la cuestión medioambiental como propia de la naturaleza y a esta como titular de derechos.

En consonancia con esta posición, el artículo 71 dispone:

La naturaleza o Pachamama, 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.

Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observarán los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda. // El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema

Es clarísimo que en ambas constituciones la Tierra asume la condición de *persona*, en forma expresa en la ecuatoriana y tácita en la boliviana, pero con iguales efectos en ambas: cualquiera puede reclamar sus derechos, *sin que se requiera que sea afectado personalmente, supuesto que es primario si se la considerase un derecho exclusivo de los humanos*.

El *sumak kawsay* es una expresión quechua que significa *buen vivir* o *pleno vivir* y cuyo contenido no es otra cosa que la ética –no la moral individual– que debe regir la acción del estado y conforme a la que también deben relacionarse las personas entre sí y en especial con la naturaleza. No se trata del tradicional *bien común* reducido o limitado a los humanos, sino del bien de todo lo viviente (si se prefiere se diría hoy respeto a la *biodiversidad*) incluyendo por supuesto a los humanos, entre los que exige complementariedad y equilibrio, no siendo alcanzable individualmente.

Entre el avance de una civilización depredatoria, en la que hace más de medio siglo alguien detectó los signos de una neurosis civilizatoria, como resultado de su incapacidad para incorporar la muerte, traducida en

la acumulación ilimitada de bienes,⁵⁷ y un modelo de convivencia con todos los seres vivientes dentro de la Tierra, el nuevo constitucionalismo latinoamericano opta por el segundo camino, proclamando coyunturalmente el rechazo al fundamentalismo de mercado de las últimas décadas del siglo pasado, aunque desde una perspectiva mucho más amplia y universal.

De este modo, *Gaia*, que entre nosotros se llama *Pachamama* y no llega de la mano de elaboraciones científicas sino como resurgimiento de la cultura ancestral de convivencia en la naturaleza, se incorpora al derecho constitucional como otro aporte del constitucionalismo latinoamericano al universal, así como en Querétaro –en 1917– se inauguró nada menos que el constitucionalismo social.

Más de quinientos años de colonialismo, neocolonialismo, genocidio y dominación, no pudieron borrar de las culturas de los pueblos andinos el culto a la tierra y el ideal de convivencia armoniosa del *sumak kawsay*, que hoy –removidas las capas que lo oprimían– vuelve a la superficie como mensaje al mundo y en especial a la especie humana en riesgo de colapso y extinción.

No caben muchas dudas acerca de la minimización –e incluso ridiculización– que pretenderá hacerse respecto de estas incorporaciones, a las que seguramente se tildarán como mera expresión de *folklorismo*. No olvidemos que el cambio de paradigma jurídico más importante del siglo pasado se estableció en un instrumento con escaso valor positivo en su momento y con una fórmula aparentemente simple y elemental: *todo ser humano es persona*. De ese modo, la comunidad internacional archivó el paradigma racista en el artículo primero de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.

Por otra parte, cabe observar al respecto que la más creativa tendencia de la doctrina del derecho constitucional europeo contemporáneo releva muy particularmente la cultura constitucional y defiende la idea de la formación de una cultura constitucional europea pero también universal y las recíprocas influencias. El más lúcido sostenedor de esta tesis –y atento comparatista– es Häberle, quien sostiene que junto a los tres capítulos tradicionales de la teoría del estado (pueblo, poder y territorio) es menester

57 Véase Brown, O. Norman, *La vita contro la morte. Il significato psicoanalitico della storia*. Bompiani, 1986.

incorporar la *cultura* y con ella incorpora nada menos que la *Constitución*. Claramente expresa que el poder del estado debe entenderse como cultural y no como un *factum brutum*, que no se trata de un fenómeno natural sino cultural.⁵⁸

En esta circunstancia del mundo –con la supervivencia humana en emergencia– y en trance de sancionar constituciones para pueblos cuya cultura ancestral sobrevivió en las más negativas contingencias, verificando con su resistencia su potencial cultural, puestos a definir la posición del ser humano en la naturaleza y a señalar el camino de convivencia y armonía, no es concebible que se marginen del texto legal los elementos claves con que esas culturas rigen esas relaciones. No se trata de una incorporación antojadiza y simbólica, de una ocurrencia vernácula, sino de una definición que emerge de la cultura tradicional del pueblo esencial a la idea moderna de *Constitución*.

Desde la perspectiva culturalista del más puro constitucionalismo europeo se ratificaría que una Constitución auténticamente andina –una expresión cultural– no puede menos que aportar su cultura a los más acuciantes problemas de la humanidad. Más aún: si no lo hiciese, estaría negando uno de los elementos que la doctrina postula como indispensables para la renovación de la teoría del Estado.

VII. ¿La Pachamama no es un arquetipo?

La *Pachamama* es una deidad protectora –no propiamente creadora, interesante diferencia– cuyo nombre proviene de las lenguas originarias y significa *Tierra*, en el sentido de *mundo*. Es la que todo lo da, pero como permanecemos en su interior como parte de ella, también exige reciprocidad,

58 Véase Peter Häberle, *El Estado constitucional*, México, UNAM, 2003, p. 21. En castellano puede verse también: *Nueve ensayos constitucionales y una lección jubilar*, Lima, 2004; Diego Valadés (comp.), *Conversaciones académicas con Peter Häberle*, UNAM, 2006. Del mismo autor *Das Grundgesetz zwischen Verfassungsrecht und Verfassungspolitik. Ausgewählte Studien zur vergleichenden Verfassungslehre in Europa*, Baden-Baden, 1996; *Die Verfassung des Pluralismos. Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, Athenäum, 1980; *Kommentierte Verfassungsrechtsprechung*, Athenäum, 1979.

59 Véase Merlino, Rodolfo y Mario Rabey. *Pastores del Altiplano andino meridional: religiosidad, territorio y equilibrio ecológico*. Cusco, Allpanchis, 1983, 21, pp. 149-171.

lo que se pone de manifiesto en todas las expresiones rituales de su culto.⁵⁹ Con ella se dialoga permanentemente, no tiene ubicación espacial, está en todos lados, no hay un templo en el que *vive*, porque es la vida misma. Si no se la atiende cuando tiene hambre o sed, produce enfermedades. Sus rituales, justamente consisten en proporcionarle bebida y comida (*challaco*).

Pachamama es la naturaleza y se ofende cuando se maltrata a sus hijos: no le gusta la caza con armas de fuego. Aparecen acólitos o descendientes de ella en forma de enanos que defienden a las vicuñas en las serranías y a los árboles en las selvas. No impide la caza, la pesca y la tala, pero si la depredación, como buena reguladora de la vida de todos los que estamos en ella. *Pacha* les permitió vivir, sembrar, cazar (aunque no en tiempos de *veda*), construir sus terrazas para aprovechar las lluvias, y les enseñó a usar de la naturaleza, es decir de ella misma –que también somos nosotros–, pero en la medida necesaria y suficiente.

La ética derivada de su concepción impone la cooperación. Se parte de que en todo lo que existe hay un impulso que explica su comportamiento, incluso en lo que parece materia inerte o mineral y, con mayor razón, en lo vegetal y animal, de lo que resulta que todo el espacio cósmico es viviente y está movido por una espiritualidad que conduce a relaciones de cooperación recíproca entre todos los integrantes de la totalidad cósmica.⁶⁰ Esta fuerza es *Pacha*, que es todo el cosmos y también es todo el tiempo. Así como *Pacha* es la totalidad, también es la poseedora del espíritu mayor: *Pacha y su espíritu son uno solo aunque todos participamos de su espíritu*.⁶¹

No dudamos que se intentará desvalorar su invocación constitucional por otra vía, o sea, subestimando a la propia *Pachamama*, reduciéndola a un arquetipo nada original.

Es verdad que a lo largo y a lo ancho de nuestra América habitan *entidades* sobrehumanas que representan el principio femenino y son parte de la naturaleza y la defienden. La *Madre Tierra* es un eje cultural cordillerano, que arranca al norte en México con *Tonantzin*. En el lugar de su templo en Tepeyac se le presenta a Juan Diego –no por azar un indio– la Virgen de Guadalupe, con la que se sincretizó asumiendo el carácter de un símbolo nacional, bajo cuyo estandarte el cura *Hidalgo* proclamó la independencia y

60 Véase Roel Pineda, Virgilio. *Cultura peruana a historia de los Incas*. Lima, 2001, pp. 331-332.

61 *Ibid.*, p. 333.

los soldados revolucionarios de *Emiliano Zapata* entraron en la ciudad de México.⁶² Al sur, la *Pachamama* entra al territorio argentino por el noroeste y más al sur –en Cuyo– renace en el culto de la *Difunta Correa*, donde no es difícil reconocer a la *Madre Tierra* en el relato de la mujer que ya muerta de sed en el desierto sigue amamantando a su niño.

No existe un paralelo exacto en el panteón africano trasplantado por el genocidio esclavista, pero todas sus *entidades* son fuerzas de la naturaleza que operan en el humano, lo que puede observarse en Brasil⁶³ y en el Caribe,⁶⁴ y como cultos de posesión, al descender en el humano verifican su unidad con la naturaleza al tiempo que dignifican el cuerpo.

Si bien es posible sostener que *Pachamama* sea un arquetipo en la forma en que los conceptuó Jung, quien expresamente se refirió a la *Gran Madre*⁶⁵ en un sentido muy amplio y tan abarcativo como *Gaia*: para Jung *materia* era una versión racional o científica de *Madre*, la esencia del todo. Lejos de minimizar su significación, la tesis de Jung le otorga la jerarquía universal de pertenencia al *inconsciente colectivo* común a toda la humanidad.

De aceptarse la discutida tesis de Jung acerca del inconsciente colectivo acerca de la que no abrimos juicio–, la *Pachamama* sería la manifestación concreta de un vestigio de la evolución humana marcado en forma indeleble en todos los humanos,⁶⁶ que por algo fundamental –como pueden ser las experiencias elementales de supervivencia– habría quedado tan profundamente sellado en todos nosotros. La incorporación de la *Pachamama* al derecho constitucional sería nada menos que la de un arquetipo universal existente en todo humano como resultado de las experiencias de supervivencia de la especie a lo largo de la evolución.

62 Véase Lafaye, Jacques. *Quetzalcóatl y Guadalupe: la formación de la conciencia nacional en México*. México, 1983.

63 Véase A. Gromiko, *As religiões da África, Tradicionais e sincréticas*, Moscú, 1987; Roger Bastide, *As religiões africanas no Brasil*, São Paulo, 1971; Rita Laura Segato, *Santos e Daimones, O politeísmo afro-brasileiro e a tradição arquetípica*, Brasília, 2005; Waldemar Valente, *Sincretismo afro-brasileiro*, São Paulo, 1977.

64 Véase Davis, Martha Ellen. *La otra ciencia: el vudú dominicano como religión y medicina popular*. Santo Domingo, 1987.

65 Véase Jung, Carl Gustav. *L'uomo e i suoi simboli*. Firenze-Roma, 1967, pp. 79-84, etc.

66 Una síntesis de la teoría de los arquetipos en Da Silveira, Nise. *Jung, vida e obra*. Río de Janeiro, 1978.

VIII. Consecuencias prácticas: casos y dudas, perspectivas

Puede pensarse que las disposiciones de las nuevas constituciones tendrán un carácter simbólico importante, pero que carecen de consecuencias prácticas diferenciales respecto del derecho constitucional ambiental de las últimas décadas. Sin embargo, creemos que esto no es verdad en el plano práctico.

En principio –como vimos– la consecuencia de que cualquiera puede accionar en defensa de la naturaleza, sin que sea menester invocar –y menos probar– la condición de damnificado, provocará que diferentes personas, según sus simpatías con los entes naturales no humanos, ejerzan acciones en su defensa. El temor de *Ferrater Mora* acerca del reconocimiento de sujetos de derecho a la materia inerte de las montañas y los ríos, se habría concretado. Habrá quien sin ser pescador defienda la subsistencia de una especie de peces en un río frente a la pretensión de construir represas que los extingan, quien pueda accionar en defensa de los pájaros amenazados por pesticidas, quien lo pueda hacer enfrentando la pesca o la caza industrial, su práctica en tiempos de reproducción.

Pero no se trata únicamente de este reconocimiento de personería en estrados de todo humano, sino que en cuanto al propio contenido del derecho se producen efectos importantes.

La naturaleza puede ser usada para vivir, pero no suntuariamente para lo que no es necesario. La infinita creación de necesidades artificiales que sostienen el crecimiento ilimitado del consumo estaría limitada por el criterio del *sumak kawsay*.

Y lo más importante es que, al reconocerle a la naturaleza el carácter de sujeto de derechos, adquiere esta la condición de *tercero agredido* cuando se la ataque ilegítimamente y, por ende, habilita el ejercicio de la legítima defensa en su favor (legítima defensa de terceros). Sentadas, colocación de obstáculos al avance de maquinarias de desmonte, etc., serán conductas lícitas en la medida en que sean defensivas de agresiones ilegítimas a la naturaleza.

En el ámbito del *derecho civil*, la propiedad de animales necesariamente sufrirá restricciones. Sus titulares incurrirán en un *abuso* ilícito cuando ofendan a la *Tierra* haciendo sufrir sin razón a sus hijos no humanos, con

lo cual por esta vía ingresan todos los planteamientos de los *animalistas*. También sufrirá limitaciones la propiedad fundiaria, cuando la conducta del propietario altere los finos procesos regulativos (quemazones, deforestación, pesticidas altamente tóxicos, etc.) o cuando con monocultivos perjudiquen la biodiversidad o pongan en peligro especies. En el plano de la propiedad intelectual será menester replantear el *patentamiento* de animales y plantas, porque estos no pertenecen a ningún humano, sino a la naturaleza.

No pocos serán los conflictos que deban definir los jueces para precisar los límites del derecho de la naturaleza en cada caso concreto. ¿Tienen los ríos el derecho de conservar sus cauces naturales o pueden ser desviados? ¿Tienen las montañas el derecho a preservar sus laderas o pueden ser lesionadas con extracciones ilimitadas o rasuradas extinguendo la vegetación natural?

La *necesidad* –eterna celestina de todas las matanzas y guerras– deberá evaluarse conforme a las condiciones humanas de supervivencia y no a la conveniencia de pura obtención de mayores réditos. La explotación artesanal no tendrá problemas, pero la industrial será siempre un semillero de pleitos.

Una nueva jurisprudencia deberá iniciarse, cuyas consecuencias prácticas son de momento difíciles de prever, pero lo cierto es que no responderá a los criterios que hasta el presente se vienen manejando. La incorporación de la naturaleza al derecho constitucional en carácter de sujeto de derecho abre un nuevo capítulo en la historia del derecho.

IX. *Gaia* y la *Pachamama*: dos caminos que se encuentran

Gaia llega de Europa y la *Pachamama* es nuestra, pero esos son solo *nombres de la Tierra*, en la que no solo estamos, sino que formamos parte de ella. Se trata de un encuentro entre una cultura científica que se alarma y otra tradicional que ya conocía desde siglos el peligro que hoy le vienen a anunciar y también su remedio.

Europa corporativizó sus sociedades, aprovechó inventos chinos y árabes, desarrolló una tecnología de navegación y guerra de punta y

emprendió una empresa de dominio planetario, llevando a cabo horribles crímenes contra la humanidad en América y África, aniquilando poblaciones, reduciendo al mínimo otras y transportando esclavos, para obtener bienes que eran escasos en su territorio, especialmente materias primas y medios de pago. De esta forma se fue consolidando una civilización industrial, con centro dominante y periferia dominada.

Sus pensadores le cantaron racionalizaciones en el entendimiento de que este proceso indicaba sin ninguna duda su superioridad. Dos vertientes se despliegan en este sentido: una idealista y otra materialista. La primera corresponde a *Hegel* y la segunda a *Spencer*.

Hegel fue sin duda el ideólogo más fino del dominio centronórdico europeo del planeta. Para este filósofo el *Geist* –el *espíritu*–, lejos de estar en todo, es un impulso que avanza solo en la humanidad y lo lleva adelante una parte de ella. La historia es una suerte de flecha que sube y, naturalmente, en la punta se halla su propia cultura –es el máximo exponente del etnocentrismo– y parecen ser un accidente (hoy se los llamaría *efectos colaterales*) los genocidios cometidos el camino del *Geist*.

En su ascenso imparable el fantasmagórico y criminal *Geist* hegeliano no solo mata a millones de personas, sino que también va dejando a su vera a todas las culturas que somete o subestima: por supuesto, nuestra América no tiene historia, es inferior en todo –incluso geográfica y zoológicamente, hasta la carne vacuna aquí es despreciable, nuestras montañas corren equivocadas, etc.– y nuestros indios son estúpidos y *fallecen* al ponerse en contacto con el conquistador⁶⁷ y los que sobreviven deben ser tratados como *niños*; los africanos están en estado de naturaleza, no tienen moral y practican los peores crímenes;⁶⁸ los árabes, mestizos o aculturados musulmanes son fanáticos, decadentes y sensuales sin límites;⁶⁹ los judíos tienen una religión que les impide alcanzar la auténtica libertad, pues están sumergidos en el *servicio riguroso*,⁷⁰ los asiáticos apenas están un poco más avanzados que los negros⁷¹ y los latinos nunca alcanzaron el

67 Hegel, G. W. F. *Lecciones sobre la filosofía de la historia universal*. Trad. José Gaos. Madrid, Alianza, 1980, p. 169.

68 *Ibid.*, p. 177.

69 *Ibid.*, p. 596.

70 *Ibid.*, p. 354.

71 *Ibid.*, p. 215.

período del mundo germánico, que es ese estadio que *se sabe libre queriendo lo verdadero, eterno y universal en sí y por sí*.⁷²

Por el lado del biologismo organicista se desplazó otra legitimación del dominio europeo pocas décadas después de *Hegel*, que fue la de *Herbert Spencer*. Como se ha visto, la visión del evolucionismo spenceriano era catastrofista, o sea que afirmaba que se avanzaba merced a catástrofes –desde lo geológico a lo biológico y de este a lo social– y que sobrevivían los mejor dotados, o sea, los biológicamente superiores. La ley del progreso indicaba una marcha constante de lo homogéneo o lo heterogéneo, desde la cosmogénesis hasta los seres humanos, claramente divididos en la raza blanca superior y las razas inferiores. Estas razas inferiores podían evolucionar, pero para ello era necesaria la tutela de las razas biológicamente más evolucionadas. La diferencia entre los individuos de las razas superiores, que se separaban del tipo humano, mostraba su mayor heterogeneidad y, por ende, su mayor evolución, en tanto que los inferiores se parecían muchísimo entre sí. Los niños eran inferiores y por eso se asemejaban más entre ellos y presentaban algunos caracteres de las razas menos heterogéneas.⁷³

Spencer y Hegel no dudaban de su posición en la punta de la evolución biológica y era esta la que legitimaba el neocolonialismo.

Dos caminos diferentes para la legitimación de una civilización que practicó los peores crímenes de la historia y que promovió un sistema de producción que depreda el planeta y que en menos de un siglo alteró las relaciones de equilibrio de *Gaia* o *Pachamama* en mucha mayor medida que en todos los siglos anteriores. Cabe observar que todas las culturas que en el curso del avance de su dominio fue descartando respondían a reglas éticas que les hubiesen impedido protagonizar semejante destrucción, entre las cuales se hallaban –por supuesto– nuestras culturas originarias, consideradas *infantiles*. Uno con indiferencia frente a los genocidios, otro justificándolos como necesidad de seleccionar a los más aptos, las dos vertientes del pensamiento colonizador europeo se desentendieron no solo de la *Tierra* sino de los propios seres humanos.

72 *Ibid.*, p. 657.

73 De *Herbert Spencer*, en particular *El progreso, su ley y su causa*, en *Estudios políticos y sociales*, Sevilla, 1886, pp. 55 ss.; *La justicia; El universo social. Sociología general y descriptiva*, adaptación española de Salvador Sanpere y Miquel, Barcelona, 1883.

Esa misma civilización y su tecnología está hoy vivamente alarmada y sus mentes más lúcidas advierten sobre la posibilidad de la *venganza de Gaia*. Y en esta *tierra de niños* vienen a coincidir con la sabiduría ancestral de los despreciados como *inferiores* por ambas vertientes. Y es en esta latitud –propia de las pretendidas razas consideradas por su soberbia inferiores o sin historia– donde por vez primera se consagra en las constituciones la personalidad jurídica de la naturaleza, con la naturalidad que brinda una cosmovisión quizá anclada en el resabio inconsciente de la experiencia de miles de años de supervivencia, pero en cualquier caso central en su cultura.

Se trata de una feliz coincidencia de centro y periferia del poder planetario que debe celebrarse, en la esperanza de que aún se produzca a tiempo.

Bibliografía

- Allen, Robert. *Salvare il mondo: una strategia per la conservazione della Natura*. Milano, 1981.
- Alleva, Enrico. *La mente animale: un etologo e i suoi animali*. Torino, Bastide Roquer 2007.
- Bastide, Roger. *As religiões africanas no Brasil*. São Paulo, 1971.
- Battaglia, Luisella. *Etica e animali*. Napoli, 1998.
- Bekoff, Mark. *Nosotros los animales*. Madrid, 2003.
- Bergson, Henri. *La evolución creadora*. Planeta, 1985.
- Binding, K. y Hoche, A. *Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens*. Leipzig, 1920.
- Boff, Leonardo. *Homem: Sata ou anjo bom?*, Rio de Janeiro, 2008.
- _____. *Civilização planetária, Desafios à sociedade e ao Cristianismo*. Rio de Janeiro, 2003.
- _____. *Do iceberg ao Arca de Noé, O nascimento de uma ética planetária*. Petrópolis, 2002.
- Bourdon, Isidoro. *La physiognomonie et la phrénologie, ou connaissance de l'homme d'après les traits de visage et les reliefs du crâne: examen critique des systèmes d'Aristote*. de Porta, de la Chambre, de Camper, de Lavater, de Gall et de Spurzheim. París, 1842.
- Brooman, Simon y Debbie Legge. *Law relating to animals*. London, 1997.
- Brower, David. *Let the Mountains Talk, Let the Rivers Run*. New York, 1995.
- Brown, Lester R. *El estado del mundo*. México, 1988.
- Brown, Norman O. *La vita contro la morte, Il significato psicoanalitico della storia*. Bompiani, 1986.
- Cançado Trindade, Antônio Augusto. *Directos Humanos e meio-ambiente. Paralelo dos sistemas de proteção internacional*. Porto Alegre, 1993.
- Capra, Fritjof. *La rete della vita*. Milano, 1997.
- Cardozo Dias, Edna. *A tutela jurídica dos animais*. Belo Horizonte, 2000.
- _____. *Manual de Crimes Ambientais*. Belo Horizonte, 1999.
- Castignone, Silvana. *I Diritti degli animali*. Il mulino, 1988.

- Cavalieri, Paola. *La questione animale. Per una teoria allargata dei diritti umani*. Torino, 1999.
- Celli, Giorgio. *I sette peccati capitali degli animali*. Milano, 2006.
- Chakravarty, Achin. *Servepalli Radakrishnan, Storia della Filosofia Orientale*. Feltrinelli, 1978, T. I.
- Christianne Bernardo. “Medio ambiente e vitimização”. *Kosovski/Piedade/ Roitman, Estudos de vitimologia*. Rio de Janeiro, Soc. Brasileira de Vitimologia, 2008.
- Dalle Nogare, Pedro. *Humanismos e Anti-humanismos, Introduçao à antropología filosófica*. Petrópolis, 1983.
- Davis, Martha Ellen. *La otra ciencia: el vudú dominicano como religión y medicina populares*. Santo Domingo, 1987.
- Delgaauw, Bernard. *La historia como progreso*. Buenos Aires, 1968.
- De Rivacoba y Rivacoba, Manuel. *Krausismo y derecho*. Santa Fe.
- Derrida, Jacques. *El animal que luego estoy si(gui)endo*. Madrid, 2008.
- Dotti, René Ariel. *A proteção penal do meio ambiente*. Curitiba, Instituto dos Advogados de Paraná, 1978.
- Fajardo, Ricardo y Alexandra Cárdenas. *El derecho de los animales*. Bogotá, 2007.
- Ferrater Mora, José y Priscilla Cohn. “Los derechos de los animales”. *Ética aplicada, del aborto a la violencia*. Madrid, 1981.
- Ferri. *I delinquenti nell'arte ed altre saggi di scienza ed arte*. Torino, 1926.
- Ludovico, Galleen, Francesco Viola y Francesco Conigliaro. *Animali e persone: ripensare i diritti*. Milano, 2003.
- Garaudy, Roger. *Ainda é tempo de viver*. Rio de Janeiro, 1980.
- Giovannini, Favio. *Le radici del verde. Saggi critici sul pensiero ecologista*. Bari, 1991.
- Gromiko, Andrei. *As religiões da África, Tradicionais e sincréticas*. Moscú, 1987.
- Häberle, Peter. *El Estado constitucional*. México, UNAM, 2003.
- _____. *Nueve ensayos constitucionales y una lección jubilar*. Lima, 2004.
- Haeckel, V. Ernst. *Die Welträtsel, Gemeinverständliche Studien über ministerische Philosophie*. Leipzig, 1909.
- _____. *El origen de la vida*. Barcelona, 1908.
- Hegel, George Wilhelm Friedrich. *Lecciones sobre la filosofía de la historia universal*. Trad. José Gaos. Madrid, Alianza, 1980.

- Heinemann, Fritz. *Existenzphilosophie lebendig oder tot?* Stuttgart, 1963.
- Hobbes, Thomas. *Leviathan*. London, 1985.
- Jung, Carl Gustav. *L'uomo e i suoi simboli*. Firenze-Roma, 1967.
- _____. *Nise Da Silveira, vida e obra*. Rio de Janeiro, 1978.
- Kant, Immanuel. *Die Metaphysik der Sitten. Werkausgabe*, herausg. von W. Weischedel, XI. Frankfurt, 1977.
- _____. *La paz perpetua: ensayo filosófico*. Madrid-Barcelona, 1919.
- Kolbert, Elizabeth. *La catástrofe que viene*. Planeta, 2006; Martin Rees, *Il secolo finale*. Milano, 2004.
- Lafaye, Jacques, *Quetzalcóatl y Guadalupe: la formación de la conciencia nacional en México*. México, D. F., 1983.
- Laszlo, Ervin. *La última oportunidad*. Madrid, 1985.
- Le Bras-Chopard, Armella. *El Zoo de los filósofos*. Madrid, 2003.
- Lefort, Edouard. *Le type criminel d'après les savants et les artistes*. Lyon-París, s.d.
- Lorenzetti, Ricardo Luis. *Teoría del derecho ambiental*. Buenos Aires, 2008.
- Lovelock, James. *Homenaje a Gaia: la vida de un científico independiente*. Pamplona, 2006.
- _____. *The Revenge of Gaia. Why the Earth is Fighting Back – and How We Can Still Save Humanity*. London, Penguin Books, 2006.
- Mahadevan, T.M.P. *Invitación a la Filosofía de la India*. México, D. F., 1991.
- Mainardi, Danilo. *Nella mente degli animali*. Milano, 2006.
- Manes, Christopher. *Other Creations, Rediscovering the Spirituality of Animals*. New York, 1997.
- Mannuci, Anna e Mariachiara Tallacchini. *Per un codice degli animali*. Giuffrè, 2001.
- Margulis, Lynn y Sagan, Dorion. *Microcosmos, cuatro mil millones de años de evolución desde nuestros ancestros microbianos*. Barcelona, 2008.
- McKibben, Hill. *El fin de la naturaleza*. Barcelona, 1990.
- Myers, Norman, coord. *Gaia: el Atlas de la gestión del planeta*. Madrid, 1994.
- Paccino, Dario. *L'imbroglio ecologico*. Einaudi, 1972.
- Pániker, Agustín. *El Jainismo: historia, sociedad, filosofía y práctica*. Barcelona, 2001.
- Passmore, John. *La responsabilidad del hombre frente a la naturaleza*. Madrid, 1978, p. 29.

- Pastoreau, Michel. *Una historia simbólica de la Edad Media occidental*. Buenos Aires, 2006.
- Pierini, Alicia Lorences, Valentín y Comparatore, Luis. *Derecho ambiental*. Buenos Aires, 2007.
- Pineda, Virgilio Roel. *Cultura peruana a historia de los Incas*. Lima, 2001.
- Regan, Tom. *I diritti animali*. Garzanti, 1990.
- Merlino, Rodolfo y Mario Rabey. *Pastores del Altiplano andino meridional: religiosidad, territorio y equilibrio ecológico*. Cusco, Allpanchis, 1983.
- Roszak, Theodore. *Persona/Planeta*. Madrid, 1978.
- Rozitchner, León. *La cosa y la cruz: cristianismo y capitalismo (En torno a las "Confesiones" de San Agustín)*. Buenos Aires, 1997.
- Sánchez Gómez, Narciso. *Derecho ambiental*. México, D. F., 2004.
- Sapolsky, Robert M. *Memórias de um primate, A vida pouco convencional de um neurocientista entre os babuínos*. São Paulo, 2004.
- Schopenhauer, Arthur. *Voluntad en la Naturaleza*. Trad. Miguel de Unamuno, Buenos Aires, 1969.
- Scruton, Roger. *¿Gli animali hanno diritti?* Milano, 2008.
- Segato, Rita Laura. *Santos e Daimones, O politeísmo afro-brasileiro e a tradição arquetípica*. Brasília, 2005.
- Singer, Peter. *Ethics and Animal Liberation*. Oxford, 1985.
- Skrotzky, Nicolas. *Guerres: crimes écologiques*. París, 1991.
- Spedding, D.J. *Contaminación atmosférica*. Barcelona, 1981.
- Spencer, Herbert, en particular "El progreso, su ley y su causa". *Estudios políticos y sociales*. Sevilla, 1886.
- _____. *La justicia, el universo social. Sociología general y descriptiva*. Adaptación española de Salvador Sanpere y Miquel. Barcelona, 1883.
- _____. *La justicia*. Trad. Adolfo Posada. Madrid, La España Moderna, s.d.
- Stone, Christopher D. *Should Trees Have Standing?* California, Los Altos, 1974.
- Supreme Court U.S. *Dred Scout v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1856).
- Tamames, Kepa. *Tú también eres un animal*. Madrid, 2007.
- Teilhard de Chardin, Pierre. *La aparición del hombre*. Madrid, 1963.
- Triffterer, Otto. *Umweltstrafrecht, Einführung und Stellungnahme zum Gesetz zur Bekämpfung der Umweltkriminalität*. Baden-Baden, 1980.

- Valadés, Diego, comp. *Conversaciones académicas con Peter Häberle*. UNAM, 2006.
- _____. *Das Grundgesetz zwischen Verfassungsrecht und Verfassungspolitik Ausgewählte Studien zur vergleichenden Verfassungslehre in Europa*. Baden-Baden, 1996.
- _____. *Die Verfassung des Pluralismos. Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*. Athenäum, 1980.
- _____. *Kommentierte Verfassungsrechtsprechung*. Athenäum, 1979.
- Valente, Waldemar. *Sincretismo afro-brasileiro*. São Paulo, 1977.
- Varela, Francisco y Humberto Maturana. *De máquinas y seres vivos. Autopoiesis: la organización de lo vivo*. Santiago de Chile, 1997.
- Varna, J. y Jain, S., Saman Suttam. *Il canone del jainismo*. Mondadori, 2001.
- Von Bertalanffy, Ludwig. *Teoría de los sistemas: fundamentos, desarrollo, aplicaciones*. México, D. F., 1993.
- Von Hippel, Robert. *Die Tierquälerei in die Strafgesetzgebung des In- und Auslandes, historisch, dogmatisch und kritisch dargestellt, nebst Vorschlägen zur Abänderung des Reichsrechts*. Berlín, 1891.

Colaboradores

Luis Fernando Ávila Linzán. Abogado, Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE). Magíster en derecho constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Diplomado en derechos humanos, Instituto Raoul Wallenberg, Suecia-Costa Rica. Diplomado en derecho indígena y pluralismo jurídico. Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (Flacso). Máster en estudios políticos (c) (Flacso). Actualmente, coordinador de la relatoría de la Corte Constitucional y secretario ejecutivo de la Red por el Constitucionalismo Democrático (RCD) Sede Ecuador.

Correo electrónico: *ecuadorconstitucional@yahoo.com*

Jorge Benavides Ordóñez. Licenciado en ciencias jurídicas y abogado, Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE). Diploma superior en derecho constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Máster en derecho constitucional (c), Universidad de Sevilla. Exbecario de Fundación Carolina. Actualmente Asesor Institucional Jurisdiccional de la Corte Constitucional del Ecuador. Profesor de derecho constitucional II, Universidad de Los Hemisferios.

Correo electrónico: *benavidesordonez@yahoo.es*

Gina Chávez Vallejo. Doctora en derecho, Universidad Central del Ecuador. Magíster en derecho constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Estudios de doctorado en derecho, Universidad de Valencia. Profesora titular en el área de derecho constitucional, Instituto de Altos Estudios Nacionales. Profesora adjunta de Flacso, Sede Ecuador. Investigadora en temas constitucionales, derechos colectivos y derechos humanos.

Correo electrónico: *gina.chavez@iaen.edu.ec*

Agustín Grijalva Jiménez. Doctor en jurisprudencia, Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE). Máster en ciencias políticas, University of Kansas, Lawrence. Doctor en ciencia política, University of Pittsburgh. Docente del área de derecho y coordinador de la especialización superior en derecho constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Actualmente es miembro del Consejo de Educación Superior del Ecuador.

Correo electrónico: *agustin.grijalva@gmail.com*

Rubén Martínez Dalmau. Doctor en derecho. Investigador del departamento de derecho constitucional, ciencia política y de la administración, *Universitat de València*.

Correo electrónico: *martinezdalmau@gmail.com*

Jacqueline Ortiz Andrade. Licenciada y estudios de maestría en derecho, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Profesora de filosofía del derecho de la facultad de derecho de la UNAM.

Correo electrónico: *jortiz_79@hotmail.com*

Pier Pigozzi. Abogado, Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE). Máster en derecho, University of Notre Dame. Ha sido profesor de derecho constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (Sede Ibarra-PUCE-SI). Actualmente es investigador asociado del Centro de Derechos Civiles y Humanos de la Universidad de Notre Dame, Indiana.

Correo electrónico: *Pier.P.Pigozzi.1@nd.edu*

José Tomás Sánchez Jaime. Licenciado en filosofía, Universidad del Valle de Atemajac, Guadalajara, México, D. F. Licenciado en historia, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla. Doctor en filosofía, Universidad de Salamanca. Candidato a doctor en historia, Universidad de Salamanca. Catedrático de la Universidad San Francisco de Quito y de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

Correo electrónico: *jotosaja@hotmail.com*

Roberto Viciana Pastor. Doctor de derecho constitucional y catedrático de derecho constitucional, Universitat de València. Titular de la cátedra Jean Monnet sobre Instituciones Comunitarias. Preside la Fundación Centro de Estudios Políticos y Sociales (CEPS).

Correo electrónico: *roberto.viciana@uv.es*

Eugenio Raúl Zafaroni. Docente y director del departamento de derecho penal y criminología de la facultad de derecho, Universidad de Buenos Aires.

Correo electrónico: *matiasbailone@gmail.com*

ISBN: 978-9978-92-998-8



9 789978 929988



www.corteconstitucional.gob.ec