

Los nuevos saberes en el constitucionalismo ecuatoriano

*Jhoel Escudero S.**

RESUMEN

Para evitar una transformación formal y conducir un cambio constitucional sustancial se hace indispensable generar una construcción teórica en la que se sustenten los valores estructurales del constitucionalismo ecuatoriano como son el Sumak Kawsay y la justicia. Los nuevos saberes constitucionales son una motivación para transformar la práctica del derecho en el sistema de justicia ecuatoriano, porque no es suficiente el ejercicio tradicional del derecho para las exigencias del sistema constitucional actual. Es importante identificar que el cambio a lo nuevo ofrece resistencia en la práctica y exige creatividad para la transformación, circunstancia que se apega a la reparación integral que involucra el ejercicio de la justicia no como un ideal reservado para la teorización, sino que exige materialización.

PALABRAS CLAVE: nuevos saberes, Estado de Derecho, Estado constitucional, justicia, Sumak kawsay, reparación integral.

SUMMARY

In order to avoid a formal transformation and conduct a substantial constitutional conversion, it is necessary to generate a new theoretical construction to support structural values of the new Ecuadorian constitutionalism such as the Sumak Kawsay and justice. These new constitutional notions are a motivation to transform the practice of law in the Ecuadorian jurisdictional system, the traditional exercise of law is not enough for the new exigencies of the current constitutional system. Finally, it is important to identify that these changes will face resistance in practice, and therefore, will require creativity in order to cause a real transformation. This circumstance is close to the integral reparation, which involves the exercise of justice not as an ideal reserved only for theorization, but as an aspiration that requires materialization.

KEY WORDS: new notions, rule of law, Constitutional State of Justice, Sumak kawsay, integral reparation.

FORO

* Asesor de la Corte Constitucional, miembro de la Red de Nuevos Constitucionalistas Críticos Capítulo Ecuador.

“Lejos de las pretensiones teóricas de la justicia, [...] nos propone reconocerla no como una construcción conceptual, sino como una experiencia vital”

Gustavo Zagrebelsky

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo unifica dos aspectos que ponen de relieve el cambio de sistema constitucional en el Ecuador, que consiste en pasar de una Constitución estática, en el sentido que asumía el significado de norma subordinada a las exigencias de las fuerzas que se expresaban en la ley ordinaria, a una Constitución dinámica como una norma jurídica vinculante para los actores políticos.¹ Es sin duda un proceso de transformación político constitucional, que implica un proceso dialéctico entre: “cambio y conservación”.² En primer lugar, se trata de comunicar los nuevos pilares sobre los cuales descansa la Constitución ecuatoriana, que son los valores de la Justicia y el *Sumak Kawsay* o buen vivir.³ En ese sentido, es menester preguntarnos ¿cómo deberán ser aplicados estos valores? Los cuales constituyen un deber jurídico propio de la administración de justicia y de quienes se espera algo más que *decidir el Derecho*.⁴ La expresión “nuevos saberes”, a más de identificar el cambio de Constitución, proyecta otro sistema de aplicación y creación del derecho, lo cual genera tensión y confusión con el positivismo legal aplicado tradicionalmente por los operadores de justicia como norma general en los procesos administrativos, judiciales y constitucionales de controversia. A su vez, afecta la ubicación de la ley, se incrementan principios y métodos de interpretación y se propone una la reparación creativa e integral.

El propósito de este trabajo es generar una orientación del enfoque de las normas constitucionales con el accionar práctico; así como unificar el desarrollo doctrinario de los valores y principios, mediante la incorporación de “los nuevos saberes” constitucionales. Este enfoque permitirá proponer un cambio en las prácticas jurídicas en

-
1. Claudia Storini, “Criterios hermenéuticos de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional para la interpretación de las normas de reparto competencial entre Estado y comunidades autónomas”, tesis doctoral, Departamento de Derecho Constitucional y de la Administración, Valencia, 2001, p. 19.
 2. Peter Häberle, *El Estado Constitucional*, Lima, Universidad Autónoma de México / Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003, p. XXVI.
 3. *Sumak*: bueno, buena, bien. *Kawsay*: vida. Nace del mundo andino, “vida buena”. En <http://asambleablog.wordpress.com/2008/06/03/sumak-kawsay/>. Para el pueblo kichwa de Pastaza significa: “vida limpia y armónica”. Rafael Quintero, *La Constitución del 2008: un análisis político*, Quito, Abya-Yala, 2008, p. 38.
 4. Claudia Storini, “Criterios hermenéuticos de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional para la interpretación de las normas de reparto competencial entre Estado y comunidades autónomas”, p. 13.

el Ecuador, relacionado a la interpretación de los valores antes citados y la inclusión de estos en la reparación integral, diferenciando el modelo de justicia positiva legal del modelo positivista constitucional.

LOS NUEVOS SABERES EN LA CONSTITUCIÓN ECUATORIANA

Por nuevos saberes en el constitucionalismo, se entiende la incorporación en la administración de justicia de valores y principios establecidos en la Constitución⁵ que, a diferencia del positivismo legal, no fueron tomados en cuenta debido a la obligación de la aplicación de la ley por encima de la Constitución parte de los jueces. Esto definitivamente, por un lado, afecta la ubicación de la ley, mientras que por otro materializa los contenidos de la Constitución en la aplicación del caso concreto en cuanto a afectación de derechos constitucionales se refiere. Estructuralmente, se unifican dos fuentes del constitucionalismo, el Estado de Derecho o de la razón⁶ y el Estado Constitucional de derechos y justicia, de la razonabilidad y de la racionalidad.⁷ El cambio reviste un adecuado marco de complementariedad en la aplicación de los principios constitucionales y la ley, lo cual significa el sometimiento de todos los poderes públicos y las personas a la Constitución. En este modelo la aplicación de la Constitución, constituye una obligación jurídica que implica que todos los poderes

-
5. LOS VALORES CONSTITUCIONALES. El constitucionalismo obliga a garantizar el respeto a valores supremos. La observancia de valores constitucionales implica la integración de un orden justo. (Corte Constitucional del Colombia S. T-209-60).

PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES. Se denominan principios a las normas que carecen o que presentan de modo fragmentado el supuesto de hecho o condición de aplicación, son normas téticas (principios) y no hipotéticas (reglas), así por ejemplo: la igualdad, como muchos derechos fundamentales, no puede en tales criterios observarse el juicio de especialidad, porque este requiere que la descripción de la condición aparezca explícita. Los principios también son directrices o mandatos de optimización. En los casos concretos, dos principios entran en conflicto, se expresa de forma que uno ceda en beneficio de otro; lo cual no significa que no se invalide el principio que queda desplazado, ni que en este último se haya introducido una cláusula excepcional. Lo que sucede es que uno de los principios se antepone al otro sin perjuicio de que, en los diversos casos concretos, la cuestión pueda ser solucionada de manera inversa. (Corte Constitucional del Ecuador S. 0005-2009-IC).

6. ESTADO DE DERECHOS O DE LA RAZÓN. Surgió en la época de la ilustración (Francia 1798), con la Constitución de los Derechos del Hombre, implica la separación de la Iglesia con el Estado. Se funda en la división de poderes: Ejecutivo, Legislativo y Judicial. Es de fuente constitucional y se regula mediante Ley. El papel del juez es aplicar la Ley, “es la boca de la Ley”, ya que el derecho se reduce a la Ley. Thomas Hobbes, *Un diálogo entre un filósofo y un jurista. Escritos autobiográficos*, Madrid, Tecnos, 1992, p. 20.
7. ESTADO SOCIAL O CONSTITUCIONAL. La razonabilidad hace relación a lo constitucionalmente admisible, la racionalidad hace relación a la conexidad. La primera hace referencia a la coherencia externa, esto es, con los supuestos de hecho; la otra, la segunda, hace alusión a la coherencia interna, es decir, es un fenómeno estructural. Por último, lo razonable es de la esfera de la lógica de lo humano –materialmente– mientras que lo racional es de la esfera de la lógica formal. (Corte Constitucional de Colombia S. 530-1993).

están obligados a desarrollar adecuadamente los preceptos constitucionales, dentro de su marco de acción. Si bien la Corte o el Tribunal Constitucional no disponen de una legitimación popular directa, sus decisiones pueden considerarse legítimas tan solo si aparecen como aplicación del Derecho y no como creación política de normas. Este es el presupuesto que hace que la jurisdicción constitucional llegue a ser de vital importancia. Se debe asegurar su carácter jurisdiccional porque dicho carácter constituye la fuente principal de legitimación de aquellos órganos del Estado llamados a aplicar las leyes y decidir sobre litigios concretos.⁸

Se puede decir que el constitucionalismo contemporáneo es, no de manera formal sino material, la expresión de límites a los poderes públicos y privados. Esto implica que una persona, los colectivos y los pueblos, por sus derechos reconocidos en la Constitución, a través de la justicia constitucional, puedan hacer respetar esos límites; mientras que en el Estado de Derecho, la arbitrariedad solo podía ser limitada por la ley.

Ahora bien, corresponde al *Estado constitucional de derechos y justicia*, el adecuado desenvolvimiento y desarrollo de los derechos constitucionales. La exigencia del cumplimiento de este modelo es más compleja que el anterior. En ese sentido, se evidencia la exigencia de una coordinación orquestada de todos los miembros de los poderes públicos y privados en relación con la Constitución, ya que sustancialmente es suprema. A continuación se identificaran de forma general las diferencias entre el Estado de derecho y el Estado constitucional.

1. El Estado de Derecho, según lo explicado por Montesquieu y Kant, la composición del Estado se basa en los principios reconocidos en la Constitución. De esta manera, se resalta que el poder se ejerce en el nombre y a favor del pueblo. El diseño institucional es de fuente constitucional y está regulado por las leyes que determinarían el límite al ejercicio del poder. Es a través de la democracia representativa que se crean las normas que regulan el sistema social, pues es una facultad exclusiva y excluyente del legislador (Estado de legalidad). En ese sentido, las reglas son las que rigen las sociedades, por lo tanto, es deber de todos respetar las decisiones de las mayorías legítimamente representadas en las cámaras de representantes como la Asamblea o el legislativo, ya que las leyes son creadas y se ajustan a ciertos tipos de *praxis*.⁹ En el mismo sentido, Kelsen establece que las normas, particularmente, regulan

8. Claudia Storini, "Criterios hermenéuticos de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional para la interpretación de las normas de reparto competencial entre Estado y comunidades autónomas", p. 13.

9. Jürgen Habermas, Ronald Dworkin y otros, "La Política y el Derecho, ¿se opone la Democracia y el Constitucionalismo?", en *Revista Estudios sobre el Estado y la Sociedad*, No. 4, octubre de 1998, p. 18.

su propia creación y para su aplicación dependen de la validez, es decir, deben pasar por un proceso legislativo, la sanción del ejecutivo y, finalmente, deben ser publicadas (vigentes).¹⁰ De esta manera, las reglas son directamente aplicables y exigibles (leyes en general), pero se prevé que los principios constitucionales no pueden ser directamente exigidos, sino a través de normas secundarias interpretadas por el legislador, quien desarrolla discrecionalmente los derechos contenidos en la Constitución, a lo que se conoce como un constitucionalismo clásico o débil.

El Estado de Derecho reconoció los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC), pero limitó su desarrollo jurisprudencial. En principio, fueron exigidos a través de medidas de hecho de los grupos menos favorecidos. El Estado optó por limitar estos derechos por diversos medios, las represiones e intentos de invisibilización de esos movimientos sociales. Circunstancias que se ocultaban bajo el texto literal de la Constitución, así, prevaleció por ejemplo, el adjetivo “derecho” acompañado del subjetivo del “hombre” (Francia 1789), e incluso más tarde el adjetivo “derecho” acompañado del subjetivo “ciudadano”. Es claro que estas acepciones, sin lugar a dudas, guiaban el cumplimiento de los derechos dejando de lado a grupos sociales, pueblos indígenas, mujeres, trabajadores/as, maestros/as, ambientalistas, jóvenes y, en general, a todo quien no cumpla con los conceptos que identifican al “hombre” o al “ciudadano” sin protección.

La Constitución como parte del sistema político contiene derechos, pero posee una complejidad para su aplicación o descenso a la exigibilidad social directa, lo cual permite que exista una clara división en su parte dogmática. Así, los derechos individuales (civiles y políticos) son derechos exigibles y los demás derechos, como los sociales, económicos y culturales (DESC), son considerados como programas declarativos de derechos de una manera formal o derechos programáticos. De esta forma, se consideró un reto el reconocimiento sustancial de esos derechos ya que para que el juez pudiera volverlos exigibles, se desarrollaron las denominadas estrategias de *exigibilidad indirecta*, que consistía en realizar una conexión entre un derecho civil y político para llegar a un derecho económico, social y cultural.

2. El Estado constitucional de derechos surge producto de varios cambios sociales y revolucionarios; así como producto del reconocimiento de los gobernantes de las desigualdades sociales y la necesidad de garantizar los derechos de las personas. En ese sentido, Dworkin afirma “[...] que no hay una estructura constitucional compatible con la democracia, sino una protección del amplio espectro de los Derechos Humanos que se asocian con el constitucionalismo, que van más allá de lo que real-

10. Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, Buenos Aires, Editorial Universitaria, 1965, 4a. ed., p. 40.

mente es necesario para una democracia [...]”.¹¹ Es así que los principios en un modelo constitucional deben ser considerados como guías argumentativas y derechos exigibles directamente por los particulares y las sociedades.

En el Ecuador se incorporan las corrientes internacionales antes explicadas desde la Constitución de 1929 –con la incorporación en el texto constitucional los denominados derechos sociales–¹² y, posteriormente, en 1945 –la universalización del voto, la creación del Tribunal de Garantías Constitucionales– y las consecutivas reformas y cambios de Constitución.¹³ Actualmente, en la Constitución de Montecristi, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008, permanece de manera fuerte esta simbiosis estructural, que se expresa en el control constitucional. Por un lado, el control concreto, que permite a todos los jueces sospechar de la constitucionalidad de las normas en el análisis de los casos que llevan en sus judicaturas; y, por otro, el fortalecimiento del ex Tribunal Constitucional, ahora Corte Constitucional –sistema constitucional concentrado–, con facultades más amplias en cuanto al control jurídico-político y la materialización de los derechos constitucionales, reconociendo que la Constitución vigente es una norma jurídica. Finalmente, la Constitución establece el control de protección de derechos por parte de todos los jueces ordinarios de forma general, el cual se ejerce en relación a todas las funciones públicas y privadas, en razón de que la Constitución es materialmente suprema.

Ahora bien, estos hechos históricos de ninguna forma significan simples copias o cambios antojados del constituyente. Se reconoce en cada letra de la Carta de derechos constitucionales una lucha histórica generada por las desigualdades estructurales y sociales que tiene su origen en el mismo proceso libertador. Así, Eduardo Galeano cita la Junta Tuitiva de 1809, la cual advertía que “[...] Hemos guardado un si-

11. Jürgen Habermas, Ronald Dworkin y otros, “La Política y el Derecho, ¿se opone la Democracia y el Constitucionalismo?”, p. 11.

12. Constitución ecuatoriana de 1929, art. 145.14, la función social de la propiedad. Los pueblos en caso de escasez de tierra tendrán derecho a que se les dote de ellas, tomándolas de las propiedades inmediatas, armonizando los mutuos intereses de la población y de los propietarios.

Art. 145.18. El Estado protegerá, especialmente, al obrero y al campesino, y legislará para que los principios de justicia se realicen en el orden de la vida económica, asegurado a todos un *minimum* de bienestar, compatible con la dignidad humana.

La ley fijará la jornada máxima de trabajo y la forma de determinar los salarios mínimos, en relación, especialmente, con el coste de las subsistencias y con las condiciones y necesidades de las diversas regiones del país. También fijará el descanso semanal obligatorio y establecerá seguros sociales.

La Ley reglamentará las condiciones de salubridad y seguridad que deben reunir los establecimientos industriales. El salario mínimo quedará exceptuado de embargo, compensación o descuento.

La Ley regulará, especialmente, todo lo relativo al trabajo de las mujeres y de los niños.

La educación libre. Libertad de asociación.

13. Reformas a la Constitución de 1979, las de 1983, 1992, 1996. En total son 19 constituciones.

lencio bastante parecido a la estupidez [...]”.¹⁴ Los cambios surgen como consecuencia de la impunidad generada por el propio sistema de justicia y las desigualdades sociales estructurales, específicamente de hechos que impedían a las víctimas el acceso a la verdad y, por lo tanto, a la justicia. De manera paradójica, la aplicación de la ley generaba más injusticia de la que prevenía.

El reconocimiento de amplios derechos en la Constitución de Ecuador ocurre por los hechos de discriminación y abuso del poder, principalmente a finales del siglo XX. Cabe resaltar lo ocurrido entre 1960 y 1990, en el contexto del autoritarismo y las dictaduras.¹⁵ Estos hechos son: las detenciones sin proceso, las ejecuciones sumarias, la tortura y la desaparición forzada de personas,¹⁶ así como la discriminación a grupos sociales, pueblos indígenas, mujeres, trabajadores/as, maestros/as, ambientalistas, jóvenes, lesbianas, gays, transexuales y bisexuales (LGTB).

Entre 1963 y 1976 varios países de América Latina atravesaron procesos dictatoriales que varían en cada país. En unos casos, los regímenes fueron más prolongados que otros. Así, por ejemplo, en Ecuador la segunda mitad del siglo anterior soportó dos procesos dictatoriales: el primero duro 2 años y el segundo 6 años (1963-1965; 1972-1978); en Argentina duró 7 años (1976-1983) y en Chile 17 años (1973-1990).¹⁷ Igualmente, los regímenes autoritarios de finales del siglo XX, en todos los países de la región, corresponden al colapso de los sistemas políticos democráticos.

Posteriormente, en las décadas de los 80 y 90, la implementación del modelo liberal, impulsado por los Estados Unidos, dio origen a la ejecución de delitos de lesa humanidad perpetrados no solo por los órganos del poder, sino también por grupos irregulares que impulsaron una lucha armada en contra de algunos gobiernos. La ejecución de los delitos señalados es una circunstancia que se reprodujo en el artificioso e indefinido estado de sitio que, en lugar de solucionar los problemas, produjo una situación adversa. Igualmente, se suscriben dentro de estos hechos históricos que re-

14. Junta Tuitiva en la Ciudad de la Paz, 16 de julio de 1809, citado por Eduardo Galeano, *Las venas abiertas de América Latina*, Montevideo, Tercer Mundo, 1995, p. 47.

“El Rey Felipe II había afirmado, ante la audiencia de Guadalajara, que ya un tercio de los indígenas de América Latina habían sido aniquilados y los que vivían estaban obligados a pagar tributos por los muertos. El monarca dijo además, que los indios eran comprados y vendidos, que vivían a la intemperie y que las madres mataban a sus hijos para salvarlos”.

15. Juan Méndez, “El derecho a la verdad frente a graves violaciones de los derechos humanos”, en Martín Abregú y Christian Courtis, comps., *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, ed. conmemorativa del 50 Aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1998, p. 518.

16. La comisión de los delitos de desapariciones y torturas, son delitos que afectan particularmente el bienestar de todos y específicamente a los niños, hijos de padres desaparecidos.

17. Manuel Alcántara Sáenz, Arturo López Nieto y María Ester del Campo, *Procesos de la transición a la democracia: estudios comparativos*, San José, IIDH-CAPEL, 1992, p. 26.

clamaban cambios, el cierre de los bancos en 1999,¹⁸ que había generado una de las más grandes crisis económicas que ha sufrido el pueblo ecuatoriano. Estos hechos explican la intolerancia del pueblo hacia los sectores de poder político, razón por la cual se instaló la Constituyente que el 20 de octubre de 2008 publicó la vigésima Constitución.

El modelo exige una coherencia con los valores y principios reconocidos en la Constitución. Como afirma Peter Häberle, “todos somos guardianes de la Constitución”. Al respecto, cabe preguntarse: ¿Qué ocurre cuando se reconocen de forma expresa en las constituciones los cambios estructurales y sociales, pero no son incorporados en el sistema de *praxis* de quienes ejercen la democracia representativa y de los sectores de poder en general? Probablemente esos cambios queden reconocidos de manera formal y sirvan como hermosas muletillas al ser incorporados en los discursos, circunstancia que implica un incumplimiento de un deber jurídico emanado del pueblo y su posterior rechazo al proyecto político, generando una brecha más amplia de distanciamiento entre gobernantes y gobernados. Al afirmarse al Estado ecuatoriano como: constitucional de derechos y de justicia (art. 1 CRE), la labor más determinante es la de los jueces como guardianes materiales de la Constitución, los cuales tienen la tarea de *saber incorporar los nuevos saberes*.¹⁹ En ese sentido, es indispensable revisar los siguientes cambios estructurales del saber:

- a) En la Constitución Política de 1998, el Preámbulo describía lo siguiente: “Fieles de los ideales de libertad, igualdad, justicia, progreso, equidad y paz [...] En esta Constitución se amparan los derechos y libertades [...]”. Estos valores, como su texto lo indica son los que guiarían el accionar nacional y el comportamiento de la estructura del Estado. Por su parte, el artículo 1 decía: “El Ecuador es un Estado Social de Derecho [...]”; y,
- b) La Constitución de la República de 2008 expresa: “Decidimos construir, una nueva forma de convivencia humana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el *Sumak Kawsay*; una sociedad que respeta, en sus dimensiones, la dignidad de las personas y las colectividades, nos damos la presente [...]” En su artículo 1 dice: “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social.

Es evidente que en la práctica de la Constitución de 1998, respecto de la administración de justicia, se aplicó la frase “Estado de Derecho” sin otorgarle ninguna im-

18. El 7 de octubre de 1999. El ánimo de los ecuatorianos estaba por los suelos. Habían transcurrido 10 meses de un año terrible para las finanzas familiares y la gente caminaba por las calles con la cabeza gacha. Transcurrían los días en medio de noticias del cierre de los bancos. Diario *Hoy*, <http://www.hoy.com.ec/zhechos/2006/ecuadorsi8.htm>

19. Friedrich Nietzsche, *El gay saber o gaya ciencia*, Madrid, Colección Austral, 2001, 3a. ed., p. 77.

portancia material de la palabra “social”. Esa forma de ejercer la práctica jurídica se sustentó únicamente en la ley, que según Gustavo Zagrebelsky ubica al “principio de legalidad [...] como la hegemonía de la burguesía que se expresa en las cámaras de representantes y el retroceso del ejecutivo y de los jueces, que por ser poderes autónomos pasan a estar subordinados a la Ley”.²⁰ La ley sirve para establecer límites y poner orden; jurídicamente, la Ley lo puede todo. En el Estado, la legalidad es el concepto del positivismo.²¹

Por su parte, la justicia constitucional, bajo el concepto de derechos subjetivos, no generó la aplicación de los derechos “sociales”, restringiendo su ámbito de atención a la protección únicamente de los derechos civiles y políticos. Los jueces ordinarios, en la actualidad, se rigen bajo los preceptos anotados y las frases: “si no está escrito en la ley, no es posible proteger los derechos”, así como, “no interesa que el resultado sea injusto, pero es legal”. El concepto de seguridad jurídica se basa en la aplicación y cumplimiento de la ley. La ley, como afirma Ross, es válida y eficaz en cuanto un juez la aplica, en tanto que solo son aplicables las normas usadas por los tribunales,²² sin interesar que ésta sea justa o injusta.

Estos criterios, como era de esperarse, entraron en crisis y fue necesaria la incorporación de un nuevo modelo estructural dirigido a la protección de los derechos y la justicia, aspectos que juntos, en una interpretación integral, deben generar dignidad y provocar finalmente un buen vivir o *Sumak kawsay*.

LA APLICACIÓN DE LA JUSTICIA

La justicia que imparten los tribunales, como una finalidad, implica la proscripción de la impunidad.²³ Conforme el artículo 1 y 83.9 de la Constitución de la Repú-

20. Gustavo Zagrebelsky, *El Derecho dúctil. Ley, Derechos, Justicia*, traducción de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 1997, 2a. ed. (1a. ed.: 1995), p. 30.

21. *Ibid.*, p. 30.

22. Hans Kelsen, Eugenio Bulygin y Roberto Walter, *Validez y eficacia del Derecho*, Buenos Aires, Astrea, 2005, p. 46.

23. IMPUNIDAD. La impunidad es una circunstancia que pone de relieve la ineficacia del sistema de estatal, ya que no garantiza un acceso efectivo a la justicia, no protege los derechos, así como, permite se vulnere los derechos fundamentales de las personas. Al no sancionar los hechos que causan dichas vulneraciones, se incumplen con los deberes estatales consagrados en la Constitución (art. 83 CRE). En definitiva, la falta de sanción a los responsables de violaciones de los derechos fundamentales y la escasez de procesos serios de investigación producen impunidad. Por un lado, consiste en negar a las víctimas o a sus familiares el acceso a recursos judiciales efectivos; y por otro, que mediante resoluciones judiciales se limite a las víctimas o sus familiares la obtención de información y el derecho a que se les proporcione verdad y justicia. La creación de un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, al incorporar a la verdad como un derecho (art. 78 CRE), implica estructuralmente una lucha contra la impunidad. Finalmente, se resalta que el derecho a conocer la verdad consiste en que en el caso

blica del Ecuador, se establece como uno de los fines primordiales del Estado “la justicia”,²⁴ considerada dentro del marco jurídico democrático y participativo que garantiza el orden jurídico y político. Sobre la definición y alcance del término *justicia*, el profesor Carlos Santiago Nino, manifiesta:

Entre los discursos que emiten juicios de justicia, el de índole moral tiene una posición dominante en nuestra cultura. La justicia de acuerdo a reglas de juego, sociales, religiosos, jurídicas está supeditada a que las reglas en cuestión a su vez sean justas. Las únicas reglas o principios de los que no tiene sentido preguntarse si son justos son los de la moral ideal. Esto implica el concepto de justicia el cual debe analizarse en el contexto de la moral, es allí en donde ésta en su casa en donde interactúa con otros valores [...]²⁵

La justicia, definida por Rawls, es la capacidad moral que tenemos para juzgar las cosas como justas, apoyar esos juicios en razones, actuar de acuerdo con ellos y desear que otros actúen de igual modo; así, considera que el objeto primario de la justicia es ser la estructura básica de la sociedad, o sea, centra su atención en el modo en que las grandes instituciones sociales²⁶ disponen de un importante esquema de las cargas y los beneficios provenientes de la cooperación social. Es decir, que las cargas y obligaciones sean distribuidas de forma equitativa.²⁷

Al ser uno de los principales objetivos de la realización de la justicia, corresponde precisar a la luz de la posición subjetivista, como la objetivista antes explicada, que los actos sobre los cuales se juzgan deben determinar la verdad o falsedad de los hechos que se investigan y desarrollan en las controversias de justicia y, en definitiva, todos dependen de las actitudes, criterios y creencias del juzgador (juez). Un buen ejemplo de una visión meta-ética²⁸ subjetivista y, por tanto, relativista de la justicia, según el profesor Carlos Santiago Nino, es la de Kelsen que, luego de señalar las con-

concreto se haga justicia, es decir, el derecho a que no haya impunidad. En ese sentido, los llamados a proteger los derechos son los funcionarios públicos y especialmente los judiciales. (Corte Constitucional del Ecuador S. 002-2008-CN).

24. La justicia se ve como un valor necesario, aunque las concepciones sobre la misma y su relación con la legalidad varían. A veces, lo justo y lo legal no coinciden.

En, <http://www.oei.es/valores2/monografias/monografia04/reflexion05.htm>

25. Carlos Nino, “Justicia”, en: http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01360629872570728587891/cuaderno14/doxa14_05.pdf

26. John Rawls, *Teoría de la justicia*, Madrid, Tecnos, 2003, p. 62.

Por grandes instituciones, Rawls entiende la Constitución y las principales instituciones económicas y sociales.

27. La construcción de Rawls es neutral respecto del valor de la autonomía y la individualidad. Véase en Carlos Nino, “Los escritos de Derecho, moral y política”, en Gustavo Maurino, edit., *Derecho, moral y política*, I, *Metaética, ética normativa y teoría jurídica*, Buenos Aires, Gedisa, 2007, p. 78.

28. Por meta-ética, se entiende la reflexión sobre los problemas fronterizos que constituyen el horizonte último de la reflexión ética y señalan la línea de demarcación entre la reflexión puramente filosófica y la teológica.

cepciones más conocidas de justicia como la de dar a cada uno lo suyo, o la regla de oro que no se debe hacer a los otros lo que no se quiere que nos hagan a nosotros, o el imperativo categórico kantiano, que prescribe que debe operar de acuerdo a la máxima que uno desearía que se convirtiera en ley universal— son más bien expresiones vacuas que remiten al orden positivo, Kelsen afirma lo siguiente:

[...] si hay algo de la historia que el conocimiento humano puede enseñarnos, es la inutilidad de los intentos de encontrar por medios racionales una norma de conducta justa que tenga validez absoluta, es decir, una norma que excluya la posibilidad de considerar como justa la conducta opuesta. Si hay algo que podemos aprender de la experiencia espiritual del pasado es que la razón humana solo puede concebir valores relativos, esto es, que el juicio con el que se juzga algo como justo no puede pretender jamás excluir la posibilidad de un juicio de valor opuesto. La justicia como absoluta es un valor irracional [...].²⁹

Razonamiento que, según este autor, es tan subjetivo definir a la justicia que resulta imposible formar parte de la ciencia jurídica.³⁰ Esta afirmación, para el profesor Carlos Santiago Nino, confirma una visión relativista de la justicia, que lejos de ser moral, supone una moral de tolerancia democrática.

En sí, la justicia reconocida constitucionalmente, a ser aplicada por los tribunales, como nos propone *Gustavo Zagrebelsky*, “Lejos de las pretensiones teóricas de la justicia, [debemos] reconocerla no como una construcción conceptual, sino como una experiencia vital”. Sin duda, es un pilar fundamental sobre el cual se forma la sociedad ecuatoriana, posee un sentido estructural que pretende la realización de la libertad e igualdad; así como, los DESC y los derechos de la naturaleza, como el de acceso al agua, que constituyen principios hipotéticos de transformación, constituyen bienes primarios de una vida digna que proyectan un buen vivir. Así, se considera que la visión kelseniana fue un paso necesario ya superado.³¹ Para la proyección de un Estado de Justicia, la aproximación a la libertad como principio no nos dice nada de quiénes y en qué medida deben ser beneficiados de ella; y, de la igualdad, es un principio adjetivo que no nos dice nada sobre en qué respecto las personas deben ser iguales. Es deber de la justicia constitucional materializar esas asignaciones de cargas y ventajas sociales para que se distribuyan equitativamente entre ellos.³² Esto sugiere la combinación de estos valores bajo la idea de justicia, que consiste en una dis-

29. Ver, Carlos Nino, “Los escritos de Derecho, moral y política”, p. 85.

30. Hans Kelsen, *¿Qué es justicia?*, México, Fontamara, citado por Ramiro Ávila, “Ecuador, Estado constitucional de derechos y justicia”, en Ramiro Ávila, edit., *Constitución del 2008 en el contexto andino*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, p. 22.

31. Corte Constitucional del Ecuador, juez ponente, Roberto Bhrunis Lemarie, Sentencia No. 002-2008-CN.

32. Carlos Bernal Pulido, *El derecho de los Derechos*, Bogotá, Universidad Externado Colombia, 2007, p. 257.

tribución de libertad e igualdad, libertad igualitaria; así como, la condición de exigibilidad de los DESC que no son considerados como programas políticos, sino como derechos judicialmente exigibles,³³ en virtud de la denominada igualdad material de los derechos en la Constitución y la Ley.

Es también importante determinar la justicia en relación a otros valores y principios externos a ella. Un principio que suele entrar en tensión con la justicia, tanto en la teoría como en la práctica, es el de eficiencia. Este valor eficiencia (art. 172 CRE), en la administración de justicia, comprende la debida diligencia en los procesos. Constituye una base axiológica del llamado “análisis económico del derecho”;³⁴ como este valor debe relacionarse con la justicia, es motivo de controversia y hay variaciones interesantes. Algunos subsumen la eficiencia en la justicia, mientras que otros subsumen la justicia en la eficiencia, ya que ven a la justicia como el objeto de preferencias individuales que deben ser tomadas en cuenta en el cálculo de la eficiencia. En fin, otros conciben a la justicia y a la eficiencia como valores independientes; en este caso, se tiene que dar prioridad a la aplicación de la justicia sobre la eficiencia.³⁵ Se define así porque se le asigna un peso superior a la justicia de índole constitucional por ser un fin primordial por la naturaleza a la cual se pertenece el modelo de Estado ecuatoriano.

EL SUMAK KAUSAY O BUEN VIVIR Y LA REPARACIÓN INTEGRAL EN LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA

Conforme el preámbulo que inspiró el reconocimiento constitucional de las luchas de transformación social, identificó de manera muy particular al constitucionalismo, no solo inspirado en valores universales reconocidos en cartas de derechos universales y regionales, sino también en las particulares necesidades locales del pueblo ecuatoriano, cuyo fin es generar una “convivencia en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el *Sumak kawsay*”. El buen vivir como

33. Rodolfo Arango, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, LEGIS S.A., 2005, p. 1.

34. El Análisis Económico del Derecho, responde a dos preguntas básicas sobre el sistema y las reglas legales, a saber, cuál es el efecto que una determinada regla legal tiene sobre el comportamiento de los individuos y, en segundo lugar, si ese efecto de la regla es o no socialmente deseable. Para responder estas preguntas, positiva la primera y normativa la segunda, el enfoque que utiliza el Análisis Económico del Derecho es el que tradicionalmente ha venido utilizando el análisis económico y, particularmente, el análisis económico neoclásico. Según este enfoque, la conducta de los individuos y las firmas puede ser descrita asumiendo que se comportan racionalmente y actúan en la búsqueda de su propio bienestar.

35. Cfr. Carlos Nino, “*Justicia*”.

principio Constitucional forma parte de los denominados derechos sociales fundamentales.

El principio andino del *Sumak kawsay*, alimentado de varias fuentes, busca “la relación armónica entre los seres humanos y éstos con la naturaleza [...] Es un elemento [...] fundamental para pensar en una sociedad diferente que rescate los saberes y las tecnologías populares, la forma solidaria de organizarse, de dar respuesta[s] propia[s] [...]”³⁶ a los conflictos que se presenten en las instituciones sociales. Definitivamente, la relación del ser humano con la naturaleza y su identificación de manera integral implica varias cosas, a saber: *i*) marcar límites en la intervención del ser humano en la naturaleza, en consecuencia, están prohibidas las explotaciones indiscriminadas y la contaminación; *ii*) propender a una adecuada intervención, que se relacione el equilibrio entre la extracción racional de recursos y el nivel de afectación o modificación del ambiente (que sea reparable); *iii*) el uso de medios adecuados (técnicos y humanos), para mantener el equilibrio del ser humano y la naturaleza. Finalmente, se puede afirmar a este respecto que el ser humano es parte integral de la naturaleza y no debe asumir ninguna diferencia.

Como un fin propiamente dicho, la frase *Sumak Kawsay* posee varios significados: *i*) busca un equilibrio y relación del ser humano con la naturaleza de forma integral; *ii*) expresa la cosmovisión de la cultura milenaria indígena, “no es una cosa, es un espacio de vida”;³⁷ *iii*) se debe reconocer como un principio de vida para los indígenas, los afro y descendientes; también, los mestizos; *iv*) implica lo natural y lo sobre natural; *v*) es una base moral de las políticas indígenas; *vi*) traducida por los kichwas de Pastaza como “vida limpia y armónica”. Este principio, constitucionalmente reconocido, orienta el modo de vivir o “buen vivir”, activa todos los derechos relacionados con las libertades, los derechos sociales, la naturaleza, y posee la facultad de generar oportunidades, desarrollar las capacidades y emprender acciones, todo ello en armonía con la naturaleza.³⁸ Por esta razón, la Constitución nos plantea una forma diferente, compleja y particular de administrar justicia a los conflictos jurídicos-constitucionales. Implica necesariamente, a través de formas creativas, dentro del marco de las normas fundamentales, reparar los derechos constitucionales que se encontraran vulnerados en los casos concretos que se ponen en conocimiento de un juez, razón por la cual es necesario hablar acerca de la reparación integral.

36. Magdalena León, citado por Rafael Quintero, *La Constitución del 2008: un análisis político*, Quito, Abya-Yala, 2008, p. 38.

37. Cfr. *ibid.*, p. 40.

38. Cfr. *ibid.*, p. 40.

Para realizar un acercamiento al tema, es indispensable tener claro que la justicia puede ser incorporada como un valor moral en la administración de la misma y el valor particular del pueblo ecuatoriano que debe tender a un buen vivir. En ese sentido, se identifican las siguientes diferencias en la administración de la justicia positiva legal y la justicia constitucional:

1. Justicia positiva legal nace y termina en la Ley; se aplica mediante métodos de interpretación de la Ley (la exegesis, la subsunción, método histórico y el gramatical; su fuente se encuentra en el preámbulo del Código Civil).

La justicia positiva constitucional funciona integralmente: la Constitución es suprema, la Ley (se incorpora si es justa), los métodos de interpretación constitucional (de fuente doctrinaria), la materialización del preámbulo (*Sumak kawsay*) que forma parte de la Constitución. Implica la positivización de valores y principios universales y locales, en sentencias constitucionales.

2. Las sentencias de la justicia positiva legal, incorporan en sus textos los siguientes tipos de justicia: *i*) retributiva, el mal reclama el mal, el bien, el bien; el delito pide una pena equivalente, es la idea del contrapeso; el trueque es lo que prima; *ii*) la justicia distributiva genera sanciones y recompensas. No ofrece, sin embargo, una definición de que es el bien y que es el mal, ni una noción ética de las relaciones interpersonales. No tiene que ver con la construcción de una sociedad justa, sino con el restablecimiento de un equilibrio particular.³⁹ Los dos tipos de justicia son de fuente legal y solo se activan mediante regla.

La justicia constitucional positiva implica el reconocimiento de las antes explicadas, e incorpora los siguientes tipos de justicia: *i*) la reconciliativa o reconstructiva; repara las ofensas, se basa en la admisión de la culpa; busca el reconocimiento de la ofensa cometida, el perdón y, por tanto, la paz; *ii*) justicia restauradora, un ejemplo de ésta nos proporcionan las “comisiones de justicia y verdad”;⁴⁰ implica el reconocimiento y admisión de la culpa.

En conjunto, implican la reparación integral (art. 86.3 CRE). La Constitución ecuatoriana, en relación a este tema, se encuentra en consonancia con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos que, en su lucha contra la impunidad, aplica el concepto de reparación integral, que se basa en cumplimiento de obligaciones cuádruples: *i*) la obligación de investigar en los juicios de justicia de forma seria y responsable para dar a conocer los hechos que puedan establecer fehacientemente (verdad); *ii*) obligación de procesar y de castigar a los responsables (jus-

39. Gustavo Zagrebelsky y Carlo María Martini, *La exigencia de la justicia*, Madrid, Trotta, 2006, p. 36.

40. *Ibid.*, p. 40.

ticia); *iii*) obligación de reparar integralmente los daños morales (justicia reconstructiva) y materiales (justicia retributiva y distributiva) ocasionados (reparación); y *iv*) obligación de extirpar de los cuerpos estatales a quienes se sepa han cometido, ordenado o tolerado estos abusos en contra de las personas en general (creación de una administración pública digna de un Estado democrático).⁴¹

Finalmente, se puede decir que la reparación integral debe tener un sentido de justicia, usar medios adecuados e idóneos, apoyarse en la interpretación de la Constitución, lo cual implica descartar toda interpretación que tienda a la restricción del derecho constitucional y debe propender a generar un buen vivir, *Sumak kausay*. En definitiva, estos nuevos saberes deben ser incorporados por los operadores de justicia, abogados y estudiantes de derecho, tanto en el diario deber de resolver controversias judiciales; así como, en la práctica y el aprender diario de las ciencias jurídicas, que deben cada día estar en armonía con los aspectos que reclama la sociedad en general.

CONCLUSIONES

Los nuevos saberes en el constitucionalismo implican una simbiosis de lo nuevo y el desarrollo del derecho clásico. El constitucionalismo es un paso necesario que implica la incorporación de una creativa forma de materializar los valores y principios, reconocidos en la Constitución, en la administración de justicia.

En el cambio del positivismo legal al constitucionalismo, hay que saber incorporar los nuevos saberes que manda la Constitución en la aplicación de los casos concretos en la administración de la justicia. De forma general, el Estado Constitucional de Justicia es la proscripción de la impunidad y la propensión a desarrollar los derechos constitucionales.

La reparación integral en los tribunales de justicia, definitivamente marca la incorporación de cuatro formas de aplicar la justicia al caso concreto, esto es: la justicia retributiva, distributiva (reparación material), reconstructiva y la restauradora (reparación inmaterial). Finalmente, es indispensable recoger estas reflexiones sobre el nuevo constitucionalismo ecuatoriano para incorporarlo a las prácticas judiciales y pretender la constitucionalización de parcelas de vida de los ecuatorianos.

41. Joel Escudero, "El derecho a la verdad y su complicado reconocimiento", tesis UASB, p. 52, cita a Juan Méndez, "Derecho a la verdad frente a graves violaciones de los Derechos Humanos", en Seminario Internacional Retos de la Judicialización en el Proceso de Verdad, Justicia, Reparación y Reconciliación, Lima, Programa Andino de Derechos Humanos, julio de 2003, párrafo 50.

BIBLIOGRAFÍA

- Alcántara Sáenz, Manuel, Arturo López Nieto y María Ester del Campo, *Procesos de la transición a la democracia: estudios comparativos*, San José, IIDH-CAPEL, 1992.
- Arango, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, LEGIS S.A., 2005.
- Ávila, Ramiro, “Ecuador: Estado constitucional de derechos y justicia”, en Ramiro Ávila, edit., *Constitución del 2008 en el contexto andino*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- “Cierre de los bancos”, en diario *Hoy*, <http://www.hoy.com.ec/zhechos/2006/ecuadorsi8.htm>
- Escudero, Jhoel, “El derecho a la verdad y su complicado reconocimiento”, tesis UASB, 2008.
- Galeano, Eduardo, *Las venas abiertas de América Latina*, Montevideo, Tercer Mundo, 1995.
- Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, Lima, Universidad Autónoma de México / Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003.
- Habermas, Jürgen, Ronald Dworkin y otros, “La política y el Derecho, ¿se opone la democracia y el constitucionalismo?”, en *Revista Estudios sobre el Estado y la Sociedad*, No. 4, Barcelona, Paidós, 1998.
- Kelsen, Hans, *Teoría pura del Derecho*, Buenos Aires, Editorial Universitaria, 1965, 4a. ed.
- Kelsen, Hans, Eugenio Bulygin y Roberto Walter, *Validez y eficacia del Derecho*, Buenos Aires, Astrea, 2005.
- Méndez, Juan, “El derecho a la verdad frente a graves violaciones de los derechos humanos”, en Martín Abregú y Christian Courtis, comps., *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Edición Conmemorativa del 50 Aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1998.
- Nietzsche, Friedrich, *El gay saber o gaya ciencia*, Colección Austral, Madrid, 2001, 3a. ed. (1a. ed.: 1986).
- Nino, Carlos, “Los escritos de Derecho, moral y política”, en Gustavo Maurino, edit., *Derecho, moral y política*, I, *Metaética, ética normativa y teoría jurídica*, Buenos Aires, Gedisa, 2007.
- Pulido, Carlos, *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado Colombia, 2007.
- Quintero, Rafael, *La Constitución del 2008: un análisis político*, Quito, Abya-Yala, 2008.
- Rawls, John, *Teoría de la justicia*, Madrid, Tecnos, 2003 (1a. ed.: 1971).
- Storini, Claudia, “Criterios hermenéuticos de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional para la interpretación de las normas de reparto competencial entre Estado y comunidades autónomas”, tesis doctoral, Departamento de Derecho Constitucional y de la Administración, Valencia, 2001.

Zagrebelsky, Gustavo, *El Derecho dúctil: ley, derechos, justicia*, traducción de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 1997, 2a. ed. (1a. ed.: 1995).

Zagrebelsky, Gustavo, y Carlo María Martini, *La exigencia de la justicia*, traducido por Miguel Carbonell, Madrid, Trotta, 2006.

Jurisprudencia

Corte Constitucional de Colombia S. 530-1993.

Corte Constitucional del Ecuador, juez ponente Roberto Bhrunis Lemarie, S. 002-2008-CN.

Fecha de recepción: 6 de octubre de 2009
Fecha de aceptación: 23 de octubre de 2009