

La Constitución del 2008 en el contexto andino.  
Análisis desde la doctrina y el derecho comparado



---

SERIE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

---

NEOCONSTITUCIONALISMO Y SOCIEDAD

La Constitución del 2008 en el contexto andino.  
Análisis desde la doctrina y el derecho comparado

Ramiro Ávila Santamaría,  
*Editor*



Dr. Gustavo Jalkh Róbens  
Ministro de Justicia y Derechos Humanos

**Ministerio de Justicia y Derechos Humanos**

Av. Amazonas y Atahualpa  
Edif. Anexo al Ex Banco Popular  
Telf: (593) 2 2464 929  
Fax: 2469914  
[www.minjusticia-ddhh.gov.ec](http://www.minjusticia-ddhh.gov.ec)

ISBN: 978-9978-92-651-2  
Derecho de autor: 029857  
Ramiro Ávila Santamaría, *Editor*  
Imprenta: V&M Gráficas (02 3201 171)

Quito, Ecuador, 2008  
1ra. edición: noviembre 2008

# Ecuador Estado constitucional de derechos y justicia

Ramiro Ávila Santamaría

---

## Sumario

I. Introducción. II. El Estado constitucional. III. El Estado de justicia. IV. El Estado de derechos: 4.1. La pluralidad jurídica. 4.2. La centralidad de los derechos en la Constitución. V. Conclusiones

---

## I. Introducción

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

La Constitución del 2008 proclama que “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia (...)”. El calificativo de Estado consti-

tucional no lo tiene país alguno de la región, el de derechos tampoco, y el de justicia lo apreciamos en la Constitución de Venezuela.

Vamos a analizar en este ensayo estos tres elementos, a la luz de la doctrina y también de la comparación, en lo que sea posible, con las constituciones del área andina. En primer lugar, abordaremos el tema del Estado constitucional; en segundo lugar, el Estado de justicia; y, finalmente, el Estado de derechos. En este último, explicaremos la racionalidad del elemento desde dos perspectivas: la pluralidad jurídica y los derechos.

## II. El Estado constitucional

En una división fácil y hasta reduccionista, podríamos afirmar que hay tres modelos de estado<sup>1</sup>: (a) el estado absoluto, (b) el estado de derecho o estado legal de derecho, (c) el estado constitucional de derecho.

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

(b) El estado de derecho: la ley determina la autoridad y la estructura de poder. Este sistema, en apariencia, es menos autoritario y más democrático que el anterior. El poder se divide en teoría en tres: el poder legislativo, el poder judicial y el poder ejecutivo. Sin embargo, en la práctica, el poder se encuentra concentrado en una clase política que es la que conforma el

---

1 La palabra estado se refiere a toda organización política, compleja, que se diferencia de la población y que no necesariamente reúne las características ni los elementos del estado moderno (soberanía, territorio, población). Además, por considerar que la palabra estado en el contexto se entien- de con claridad que hace referencia a la organización política, se la escribe con minúscula; no es un nombre propio ni tampoco hace referencia a una institución a la que hay que venerar.

parlamento. Recordemos que el estado de derecho es la síntesis de una pugna de poderes entre quienes ejercían el poder económico (burguesía) y el político (aristocracia)<sup>2</sup>. El modelo que triunfa es el burgués, aunque la historia demuestra que durante mucho tiempo el modelo fue simplemente teórico y poco implementado<sup>3</sup>. La burguesía, a través de la idea de ciudadanía y de la representación, colmó el parlamento, limitó al ejecutivo y controló al judicial, gracias al principio de legalidad. Al final, tenemos lo que podría considerarse como una “democracia absoluta” y en este modelo no hay mayor diferencia al anterior. Las personas que tienen ciertas características son ciudadanas<sup>4</sup>; el resto de personas –que es la mayoría en términos numéricos- sigue siendo vasalla o súbdita<sup>5</sup>. Los límites del Estado los impone el parlamento: el ejecutivo sólo puede hacer lo que establece la ley y el judicial es “boca de la ley”. Por la ley se puede definir cuáles son los derechos, las competencias de las autoridades y las garantías. El parlamento podría incluso cambiar la constitución, eliminar derechos y restringir las garantías: la Constitución no es rígida y se puede reformar por el procedimiento ordinario de creación de leyes; los derechos son los que están reconocidos y desarrollados en las leyes (básicamente el Código Civil y el Código Penal), las garantías formales están descritas en las leyes y se encarga a la administración de justicia ordinaria el reconocerlos y protegerlos.

- 2 Ver sobre el relato histórico, con detalle, Juan Ramón Capella, *Fruita prohibida, una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y el Estado*, tercera edición, Madrid, Trotta, 2001.
- 3 Sólo recordemos que inmediatamente después de la Revolución Francesa, que instauró un régimen liberal, el poder absoluto cobró fuerza por muchos años más. Napoleón se coronaría como Emperador en el año 1804 e inaugurará un régimen monárquico mucho más despótico que los del *Anciane Régime*. En 1848 -la revuelta de las comunas- se producirá un intento fallido por recuperar la filosofía de la libertad, igualdad y fraternidad de la Revolución Francesa.
- 4 Por la ciudadanía sólo las personas propietarias, que tienen autonomía en el trabajo, hombres, adultas tenían derecho a la participación política. En otras palabras, el *optimo iure* de los seres humanos son los burgueses.
- 5 J. Bodin, teórico liberal de iluminismo, se preguntaba “¿Cómo puede un pueblo, es decir, un animal de muchas cabezas, sin entendimiento ni razón, aconsejar nada bueno?”, frase que refleja la exclusión de las mayorías y del reconocimiento de la ciudadanía de la clase social burguesa, citado por Albert Noguera, “Democracia y ejercicio de la soberanía: mecanismos de participación política. Función Electoral y Función de Transparencia y Control Social en el proyecto constitucional-ecuatoriano, en Ramiro Ávila Santamaría y otros, *Desafíos constitucionales, la constitución ecuatoriana del 2008*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos-Tribunal Constitucional, 2008.

(c) El Estado constitucional: la constitución determina el contenido de la ley, el acceso y el ejercicio de la autoridad y la estructura de poder. La constitución es material, orgánica y procedimental. Material porque tiene derechos que serán protegidos con particular importancia que, a su vez, serán el fin del Estado; orgánica porque determina los órganos que forman parte del Estado y que son los llamados a garantizar los derechos; procedimental porque se establecen mecanismos de participación que procuran que los debates públicos sean informados y reglados, tanto para la toma de decisiones como para la elaboración de normas jurídicas. En suma, en el constitucionalismo se conjugan estado como estructura, derechos como fin y democracia como medio. Los derechos de las personas son, a la vez, límites del poder y vínculos. Límites porque ningún poder los puede violentar, aún si proviene de mayorías parlamentarias<sup>6</sup>, y lo que se pretende es minimizar la posibilidad de violación de derechos; y vínculos porque los poderes de los estados están obligados a efectivizarlos, y lo que se procura es la maximización del ejercicio de los derechos. En el modelo constitucional se distingue entre la representación parlamentaria y la representación constituyente. El segundo, que es el instrumento de la soberanía popular, limita al primero; por ello las constituciones, como garantía, son rígidas, y no pueden ser reformadas por procedimientos parlamentarios ordinarios<sup>7</sup>.

La Constitución es, además, norma jurídica directamente aplicable por cualquier persona, autoridad o juez. Al considerarse una norma vinculante requiere de una autoridad competente para sancionar su incumplimiento. Esta autoridad es la Corte Constitucional, que tiene facultades para sancionar la inconstitucionalidad de los actos que emanan del poder público en

---

6 Véase Juan Pablo Morales, "Democracia sustancial: sus elementos y conflicto en la práctica", en edición de Ramiro Ávila Santamaría, *Neoconstitucionalismo y Sociedad*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, pp. 90-96.

7 En relación a la rigidez, la Constitución del 2008 tiene un déficit, el parlamento puede modificar la Constitución en ciertas circunstancias y esto es considerado "un paso atrás respecto a los avances en el nuevo constitucionalismo latinoamericano", como lo destaca Rubén Martínez Dalmau, en "Supremacía de la Constitución, control de la constitucionalidad y reforma constitucional, en Ramiro Ávila Santamaría y otros, *Desafíos Constitucionales, la Constitución ecuatoriana del 2008*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos-Tribunal Constitucional, 2008.



cualquier forma: leyes y otras normas de carácter general, actos administrativos, políticas públicas y autos o sentencias. El poder para resolver conflictos entre órganos o por exceso en sus atribuciones, *referee*, se transfiere del parlamento a los jueces que tienen competencia constitucional.

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

	ABSOLUTO	LEGISLATIVO	CONSTITUCIONAL
<b>Centralidad</b>	Autoridad	Ley	Persona (derechos)
<b>Fuentes</b>	Autoridad	Parlamento	Asamblea Constituyente
<b>Límites y vínculos</b>	No existen	Ley	Constitución material
<b>Poder referee</b>	Ejecutivo	Parlamento	Judicial constitucional

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

## II. El Estado de justicia

La justicia es un término polisémico; tiene tantos significados cuantas aplicaciones se puedan imaginar. Se puede decir, por ejemplo, que un sistema social es injusto, que un trato humano es injusto, que una expresión es injusta, que una sentencia es injusta y hasta que la vida misma es injusta. La teoría de la justicia, parte de la filosofía del derecho, tiene la tarea de distinguir todas las aplicaciones del término justicia. A nosotros, para intentar clarificar el término, nos interesa cuando la justicia se puede predicar del Estado y del derecho.

H. Kelsen, en un magnífico ensayo intitolado *¿Qué es la justicia?*<sup>8</sup>, hace un repaso sobre el desarrollo del pensamiento humano respecto de la justi-

8 Hans Kelsen, *¿Qué es la justicia?*, México, Fontamara, 2006.

cia para concluir que resulta tan subjetivo definir la justicia, que su análisis no puede ser parte de la ciencia jurídica. Se podría afirmar, incluso, que invocando la justicia se ha justificado regímenes autoritarios y represivos; por citar algunos ejemplos, la justicia de los colonizadores españoles para exterminar a los “salvajes” indígenas, la justicia del régimen fascista para exterminar judíos, gitanos y homosexuales; la justicia del ku kux klan para exterminar afroamericanos, la justicia de los regímenes de seguridad nacional en el siglo XX para exterminar al enemigo interno (izquierdistas revolucionarios). En el extremo, existían causales en el *iusnaturalismo*<sup>9</sup> para declarar una guerra justa. Parecería, entonces, al menos desde el positivismo jurídico, que atribuir la categoría justicia al Estado y a los derechos, en el texto constitucional, no tiene sentido. Desde esta perspectiva, que es la dominante, el análisis de la justicia, siendo importante, es ajeno o externo al derecho. Por la justicia, las personas pueden juzgar un sistema jurídico y político, pero no pueden imponer sus valoraciones. Por el derecho, en cambio, los juristas y los jueces deben abstenerse de hacer valoraciones de justicia y deben describir el derecho, los primeros, y aplicarlo, los segundos.

Sin embargo, pueden realizarse lecturas distintas. Una de ellas es la del filósofo del derecho C. S. Nino<sup>10</sup>, quien ha sostenido que las normas jurídicas están compuestas por tres elementos: (1) los principios, (2) los enunciados lingüísticos (reglas) y (3) la valoración de justicia. Los tres planos de una norma deben ser consistentes. (1) Los principios son normas téticas, que establecen un mandato de maximización, normalmente constan en el plano constitucional y que tienen una estructura carente de hipótesis y de obligación concreta. Las normas que establecen derechos suelen expresarse en forma de principios. Por ejemplo, “las personas tienen derecho a una vivienda adecuada y digna”<sup>11</sup>; ésta es una norma tética porque le impone

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

10 Carlos Santiago Nino, “Introducción”, en *Ética y derechos humanos*, 2da. Edición, Argentina, Editorial Astrea, 2005, pp 1-7.

11 Constitución del 2008, artículo. 30.

al Estado una finalidad ideal, que nadie carezca de vivienda; es un mandato de maximización porque tiene pretensión universal, en cantidad, y en calidad debe ser adecuada a su contexto social y cultural y digna para desarrollar otros derechos; la norma no dice en qué circunstancias el Estado debe proveer la vivienda, cuándo se viola el derecho ni tampoco la forma de obligarse. (2) El enunciado lingüístico es lo se conoce como regla, que debe tener una hipótesis de hecho y una obligación. La regla debe guardar conformidad con los principios constitucionales y suele constar en el derecho ordinario o en la jurisprudencia. Del principio enunciado sobre la vivienda, por ejemplo, haríamos la siguiente regla: si una persona no tiene donde vivir, el Estado le proveerá de un albergue; si el Estado construye una casa, ésta deberá tener ventilación y espacios recreativos. En estas normas existe ya una hipótesis de hecho y una obligación, y las reglas están conformes al principio del derecho a la vivienda digna y adecuada. (3) Finalmente, al aplicar el derecho, el resultado debe ser la realización de la justicia. Una regla es parte del sistema jurídico y el sistema no puede arrojar resultados injustos. Si se presenta el caso en el que una regla no es coherente con el principio, quien tiene autoridad para aplicar la regla debe buscar otra regla; si no existe la regla, entonces debe crearla. Si la regla es conforme con el principio, pero arroja un resultado injusto, se debe buscar otra regla y otro principio. Grafiquemos esta última hipótesis con un ejemplo. Cuando la Corte de Apelaciones de Argentina resolvió las excepciones preliminares en el caso Massera<sup>12</sup>, se enfrentó a un problema jurídico complicado. Se denunció que el Sr. Massera tenía responsabilidad por las muertes, torturas, desapariciones y alteraciones de identidad de miles de personas, años después de haber ocurrido los hechos. Por una lado, el acusado esgrimía una regla, la “prescripción” de la acción penal y el principio de *non bis in idem*, que tenía sustento en el principio constitucional de la seguridad jurídica; por otro lado, las víctimas, esgrimían otro principio, la tutela efectiva de los derechos, que no tenía regla prevista en el ordenamiento jurídico argentino para el caso penal en concreto. Si el juez aplica-

12 Cámara en lo criminal y correccional, Argentina, Massera excepciones, sentencia del 9 de septiembre de 1999, en American University, *Compilación de documentos en derecho internacional de los derechos humanos para profesores de esta materia*, Volumen II, Washington, 2001, pp. 871-883.

ba el derecho invocado por Massera, el resultado era injusto; si el juez sostenía que no tenía regla para aplicar, el resultado también era injusto. En el caso, el juez, invocando derecho penal internacional, construyó una regla y determinó que la justicia del derecho positivo era tan injusta que tenía que aplicar otro derecho. El Sr. Massera, al final, fue condenado. Este ejemplo nos sirve para demostrar que el análisis de la justicia, desde una perspectiva neoconstitucional, es parte del derecho y por tanto el análisis de la justicia se lo hace desde lo interno.

Conviene, en este punto, distinguir la vigencia de la validez de las normas jurídicas<sup>13</sup>. La vigencia tiene relación con la producción formal de la norma, esto es que haya sido elaborado por una autoridad competente y de acuerdo al procedimiento también establecido por una norma; la validez tiene relación con el contenido de la norma. La vigencia se verifica al responder las preguntas *quién y cómo*; la validez al responder *qué*. Una norma puede estar vigente y sin embargo ser inválida. Está vigente si ha cumplido con las formalidades y esto se puede verificar empíricamente; es válida si ha cumplido con el contenido sustancial del programa constitucional y esto requiere un ejercicio valorativo. Siguiendo la idea de Nino, la regla sólo deberá ser observada si es consistente con el principio.

En el debate sobre vigencia y validez, que hemos ligeramente esbozado con anterioridad, la palabra validez no sólo tiene que ver con la coherencia entre regla y principio, sino también con la justicia. Hay que procurar evitar caer en reduccionismos. Uno de ellos es el iusnaturalismo, por el que una norma es válida sólo si es justa; otro es el legalismo, por el que si la norma está vigente se debe presumir la justicia. Desde la teoría garantista, J. L. Serrano sostiene que el juicio de validez tiene semejanzas con el juicio de justicia: ambos son valorativos y requieren de argumentación jurídica para determinar el grado de eficacia. “La teoría del derecho, al menos en su versión garantista, asume, debate y comparte con otras disciplinas los problemas de la justicia y el pacto constituyente”<sup>14</sup>. La teoría del derecho, la sociología y la teoría de la justicia, ya no deben ser disciplinas separadas y

13 Véase Luigi Ferrajoli, “Juicios sobre la vigencia y juicios sobre la validez. Dos aporías teóricas: la valoratividad y la discrecionalidad de los juicios de validez”, en *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, Séptima edición, Madrid, Trotta, 2005, pp. 874-876.

14 José Luis Serrano, *op. cit.*, p. 57.

cerradas, todas se funden y se retroalimentan para alterar la realidad desde la aplicación de la Constitución.

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

Pongamos otro ejemplo relacionado con el derecho a la vivienda y la propiedad. Los principios dicen (a) que todas las personas tienen derecho a la propiedad y (b) que todas las personas tienen derecho a la vivienda. La regla dice que si *X* arrienda a *Y* un predio con fines habitacionales, pero *Y* destina la habitación para otros fines de carácter comercial, entonces *Y* deberá dejar el espacio físico. Imaginemos una situación hipotética. *Y* tiene un hijo con una enfermedad catastrófica, y por cuidarlo ha sido despedido del trabajo; el poco dinero que tiene lo destina para atender a la persona enferma, no puede pagar el arriendo sino es estableciendo un negocio de comida rápida. *X* acude ante un juez, invoca la regla; el juez verifica que la regla es conforme al principio constitucional (a) y ordena que *Y* deje el espacio físico. La resolución del juez, conforme al derecho, genera sin duda un resultado injusto. Si bien se rompe un contrato que afecta a la propiedad de *X*; también sucede que *Y* entra en un estado de necesidad que podría no sólo afectar su vivienda sino la sobrevivencia de *Y* y su hijo. En este caso, se puede apreciar que la consideración de la justicia es importante. El juez debe conciliar el principio de propiedad y el de la vivienda y crear una nueva regla que satisfaga la justicia. Podría, por ejemplo, limitar temporalmente la propiedad de *X*, cambiar el contrato, subsidiar el Estado a *X*, conseguir otra vivienda para *Y*, conseguir un servicio de cuidado para el hijo de *Y*, brindar una oportunidad laboral para *Y*... en fin, podría establecer una o varias de las obligaciones enunciadas. Ahora supongamos el otro extremo, que *Y* es una persona soltera, sin cargas familiares, trabaja y que gasta su dinero en bienes suntuarios, y que *X* es una persona anciana que tiene como

única fuente de ingreso el arriendo de su departamento. Si *Y* no paga, *X* entra en un estado de necesidad. En este caso, *X* al acudir al juez esgrimiendo la regla, que esta conforme con los principios, el resultado previsto por la regla es también un resultado justo.

Este ejemplo, que hemos graficado en términos individuales, también podría recrearse en términos colectivos, cuando se trata de políticas públicas de vacunación, acceso a la educación, alimentación escolar. La autoridad competente debe verificar que sus decisiones (reglas) guarden conformidad en el plano normativo con los principios y, en el plano axiológico, con la justicia. Si las políticas no guardan conformidad con los principios y con la justicia, estarán sujetas a control constitucional.

En suma, la invocación del Estado a la justicia no significa otra cosa que el resultado del quehacer estatal, al estar condicionado por la Constitución y los derechos en ella reconocidos, no puede sino ser una organización social y política justa.

Ahora analicemos el último elemento de nuestra declaración de Estado, que no lo pretendemos agotar en este ensayo, y que simplemente es una visión referencial sobre la importancia de los derechos en la Constitución.

### III. El Estado de derechos

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

Si hiciéramos un esquema de la evolución histórica del Estado, en relación al Derecho, tendríamos tres modelos: el Estado sobre el derecho

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

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

	ESTADO SOBRE DERECHO	ESTADO DE DERECHO LEGAL	ESTADO DE DERECHO CONSTITUCIONAL	ESTADO DE DERECHOS
<b>Estado</b>	Somete a derecho	Ley somete a Estado	Constitución somete a Estado	Derechos someten a Estado
<b>Poder referente</b>	Autoridad	Parlamento	Constituyente	Personas y pueblos

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

### 3.1. La pluralidad jurídica

El único sistema jurídico que existe y se reputa válido es el formal. En consecuencia, la única fuente del derecho, en el Estado legislativo o Estado de derecho, es la ley. Todas las fuentes restantes, y los sistemas jurídicos de las que brotan, son auxiliares, que sirven para desentrañar el sentido y el contenido de la ley, o que no existen y, por tanto, no deben ser considerados<sup>15</sup>. El parlamento se reserva para sí la iniciativa, la producción, la interpretación y la derogación de la ley<sup>16</sup>. En la comprensión formal de ley, por supuesto, se entiende todo el sistema jurídico incluso la Constitución. En el Estado constitucional de derechos, en cambio, los sistemas jurídicos y las fuentes se diversifican: 1. la autoridad que ejerce competencia constitucional crea normas con carácter de ley (precedentes nacionales), 2. las instancias internacionales dictan sentencias que también son generales y obligatorias (precedentes internacionales), 3. el ejecutivo emite políticas públicas que tienen fuerza de ley por ser actos administrativos con carácter general y obligatorio, 4. las comunidades indígenas tienen normas, procedimientos y soluciones a conflictos con carácter de sentencia y, finalmente, 5. la moral tiene relevancia en la comprensión de textos jurídicos. En suma, el sistema formal no es el único Derecho y la ley ha perdido la cualidad de ser la única fuente del derecho. Lo que vivimos, en términos jurídicos, es una pluralidad jurídica.

(1) El juez, en un Estado constitucional, no puede ser solamente “boca de la ley”. El juez tiene que aplicar principios que constan en la Constitución y convertirse en “cerebro y boca de la Constitución”. Nos explicamos. En el sistema legislativo de derecho, y como concretización del principio de seguridad jurídica, la forma de las normas era lo que se conoce ahora como *regla*. La regla es lo que L. Ferrajoli<sup>17</sup> 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 ( $p \rightarrow q$ ). Todas las normas del derecho civil

15 Código Civil, Título Preliminar, artículo 2.

16 Constitución Política del Ecuador de 1998, artículo. 130.5; Código Civil, artículo. 3.

17 Luigi Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, España, Editorial Trotta, 2001, p. 19-35.



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

Sin embargo, el sistema jurídico en este mundo contemporáneo y globalizado ya no puede basarse en reglas para solucionar todas las relaciones jurídicas ni tampoco puede prever todas las situaciones en las que se violarían los derechos. El sistema jurídico basado en *reglas* o normas hipotéticas, ya no es suficiente ni tampoco es la mejor herramienta para garantizar la seguridad jurídica. G. Zagrebeltzki ha sostenido que la seguridad de los liberales podría ser la inseguridad de la mayoría de las personas<sup>18</sup>. Por ello, se ha visto necesario establecer principios. Los principios, según la terminología de L. Ferrajoli, se denominan *normas téticas*. La norma tética, como brevemente hemos descrito antes, no tiene hipótesis de hecho, no tiene el vínculo causa-efecto y tampoco tiene una obligación concreta. La norma tética o principio no se puede (o no se debería) aplicar de forma automática en una sentencia o resolución; la norma tética requiere convertirse, en el caso concreto, en una regla a través de un proceso complejo de argumentación jurídica. La norma tética tendría una forma tipo *z*, y el juez, inspirado en *z* debe, en el caso, crear una norma del tipo *x entonces y*. Muchas normas relacionadas con derechos humanos tienen la forma de norma tética.

18 La obra que conviene estudiar y que plantea, desde una justificación histórica, filosófica y jurídica, el paradigma distinto de concebir la seguridad jurídica lo encontramos en Gustavo Zagrebelsky, *El Derecho dúctil*, Madrid, Editorial Trotta, 2005.

Dado que los derechos son normas aplicables, el juez no puede sino crear derecho al aplicar el principio. La realidad es anterior a la hipótesis de hecho y a la obligación. Se trastoca, de este modo, el concepto de seguridad basado en el principio de legalidad. En adelante, los casos que tengan los elementos de la regla creada por juez constitucional deben ser aplicados consistentemente y de forma obligatoria por los jueces y otras autoridades del Estado (precedente). El principio que inspira la creación de normas hipotéticas en los casos concretos es el de constitucionalidad o también conocido en la doctrina como “estricta legalidad”.

(2) Las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (la Corte) son de imperativo cumplimiento en Ecuador. El país, al ratificar la Convención Americana de Derechos Humanos, se comprometió no sólo a cumplir las normas y los derechos que constan en la Convención, sino también a cumplir las sentencias que emanan del órgano que controla el cumplimiento de las obligaciones del Estado que emanan de dicho instrumento. La Corte interpreta, con carácter obligatorio, el contenido de la Convención. Por citar un ejemplo, en el caso *Awas Tingni*, que trata sobre la pugna de recursos naturales en una comunidad indígena en Nicaragua; por un lado, el Estado sostuvo que tiene derecho a explotar los recursos naturales y la comunidad que tiene derecho a la propiedad ancestral de donde habitan. En el caso, entre otros derechos, la Corte entendió que el derecho a la propiedad tiene dimensiones colectivas<sup>19</sup>. El Estado de Nicaragua, que tenía una comprensión individual y positivista del concepto de propiedad, tuvo que admitir, por una sentencia emanada por un órgano ajeno al sistema nacional de justicia, que la propiedad puede tener una comprensión colectiva y basada en el derecho consuetudinario de la comunidad indígena y en el derecho internacional de los derechos humanos (Convención N. 169 de la OIT). En otras palabras, el sistema jurídico internacional es parte del derecho interno, y las normas son creadas por órganos distintos al legislativo nacional y aplicado por órganos judiciales distintos a la función judicial nacional.

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

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

(3) La concepción liberal del Estado implicaba que, en la división de poderes, el ejecutivo sólo podía hacer lo que estaba prescrito en la ley y, en el ámbito privado, como ha quedado enunciado, las personas no podían hacer sino lo que estaba expresamente prohibido. En el Estado constitucional, en cambio, los órganos públicos y el ejecutivo, en particular, definen y ejecutan lo que se denomina políticas públicas. Las políticas públicas, que se materializan en planes, programas y proyectos, definen objetivos, actividades, destinatarios, recursos, responsables y cronogramas. En las políticas públicas se manejan márgenes de discrecionalidad que no están expresamente determinadas en la ley. La ley ya no establece mandatos concretos sino parámetros de actuación. Dentro de esos parámetros y márgenes de discrecionalidad, el ejecutivo toma decisiones que tienen características propias de la ley. Una política pública, al igual que la ley, es de carácter general y de cumplimiento obligatorio. En otras palabras, el órgano ejecutivo crea normas jurídicas. Por ello, los actos administrativos y las políticas públicas también tienen que sujetarse a los parámetros constitucionales y están sujetos a control constitucional. Por este poder del ejecutivo se podría pensar que existe una crisis del principio de legalidad. En suma, “el poder ejecutivo asume mayor participación en la concretización de la normatividad frente a la modificación del contorno de los principios de legalidad y tipicidad”<sup>20</sup>.

(4) El derecho indígena siempre ha existido y siempre se ha aplicado en el Ecuador. El derecho indígena, como cualquier sistema jurídico, está compuesto por principios, normas, procedimientos, autoridades legitimadas para aplicarlo y formas de ejecución. Preguntémonos, en comunidades indí-

---

20 Ricardo Lobo Torres, “Legalidad tributaria y armonía entre los poderes del Estado”, en Pasquale Pistone.

genas que no han sido asimiladas al derecho dominante, cuál es la forma de heredar, de contraer matrimonio, de sancionar conductas que se consideran infracciones, de educar, de ejercer la salud, de cumplir obligaciones, de considerar la propiedad; sin duda alguna, la referencia no es el Código Civil ni el Código Penal, como tampoco intervienen las notarías, los jueces civiles, los centros de salud, los jefes de registro civil; las personas y las comunidades indígenas no tienen una constitución, no hacen testamentos, no firman contratos, no expiden sentencias escritas. Las formas de validez y de vigencia del derecho indígena son distintas a la del derecho que emana del Estado; entender esas formas de verificación de la existencia del derecho y las formas de coordinar con el derecho hegemónico, es una deuda del derecho occidental. El Ecuador, además, al reconocer la plurinacionalidad y la interculturalidad está expresamente reconociendo la pluralidad jurídica<sup>21</sup>. El derecho formal, pues, convive con el derecho consuetudinario.

(5) Sin ánimo de agotar las formas en que se manifiesta la pluralidad jurídica, quisiéramos comentar, brevemente, un aporte de la teoría neoconstitucionalista al análisis del derecho y la moral. H. Kelsen, de una manera rigurosa y también justificada, distinguió y separó el análisis del derecho y la moral<sup>22</sup>. Kelsen concedió que el derecho y la moral son dos sistemas jurídicos, que tienen en común la forma de enunciar las normas y la necesidad de una autoridad para que impute la obligación de las normas; y distinguió la moral por el concepto de validez. Una norma jurídica es válida sólo si el procedimiento es reglado y la autoridad encargada de emitirla también se justifica por la existencia de una norma previa. La existencia de una norma positiva y la autoridad encargada de aplicarla son verificables, mientras que la norma moral no. De esta forma, la histórica disputa entre positivismo y iusnaturalismo tuvo nuevos parámetros de análisis. Con el neoconstitucionalismo, el debate renace. Algunos autores, como García Figueroa<sup>23</sup>, sostie-

21 Constitución del 2008, artículos. 1, 59.9 y 171.

22 Hans Kelsen, “El derecho y la moral”, en *Teoría Pura del Derecho*, 4ta edición, Argentina, Eudeba, 2003, pp. 45-50.

23 Ver Alfonso, García Figueroa, “La teoría del Derecho en tiempos de constitucionalismo”, en edición de Miguel Carbonell, *Neoconstitucionalismo (s)*, España, Editorial Trotta, 2003, pp 159-186.

nen que una constitución contemporánea, al introducir principios y valores fundamentales, como los derechos humanos, conjuga el iusnaturalismo y el positivismo. Por un lado, los principios son tan ambiguos que requieren interpretación moral y, por otro, los principios están positivizados; comprender el alcance de un derecho se lo hace a través de la argumentación jurídica que debe contener debates morales sobre el alcance del derecho, y en esto el iusnaturalismo racional aporta de manera determinante; además, sólo se puede argumentar moralmente sobre normas reconocidas constitucionalmente, y en esto el positivismo contribuye al reconocimiento de las normas a través de lo que ahora se conoce como validez formal o vigencia. El derecho sin moral se consideraría restrictivo y la moral sin derecho inaplicable. Por ello, J. I. Serrano sostiene que “un sistema normativo y cognitivamente cerrado a los valores y los deseos sería un sistema jurídico muerto y capaz de matar la sociedad que la contenga”<sup>24</sup>.

Por citar un ejemplo, el debate sobre la eutanasia o el aborto requiere de bases jurídicas y de interpretaciones morales. El derecho establece el derecho a la vida pero no agota todas las posibilidades de su alcance. En el ejemplo sugerido, el derecho no precisa el cuando termina ni el cuando comienza la vida. Tampoco el derecho resuelve definitivamente el asunto de colisión de derechos entre la vida y la autoderminación, la libertad y los derechos sexuales y reproductivos. Cabe en un sistema jurídico tanto la libertad para morir y recibir asistencia como la condena por asesinato en el mismo hecho; de igual modo, cabe el aborto como una forma de ejercicio del derecho a la autonomía y de la libertad de decidir cuántos hijos e hijas tener como cabe la penalización del aborto por la protección de la vida del neonato. Los derechos en juego se debaten en sede y en forma jurídica aún cuando mucho de los argumentos tengan relevancia moral. La moral se explicita en la argumentación jurídica y se pone en juego en la ponderación del derecho. Lo que no cabría es discusiones de carácter moral sin principios constitucionales y sin argumentaciones jurídicas.

En conclusión, en lo que brevemente se ha descrito, hemos pretendido demostrar que actualmente existe pluralidad jurídica. Los sistemas jurídicos

<sup>24</sup> José Luis Serrano, *Validez y vigencia, la aportación garantista a la teoría de la norma jurídica*, Madrid, Trotta, 1999, p.118.

son múltiples, conviven a veces de forma no pacífica y, por tanto, se podría hablar con propiedad que el Estado es de derechos.

### 3.2. La centralidad de los derechos en la Constitución

Otra explicación al predicado “Estado de derechos” es que el fin del Estado es el reconocimiento, promoción, garantía de los derechos constitucionalmente establecidos. La parte que se conoce como dogmática cobra protagonismo en relación a la parte orgánica y en relación al sistema jurídico. La parte orgánica debe adecuarse a cumplir los derechos y el sistema jurídico debe adecuarse a la parte dogmática de la Constitución. Por ello, no es casual que las garantías sean de políticas públicas, normativas y, en última instancia, judiciales<sup>25</sup>.

N. Bobbio, en un célebre ensayo traducido como *La era de los derechos*, hace una aproximación interesante a los derechos humanos desde la filosofía de la historia<sup>26</sup>. Bobbio sostiene que la revolución de los derechos humanos es a la ciencia jurídica y política lo que la revolución copernicana fue a la ciencia física. Los derechos humanos, en relación al Estado, invierten el punto de vista del análisis y la centralidad Estado-persona. La era de los derechos es un tiempo distinto a la era de las obligaciones. Lo importante no es el Estado sino la persona, no son las obligaciones sino los derechos, no es el que tiene el poder de incidir en el comportamiento del otro sino el históricamente sometido. La relación, si nos permiten la metáfora, es como cuando una persona toma un taxi; en la era de las obligaciones el piloto decide el lugar a donde se dirigen, en la era de los derechos decide el pasajero. Así en las relaciones del Estado. En la era de las obligaciones la autoridad estatal decide el destino de las personas, en la era de los derechos las personas gobernadas deciden sus propios destinos. Reconocer la centralidad de la persona o grupos de personas implica algunas consecuencias para la teoría. Desde el punto de vista metodológico, la sociedad y la política parten

25 Constitución del 2008, Título III, Capítulo primero, de las garantías normativas, Capítulo segundo, de las garantías de políticas públicas y participación ciudadana y, Capítulo tercero, garantías jurisdiccionales (Arts. 84-94)

26 Norberto Bobbio, “La era de los derechos”, en *El tercero ausente*, Ediciones Cátedra, 1997, pp. 154-173.

de las personas y no del Estado; desde el punto de vista ontológico, se reconoce la autonomía de cada individuo o grupo; desde el punto de vista ético, la persona es un ente moral e irreductible.

En este sentido, decir que el Estado es de derechos, significa que se está redefiniendo la centralidad de los derechos de las personas sobre el Estado y sobre la ley. Si una persona se aproxima al tratamiento de los derechos en la Constitución del 2008, podrá apreciar que es un eje transversal que cruza no sólo la parte de principios del Estado, los derechos, sino también la parte orgánica, la participación, el régimen de desarrollo y hasta la finalidad de las fuerzas armadas<sup>27</sup>.

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

#### IV. Conclusiones

(1) La Constitución del 2008 constituye un avance importante en la teoría constitucional y política de los estados. La introducción de palabras reflejan, al momento, la culminación de desarrollos teóricos que, sin duda, serán superados en la búsqueda de una organización política que no genere exclusiones ni inequidades.

(2) El Estado constitucional de derechos y justicia es un paso adelante del estado social de derechos. Se podría considerar que el Estado constitucional es suficiente para comprender a los derechos, dado que las Constituciones contemporáneas son materiales. Sin embargo, el énfasis en los derechos resalta la importancia superior a la parte orgánica y, por otro lado, se podría afirmar que puede existir un estado constitucional pero sin reconocer la pluralidad jurídica.

---

<sup>27</sup> Véase, sobre los derechos, un análisis global y más profundo en Marco Aparicio Wilhelmi, “Los derechos en la nueva Constitución del Ecuador: herramientas para una sociedad inclusiva”, en Ramiro Ávila Santamaría y otros, *Desafíos Constitucionales, la Constitución ecuatoriana del 2008*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos-Tribunal Constitucional, 2008.

(3) La justicia, hemos reconocido, es un elemento teórico que no deja de tener complicaciones. Creemos que el análisis de la justicia puede tener varias perspectivas. La justicia, desde la perspectiva interna del derecho, tiene que verse en el contexto y de forma sistémica. No cabe, pues, concepciones arbitrarias de la justicia. Pero cabe resaltar, y como una deuda, que el análisis realizado en este ensayo es más desde la teoría del derecho que desde la sociología. El gran ausente en este ensayo, y quizá el más grande pensador de la justicia, que superó la concepción utilitarista, es J. Rawls que revolucionó, con su *Teoría de la Justicia*, la forma de entender la organización social. Referirse a su obra para entender cabalmente lo que significa un Estado constitucional de derechos y justicia es un imperativo.