



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE SAN LUIS POTOSÍ

**Facultad de Derecho
Facultad de Psicología
Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades**

**“Los principios del derecho desde
una perspectiva Latinoamericana”.**

T E S I S

para obtener el grado de

MAESTRO EN DERECHOS HUMANOS

presenta

Luis Alberto Rojas del Toro

**Director de tesis
Dr. Vicente Torre Delgadillo**



Generación 2012-2014

San Luis Potosí, S.L.P., a agosto de 2014



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE SAN LUIS POTOSÍ

**Facultad de Derecho
Facultad de Psicología
Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades**

“Los principios del derecho desde una perspectiva Latinoamericana”.

Tesis presentada por Luis Alberto Rojas del Toro

Subcomité de tesis

**Dr. Vicente Torre Delgadillo (Director)
Mtro. Jesús Xerardo Martínez Muñoz (Asesor)
Dr. Martín Beltrán Saucedo (Asesor)**

Jurado del examen profesional

Presidente _____ Firma _____

Secretario _____ Firma _____

Vocal _____ Firma _____

Resultado: _____



Programa Nacional de Posgrados de Calidad (PNPC)



Generación 2012-2014

San Luis Potosí, S.L.P., a _____ de _____ de 2014

San Luis Potosí, S.L.P. a 31 de julio de 2014

**COMITÉ ACADÉMICO DE LA
MAESTRÍA EN DERECHOS HUMANOS
P R E S E N T E**

Estimados miembros del Comité Académico,

Los suscritos, miembros del subcomité de tesis de la estudiante **Luis Alberto Rojas del Toro**, generación 2012-2014 de la Maestría en Derechos Humanos de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, como resultado de un proceso de acompañamiento, donde hemos evaluado el fondo, la forma y la metodología de la tesis "**Los principios del derecho desde: una perspectiva Latinoamericana**",

HACEMOS CONSTAR

Que la referida tesis realizada por **Luis Alberto Rojas del Toro** para obtener el grado de Maestro en Derechos Humanos cumple con los requisitos necesarios para acceder al examen de grado.

Sin más por el momento, nos despedimos.

Atentamente



Dr. Vicente Torre Delgadillo (Directora de tesis)



Mto. Jesús Xerardo Martínez Muñoz (Asesor)



Dr. Martín Beltrán Saucedo (Asesor)

Al amor de mi vida, Luz, compañera en este y los caminos que quedan.

A mi familia,

Mi Padre Alberto Rojas y Madre Laura del Toro.

Mis hermanas, Monica, Laura

Mi hermano, Erick.

Mi Sobrina y sobrino, Sara y Emilio.

A mis compañeros y compañeras de generación que con sus pensamientos y críticas aportaron a este trabajo, especialmente a Enrique Ressa que estuvo a mi lado en este proceso.

A los que inspiraron este trabajo,

Alejandro Rosillo, por su fe en las nuevas generaciones y no despreciar la creación del conocimiento y su amistad.

A Antonio Salamanca, por su compañía en las ciudades de Quito y Otavalo, por mostrarme una visión diferente para poder re pensar el derecho y claro por ofrecerme su amistad.

A Carlos Wolkmer y Luca Machado, por compartir su conocimiento.

A mi comité,

Dr. Vicente Torre Delgadillo, Mto. Jesús Xerardo Martínez Muñoz y el Dr. Martín Beltrán Saucedo, gracias por su apoyo en todas las etapas, sin sus aportaciones no podría presentar este trabajo.

A todos y todas, muchas gracias.

INDICE

INTRODUCCION	6
CAPITULO PRIMERO	10
1. Introducción.....	10
1.1 los principios en el Derecho.....	11
1.2. Fundamentación de los principios en el Derecho	13
1.3. Construcción de los principios en el Derecho	17
1.4. Las reglas del derecho y los principios del Derecho	20
1.4.1La Teoría de ponderación de Robert Alexy	24
1.5 Conclusión	28
CAPITULO SEGUNDO	33
2.1. Introducción.....	33
2.1. El constitucionalismo liberal del siglo XIX(1801-1901) en Ecuador.....	34
2.2. Los principios del derecho en el constitucionalismo social en Latinoamérica	38
2.3. Los principios que subsisten en las constituciones de Latinoamérica	48
2.4. Conclusión	49
CAPITULO TERCERO	51
3.1. Introducción.....	51
3.2. El nuevo constitucionalismo latinoamericano	52
3.3. Los nuevos principios en la Constitución del Ecuador	54
3.3.1. Principio de plurinacionalidad.....	54
3.3.2. Principio de Pluralismo jurídico	55
3.3.3 Buen vivir como oposición al derecho capitalista	58
3.4 La función del Derecho para el buen vivir.....	65
3.5. El proceso constituyente en el Ecuador.....	79
3.6. Conclusión	101
CONCLUSIONES	103
BIBLIOGRAFÍA	109

INTRODUCCION

La idea de un sistema económico mundial está hundiendo el papel del estado al punto de convertirlo en un actor meramente incidental llevando consigo la desfragmentación del poder, los agentes económicos externos tiene un grado de influencia absoluto en las políticas nacionales.

Durante los 80's a partir de una serie de iniciativas modernizadoras, las cuales fueron impulsadas por los Estados Unidos, a través de una corriente que le llamaron el *conceso de Washington*, alcanzaron una buena parte de los países del sur.

El objetivo de esta iniciativa no tuvo como finalidad mejorar la calidad de vida, esas acciones se vieron traducidas en actos de gobierno como lo fueron privatizaciones y desregularización del mercado, buscando modificar la relación con la sociedad pero no su funcionamiento interno.

Luego, a partir de 1990 el Banco Mundial comenzó a redimensionar la actuación de los estados, esto mediante la reducción del aparato público y cambios en los servicios públicos, los países que geográficamente se encuentran debajo de los estados unidos no lograron contener la inexorable presión globalizadora de los años noventa, no tuvo más salida que insertarse en la órbita de la estrategia integradora estadounidense después de Canadá en 1994.

El último intento del control económico e industrial sobre américa latina fue el llamado Acuerdo de Libre Comercio para las Américas (ALCA), que debería haber estado en funcionamiento desde el 2005, según los propósitos de Estados Unidos, pero que por una postura firme de Venezuela, Brasil y Argentina no se llevó a cabo..¹

En ese sentido los países latinoamericanos como Bolivia, Venezuela, Ecuador, entendieron que no podían seguir siendo prisioneros económicos de los Estados Unidos de Norte América, por lo que en conjunto con los sectores que han sido relegados como los pueblos originarios, construyeron una estructura social apoyada en nuevas constituciones que respondieran a la realidad que se presenta por toda la región andina.

¹ Medici, Alejandro, "*La complejidad y tensiones de la sociedad civil en las negociaciones del ALCA: entre la participación reglada y la movilización contestataria (1994-2005)*." Relaciones Internacionales. IRI. UNLP. número. 42. 2012. p.5

Para un análisis del contenido teórico de las nuevas constituciones de algunos de los países del sur, por ejemplo Venezuela, Bolivia y Ecuador, es importante la pregunta que propone Roberto Gargarella,

¿Cuál es el problema que el constitucionalismo latinoamericano busca poner fin?, si bien históricamente dos principales corrientes fueron las que marcaron un cambio en el constitucionalismo, el liberalismo y el socialismo, respondieron al momento histórico en que se presentaron.

Cuando el constituyente liberal que se opuso a un modelo de estado canónico o clerical, no pensó que tiempo después existirá el socialismo constitucional y sus instituciones, estos modelos pretendieron solucionar el problema que se presentó en ese momento.

De igual manera, el caudillismo latinoamericano contempló que una constitución podía ser instrumento para hacer perdurar las causas independentistas, sin embargo con el tiempo al otorgarle demasiadas atribuciones a la figura del presidente con la finalidad de garantizar la independencia, se polarizó a una dictadura presidencial o bien el liberalismo constitucional en el Ecuador buscó separar a la Iglesia, Católica, Apostólica y Romana de las toma de decisiones de estado.²

La historia de los pueblos latinoamericanos está incrustada en el árbol de la teoría y ciencia europea, pues siendo pueblos colonizados, toda su capacidad de producción de conocimiento fue relegada y despreciada por los colonizadores europeos, a pesar de que la época colonial que desde un concepto político concluyó con la independencia de los pueblos latinoamericanos de los reyes y monarcas europeos, sin embargo según Aníbal Quijano señala que persiste una colonialidad del poder, que se entiende cuando en una sociedad existe un sistema de dominación consistente en la clasificación social universal a partir de la idea de raza, primer categórico imperativo en América, que permitió el control sobre los pueblos colonizados.

² Gargarella, Roberto. "El nuevo constitucionalismo latinoamericano: algunas reflexiones preliminares", en *Revista Crítica y emancipación: revista latinoamericana de ciencias sociales*, núm. 3, Buenos Aires, primer semestre, 2010, p.169.

Entonces, el colonialismo no solo es una cuestión de régimen de estructura social, es más que eso, pues atraviesa lo social, lo público, lo privado, la cultura, las mentalidades y subjetividades, esto tiene como consecuencia una colonialidad en la producción del conocimiento.³

Se pueden ver a través de los procesos constitucionales latinoamericanos la presencia del pensamiento europeo que expulsó al conocimiento previo a la corona, pues en la categoría de indio, construida por el europeo, como un ser no racional y por consecuencia incapaz de producir ciencia, conocimientos ancestrales que fueron exterminados y que al ser generados por el indio no podían ser aceptados por el europeo.

El principal de los problemas en el constitucionalismo latinoamericano, deviene de esa tradición eurocéntrica, donde algunos teóricos del derecho no pueden pensar fuera de las teorías europeas, como es el caso del neoconstitucionalismo, una corriente de tradición europea impulsada principalmente en América latina por Miguel Carbonell que pretende vincular jurídicamente y racionalizar el ejercicio del poder social en función de los derechos fundamentales de las personas, cuando precisamente la racionalidad metódica y la universalidad son los principales obstáculos para la generación de conocimiento.

En esa búsqueda de un marco teórico constitucional, en el año 2008 el constituyente del Ecuador, después de una movilización de varios sectores que habitan en el Ecuador, se emitió una nueva constitución, en la que aparecen conceptos nuevos para el derecho, por ejemplo: plurinacional y el buen vivir, conceptos que aportan nuevos elementos para la discusión en cuanto la teoría constitucional, un nuevo horizonte en el derecho.

En el primer capítulo, se analizarán los diferentes fundamentos para que se construyan los principios, buscando si responden a una tradición europea o si existen algunos principios que no parten de teorías eurocéntricas, basado en dos principales presupuestos: la existencia de principios en el derecho y su construcción, que están orientados para encontrar varias definiciones de los principios, porqué emergieron y las principales escuelas del pensamiento para los principios.

³ Boaventura, Sousa, *Descolonizar el saber, reinventar el poder*, Trilce, 2010, p. 15.

En el segundo capítulo, se analizarán los dos modelos previos a la Constitución de 2008 de Ecuador, el liberalismo y el socialismo, con los objetivos específicos de encontrar que principios fueron el punto de partida para las estructuras constitucionales.

En el tercer capítulo, se analiza la teoría del nuevo constitucionalismo latinoamericano basado en el presupuesto de que si es posible pensar en una forma alternativa de construir teoría constitucional basado en el presupuesto que han establecidos pensadores Latinoamericanos de que existe un nuevo constitucionalismo. Además de analizar los principios de plurinacional y el buen vivir en la Constitución del Ecuador de 2008.

Lo anterior para llegar a demostrar si los principios de plurinacional y buen vivir en la Constitución de Ecuador aporta nuevos elementos a elementos para una nueva teoría constitucional.

CAPITULO PRIMERO

LOS PRINCIPIOS DE EL DERECHO Y SU FORMULACIÓN CONSTITUCIONAL

1. Introducción 1.1 los principios en el Derecho1.2. Fundamentación de los principios en el Derecho1.3. Construcción de los principios en el Derecho1.4. Las reglas del Derecho y los principios del Derecho1.5 Crítica a la racionalidad de la teoría de los principios.

1. Introducción

El objeto de este capítulo es retomar diversas teorías sobre los principios del Derecho, las teorías son desde dos enfoques: el tradicional y el crítico. En el contenido de este capítulo se busca una respuesta para las preguntas de investigación, comenzando por ¿Qué son los principios en el Derecho?, aquí el lector encontrará algunas definiciones de autores como Yavich, Betti y Del Vecchio, porque estos autores coinciden que los principios son valor al decir que los principios son fines a alcanzar y pueden ser vistos como valores.

En segundo lugar ¿Por qué surgen los principios en el Derecho? se tomaron en consideración a los siguientes autores Hart, Rawls, Locke, Kant y Alexy porque cada uno de ellos tiene una perspectiva diferente sobre la teoría de los principios, tan es así que se desarrolla una discusión teórica sobre los presupuesto que cada uno desarrolló en sus distintas obras creando un dialogo entre los autores para responder la pregunta de investigación, además desde este punto se puede ver que estos comienzan a señalar un método racional para reflexionar sobre los principios para así dejar de lado a los contenidos subjetivos que pudieran tener los principios, en otras palabras que los principios deben de responder a un modelo racional para que puedan existir.

En tercer lugar, continua la pregunta ¿Cómo se construyen los principios en el Derecho?, como se verá en el contenido de este capítulo existe una tendencia predominante hacia un construcción racional, la optimización y la idealidad o el deber en los principios.

Uno de los principales autores sobre este método de interpretación o de aplicación de los principios es Robert Alexy con su fórmula de ponderación, además

los principios tiene la característica de tener un alto nivel de indeterminación y las reglas por su parte son mandatos de hacer o no hacer.

En cuarto lugar, ¿Cómo diferenciar las reglas del Derecho de los principios del Derecho?, esta pregunta es una consecuencia de la pregunta anterior porque para tener claro que puede ser o no un principio se debe saber que no puede ser y en este caso, como se mencionó en párrafos anteriores que una característica de los principios es su indeterminación por lo tanto todo lo que este claramente determinado es una regla. Dworkin, entiende a los principios como una constante que debe ser observado, por su parte Hart escribe una división de las normas, normas primarias y normas secundarias.

Por último, a modo de conclusión se elaboró una crítica a la teoría de la ponderación y a su racional y para ello considere la obra de Habermas para llegar así a las conclusiones de este capítulo.

1.1 Los principios en el Derecho

En el ámbito del Derecho existen principios y estos han sido definidos por varios autores. Del Vecchio, por ejemplo, escribe que los principios son aquellos en los que se sustentan los razonamientos jurídicos, los cuales se encuentran dentro de la misma ley o dentro de una costumbre y son utilizados de una manera difusa en la solución de las controversias judiciales además fortalecen el derecho vigente de una manera subsidiaria⁴.

Para Betti, los principios son un método por el cual se debe llegar a la heterointegración reconociendo su contenido axiológico capaz de rebasar el derecho positivo; mientras que Norberto Bobbio escribe que los principios generales son normas generales de un sistema jurídico.⁵

Yavich, por su parte, sostiene lo siguiente:

⁴Del Vecchio, Giorgio, *Los principios generales del derecho*, BOSCH, Barcelona, 1979, p. 7.

⁵Sánchez, Vázquez, Rafael, *Los principios generales del derecho y los criterios del poder judicial de la federación*, Porrúa, México, 2004, p. 6.

*“Los principios jurídicos reflejan las propiedades esenciales de la base social en el contenido de la realidad legal, y corresponde a los patrones objetivos de una formación socioeconómica dada y no a la escancia de clases del derecho inherentes en ella. De esta manera, los principios del derecho guían y sincronizan toda la maquinaria de la regulación legal de las relaciones sociales, y ante todo extraen las tendencias de clase de un tipo histórico del derecho y su lugar en la evolución social”.*⁶

Las definiciones anteriores tienen elementos que coinciden entre sí, un elemento es los principios jurídicos como normas generales abstractas, además, los principios jurídicos como producto de la realidad social. Entonces los principios pueden verse como un deber ser ideal, que responda a los problemas momento a momento, que se adecúen a las condiciones a las que se apliquen, y que estén validados por la sociedad en el momento en que son colocados dentro de una norma.

Ahora bien, uno de los principales usos de los principios es dar solución a los casos difíciles, pues no es admisible que un Tribunal se niegue a emitir un fallo dentro de su jurisdicción y competencia, por no existir derecho aplicable al caso, pues de ser así, el juez colocaría en peligro el orden social.⁷

Sin embargo, esta obligación no justifica que la actuación del juez se vuelva arbitraria y descuide la fidelidad que tiene con la ley. Por ello el juez puede usar los principios del derecho cuando dentro de un caso concreto la ley no lo resuelva. El juez considera el caso concreto que no prevé la ley y busca en su experiencia personal y en los conceptos y categorías que son producto de valores.

Por lo tanto sí los jueces no solo siguen la norma, la cuestión surge en lo que significan los principios jurídicos para cada juez, además de lo que los principios pueden significar para la población.⁸

⁶*Ídem.*, p 11.

⁷Del Vecchio, Giorgio, *op. cit.*, p.9.

⁸Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, tr Marta Guastavino, Ariel, Barcelona, 2002, p. 49.

Según Del Vecchio, los principios del derecho no cuentan con un proceso de validez, pues sostiene que solo tienen un orden de aplicación y Sánchez Vázquez agrega que deben tener una armonía.

La armonía en los principios es colocar límites entre ellos, es por poner un orden en razón de la regulación vigente; luego, la concretización, se puede dar mediante la jurisprudencia además de valores complementarios que son agregados por el juez y el legislador.⁹

Ahora bien, si los principios provienen de las normas vigentes no por ello ha de esperarse que la solución provenga de las mismas; además, que si la solución legal a esas lagunas es considerada como un sistema integración, los principios serían irrelevantes pues no contribuirían a la solución.¹⁰

Por su parte, Joaquín Arce sostiene que la deficiencia de la ley es una ficción, una apariencia de falta de regulación en los casos donde no se pueda presentar una solución aceptable, en todo caso se deberá localizar una *ratio* más general que sirva para resolver el problema en cuestión.¹¹

Por lo tanto es conveniente replantearse la utilidad de los principios del derecho, pues de seguir sosteniendo el derecho positivo no saldremos de sus cauces y sus limitaciones, por tanto hay que buscar crear principios con base en la propia realidad social, pues el fundamento apropiado para la búsqueda de los principios y con ello su establecimiento, no provendrá de una tesis aislada o de un pensamiento científico, tiene que responder a una construcción ligada a la realidad social y la realidad jurídica¹².

1.2. Fundamentación de los principios en el Derecho

Como se definió en párrafos anteriores que son los principios del Derecho, ahora abordaré el porqué de los principios. Si bien es cierto los principios están cargados

⁹Sánchez, Vázquez, *op. cit.*, p. 4.

¹⁰Arce, Joaquín y Flores, Valdés, *Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional*, Civitas, Madrid, 1990, p. 28.

¹¹*Idem.*, p. 31.

¹²Del Vecchio, Georgio, *op. cit.*, p., 31.

del concepto de universalidad, esto es, que son construidos en un modelo a seguir o bien como dice Alexy la optimización de los derechos, lo jurídicamente posible.

Entonces, este concepto de universal de los conceptos entendidos como principios son los que vienen a darle racionalidad a las premisas mayores dentro del orden constitucional, es por ello que la racionalidad del Derecho viene a ser una base en la que se han fundamentado los principios en el derecho. Los principales cánones del racionalismo son Jhon Locke y Kant, toda vez que el modelo racionalista busca darle coherencia al derecho desde la lógica, pues la racionalidad entendida como medio por el cual se puede alcanzar la justicia.¹³

La racionalidad sostenida en el uso de silogismos que parten de principios, estos principios le permitirían a los jueces conservar un orden jurídico, uno de los principales filósofos jurídicos que sostiene esto es Rawls, es así que los principios consolidaron una posibilidad de resolver las lagunas y las antinomias que se pudiesen presentar dentro de las normas, así los jueces tomarían mayor campo de acción en cuanto a la creación de derecho y desplazando al legislador como único creador de derecho positivo.¹⁴

Ahora bien, visto los autores anteriores se presentó una discusión entre algunos de ellos, por ejemplo Ronald Dworkin hace un crítica a Hart y a Robert Alexy.¹⁵

La posición de Dworkin se contrapone a un estándar exclusivo de reglas, por considerarlo insuficiente para dar una explicación del derecho, haciendo una crítica en cuanto al sistema construido también por los principios, en los que Ronald Dworkin los restringen los reduce solo a poder resolver los casos difíciles.¹⁶

Ahora bien Dworkin, si bien empieza con una crítica inicial a Hart lo que rescatar es la forma en que él diferencia las reglas y los principios en el derecho, la

¹³Kant, Immanuel, *fundamentos para un metafísica de las costumbres*, Alianza, Madrid, 2002, pp.135-146.

¹⁴Ruiz, Sanz, Mario, *La construcción coherente del derecho*, Dykinson, Madrid, 2009, pp. 31-32.

¹⁵Herbert, Lionel, Adolphus, Hart, *el concepto del derecho*, nacional segunda edición, México, 1980, p. 33.

¹⁶ Los casos difíciles a los que se refiere Dworkin son aquellos que el derecho positivo no revuelve o bien la hipótesis analizada no se encuentran dentro del marco jurídico que se está aplicando al caso concreto, por ello los principios son la herramienta idónea para solucionarlos.

cual se manifiesta respecto de la solución que ofrecen; en sentido las reglas tendrían una estructura condicional de todo o nada, es decir el juez las aplica si son válidas o simplemente no las aplica, a diferencia de los principios que no manifiestan exactamente los presupuestos para su aplicación, ni las consecuencias jurídicas que se deriven de ello; además los principios a diferencia de las reglas tienen en su dimensión un peso que les es concomitante, sobre todo cuando los principios que entran en conflicto y corresponde al juez su resolución.

La importancia del trabajo de Dworkin puede ser comparado con el de Robert Alexy, pues Alexy escribe que las reglas son aplicación del todo o nada los principios son una razón a favor de la documentación no constituye sino un modelo simple que tiene que ser mayormente diferencial, adscribiendo la diferencia a una cuestión cualitativa y no de grado.

Si suponemos que la diferencia recae sobre una cuestión de grado las reglas y principios jurídicos, se dice serían esencialmente por su generalidad, por lo que la diferencia entre principios y reglas sería únicamente una cuestión de indeterminación en cuanto a la norma, así mientras más alto sea el nivel de indeterminación la norma sería calificada como principio, a la vez que mientras más bajo sea la indeterminación la norma sería una regla.

Robert Alexy, crítica que la clasificación de las reglas como del todo o nada no determinan una adecuada noción acerca de lo que son las reglas ya que estas sobre todo en los ordenamientos jurídicos actuales no dan cuenta de todas las excepciones que se puedan dar sobre ellas, debido a la pérdida en la capacidad de abstracción de las reglas.

Alexy amplía y desarrolla la noción de Dworkin acerca de lo que son las reglas diferenciándolas como mandatos definitivos ya que contienen valores en el campo de lo posible táctica y jurídicamente, de este modo la estructura normativa de las reglas se terminaría en que según su cumplimiento exige sólo una determinación medida, a diferencia de los principios en los que su cumplimiento podría ser de diferente grado al ser normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor

medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes en este sentido los principios serían mandatos de optimización.¹⁷

Ahora bien, Atienza y Ruiz Manero escriben que los principios pueden ser comprendidos y aplicados a partir de su estructura, esto es, respecto de la forma como se encuentran organizadas ciertas normas o estado de cosas en una determinada disposición.

En efecto, caracterizan a los principios como estructuras que configuran los casos de forma abierta, mientras que las reglas lo hacen de forma cerrada, distinguiendo a su vez en principio en sentido estricto, en los cuales existiría una consecuencia jurídica y directrices en las cuales solamente se perseguiría un estado de cosas determinado.¹⁸

Por su parte, Sieckmann, escribe que los principios pueden ser vistos como mandato de validez, pues trata de aportar elementos justificativos adicionales y complementarios al modelo de los principios, siendo así, la primera posición de él, enfatiza que los principios no pueden entenderse ni tratarse en el razonamiento jurídico como proposiciones normativas esto es como definitivamente válidos sino como argumentos normativos o razones a ponderar.

Ahora bien, Habermas, escribe que los principios comprendidos como valores, esto así en relación con el constitucionalismo Alemán y a la postura de Robert Alexy. Porque la correspondencia entre principios y valores viene principalmente determinada por la doctrina de Scheler sobre la construcción de un orden de valores materiales que pueden ser objetivamente gradados a través de las consideraciones sobre lo bueno y lo malo, sin caer en la incoherencia subjetiva planteada por Kant en relación a que móviles empíricos a primera vista acaban en el error.

Así pues lo que orienta su objeción en este sentido, indicar a diferencia de ontológica en de los principios y la teología que pertenecen a los valores, destacando que la validez ontológica posee un carácter binario de acción de aplicación y de consideración, mientras que el nivel de los valores, la opción sería la función de lo más recomendable o lo jurídicamente posible lo cual presenta problemas de

¹⁷ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2008, p. 180.

¹⁸ Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del derecho*, Ariel, Madrid, 1996, pp. 70-80.

legitimidad en el orden de la irracionalidad a la que se veía abocado el juzgador a preferir tal cual valor.

Principios como mandatos a concretar. Si bien es cierto varios autores sostienen que los derechos son una construcción que representan aquellos espacios vitales, por ejemplo la libertad. Para que esto sea así los derechos deben estructurarse principalmente en forma de principio como estructuras categóricas formales, esto es incondicional o mejor dicho abiertos a condicionamientos, los cuales son susceptibles a ser complementados a través de la creación de una red de redes o estado de cosas, que conforman el contenido de aquel principio.

Es decir que los principios al representar formas ideales, son estructuras carentes de contenido material y que sirven de presupuesto justamente para transformar la realidad exigiendo a partir de su constatación con determinados presupuestos fácticos que se establezcan para cada caso particular, la necesidad de su contratación envase una regla construida para ese efecto.

Debe ser y ser, no son por este motivo espacios separados por un abismo son presupuestos concomitantes en la permanente construcción y reconstrucción del contenido de los derechos fundamentales, en contando del carácter estructural los principios la herramienta adecuada que conecte la medida posible las posibilidades a través de un mandato que sea posible optimizar regla que medie entre los dos polos.

Los derechos fundamentales pueden cumplir su cometido, servir como medios de negación de regímenes de casualidad natural. Las reglas, a través del mandato concretar y la función de irradiación impuestas al estado no pueden por consecuencia tener cualquier contenido serán viables en cuanto se marquen en el espacio ideal exigido por el principio que contiene el derecho fundamental y por su contenido político viabilizando la consecución de un estado constitucional.

1.3. Construcción de los principios en el Derecho

Del mismo modo, en relación con los párrafos anteriores debe decirse que los principios no emergen de un *bing bang* teórico o por la casualidad; llevando un método de construcción racional, la optimización y la idealidad o el deber ser de El

Derecho. Primeramente, los principios como mandatos a concretar, están presentes en la creación del derecho, es un régimen de realidad ideal lo que se quiso señalar es esa capacidad que los mismos derechos tienen para constituirse en una fuente creadora entre legitimación, servir como razón práctica para juzgar ciertos estados de cosas y consecuencias jurídicas categóricas, con las materialmente existentes, en otras palabras mandato a optimizar.¹⁹

Para que proceda, los derechos de estructuras principalmente en forma de principio como estructuras categóricas formales, esto es incondicional o mejor dicho abiertos acondicionado, cuales son susceptibles a posterior de ser saturados a través de la creación de una red de reglas o estado de cosas, que conformarán contenidos de aquel principio.²⁰

Es decir que los principios representan formas ideales, son estructuras carentes de contenido material y que sirven de presupuesto justo para transformar la realidad exigiendo a partir de su constatación con determinados presupuestos fácticos que se establezcan para cada caso particular, la necesidad de su concreción en base a una regla constituida para el efecto.²¹

Por otra parte, deber ser y ser, no son por este motivo espacios separados por un abismo, son presupuestos concomitantes en la permanente construcción y reconstrucción del contenido de los derechos fundamentales, encontrado en el carácter estructural y de instituto de los principios el puente apropiado que conecte la medida de las posibilidades a través de un mandato a concretar y optimizar, reglas que miden entre los dos polos. Sólo así entendido y configuran los derechos fundamentales pueden cumplir su contenido y servir como medios de negación de regímenes de casualidad natural.

En segundo lugar la operatividad del mandato a concretar, o bien la idealidad como presupuesto. La característica de idealidad inherente a los principios, que con acierto expone Sieckman, fundamenta la posibilidad de que a partir de formas primarias incondicionadas, se puedan integrar infinitamente mandato de validez,

¹⁹ Konrad, Hesse, *Escritos de derecho Constitucional*, Centros de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, pp. 44-46.

²⁰ Guastini, Ricardo, *teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Madrid, trota, 2012, p. 169.

²¹ Ferrajoli, Luigi, *democracia y garantismo*, Madrid, trota, 2008, pp. 30-31.

consecuencia de la creación de una o varias reglas resultados otorgamiento de una respuesta a una problemática concreta o abstracta de la sociedad, mediando entre el principio y la regla como consecuencia un nexo de implicación reiterada.

Además, está la validez inicial no definitiva en principio sustenta precisamente, la capacidad de esta estructuración para soportar un número infinito de pretensiones igualmente válidas, las cuales serán fundamento o no para la realización de una cierta consecuencia jurídica un estado de cosas, dependiendo si existe o no otro principios que juzgan en sentido contrario.

Esta realización, presupone una concreción del principio a través de la inclusión de un supuesto de hecho específico, estructurando posteriormente en forma de regla o política pública utilitaria para el caso concreto o ajustado a cierta problemática social.²²

La regla o política pública generada se regirá por el principio de universalidad, teniendo validez definitiva, pero siendo sustentable esta cualidad sólo a través del principio de inercia.²³

En tercer lugar, la operación de los principios en el razonamiento jurídico El ideal de perfectibilidad y la carencia de supuestos condicionantes, predetermina, que los principios jurídicos no pueden ser utilizados como proposiciones normativas señala Sieckman, sino como razones dentro de un proceso argumentativo, las cuales precisan una ponderación al igual que lo esquematiza Alexy.

Por lo tanto, los principios serían a primera vista ilimitadamente válidos respecto de cualquier pretensión y por ello como lo señala Alchourrón condicionalmente derrotarles frente una razón mayor que juzgue en sentido contrario, constituyéndose en razones contribuyentes de un resultado expresado en una regla.²⁴

La consideración de los juristas mencionados, guarda una estrecha utilidad en nuestro país, ya que la tendencia de aplicar los principios en el razonamiento jurídico

²²Sieckmann, Jan, *El modelo de los principios del derecho*, Books, 2006, pp.3-32.

²³Alexy, Robert, *teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, p. 263.

²⁴Alchourrón, Carlos, *fundamentos para una teoría general de los derechos*, Marcial, Madrid, 2010, p. 133.

es tratarlos como razones últimas que en definitiva eliminan posiciones jurídicas, en las que posiblemente existe un mayor peso.

Por último, cabe mencionar el método que se sigue para la construcción de normas, el método constructivista dotación del contenido de los derechos que nos presenta el constitucionalismo moderno, pues presupone una articulada explicación de las funciones del estado. Esta opción, implica concebir no sólo la máxima autoridad política al legislador ni la jurisprudencia a los tribunales como las únicas llamadas a precisar el contenido de los derechos por lo que indudablemente tiene un notable impacto en cuanto la realización de un estado como constitucional.

Efectivamente, y como lo señala Prieto al decidir cuáles son las fuentes del derecho equivale decir quién y cómo manda, por ello el constituyente ha previsto la adopción de este método equivalente a sustentar un cambio en lo que por el modelo estándar de fuentes del derecho se considere, en cuanto ya no existe una función del Estado en exclusiva competencia formal y material para decir que es y no es parte del contenido de un derecho fundamental.²⁵

1.4. Las reglas del derecho y los principios del Derecho

Para una mejor comprensión de las diferencias que pueden existir entre por principios y normas, es adecuado atender lo que Hart propone hacer una división de las normas, normas primarias y normas secundarias.²⁶

Las normas primarias son aquellas que asignan derechos o imponen obligaciones a una población, ahora, las normas secundarias son las que determinan los procesos de creación, modificación y extinción que se deben seguir para la modificación de las normas primarias, para Hart esas normas deben ser emitidas por una persona que tenga autoridad para dictarlas.

Por su parte Dworkin, entiende a los principios como una constante que debe ser observados, sin embargo, es preciso en señalar que la cuestión recae en la

²⁵Prieto, Sanchíz, Luis, *Apuntes de Teoría del Derecho*, Trota, Madrid, 2005, pp. 37-44.

²⁶Dworkin, Ronald, *op. cit.*, p. 68.

diferencia entre los principios jurídicos y las normas jurídicas que sostiene es una distinción lógica.²⁷

La distinción lógica aparece en situaciones fuera de las normas, esto es que, los tribunales deberían de considerar cual es el peso del principio o la importancia de uno de ellos respecto del otro, ese espectro de importancia o peso no lo tienen las normas.

Sin embargo, Dworkin sostiene que las normas atienden a un grado de funcionalidad dependiendo el comportamiento que regule, pero que pasa cuando el juzgador opta por el principio de justicia, tal principio no se encuentra definido en una norma.

Por otra parte, otras normas señalan el procedimiento que tiene un juicio y su proceso sin embargo puede que el resultado no sea justo, ¿entonces?, encontrar una fórmula para la distinción entre normas jurídicas y principios jurídicos se ve difícil, pero aparentemente puede encontrarse en cuestión de la forma, pues vista con un criterio de generalidad de la norma, borraría toda distinción de grados de aplicación pues al tratarse de una norma con un grado de generalidad alto.

Por ejemplo, la libertad de tránsito y si una norma contiene la libertad de estacionarse en la vía pública que es un norma de menor grado, es ahí donde se desvanece la diferencia entre un regla y un principio, entonces según esta tesis las normas tendrían que tener por sí mismas un contenido valorativo o bien hacer una diferencia solo tomando en cuenta el grado.

En ese sentido, Robert Alexy sostiene que sí existe una diferencia entre reglas y principios; y, esto atiende a lo que es el mandato de optimización, esto es que los principios se deben de cumplir hasta donde jurídica y materialmente sea posible y las reglas deben de cumplirse con exactitud, por lo tanto, la diferencia entre es de carácter cualitativo, no debe pasar desapercibido que una limitante que podrá tener los principios es que al momento de su aplicación choque contra una regla u otra principio.²⁸

²⁷ *Ídem.*, p. 75.

²⁸ Alexy, Robert, *op. cit.*, p. 67.

Ahora bien, Humberto Ávila, sostiene que las normas no deben de observarse como el conjunto de los textos jurídicos vigentes, sino que a partir de ahí es donde surgen las normas y presenta los siguientes conceptos de reglas y principios:

“Las reglas son normas inmediatamente descriptivas, primeramente retrospectivas y con pretensión de decidibilidad y comprensión, para cuya aplicación exige la valoración de la correspondencia, siempre centrada en la finalidad que les da soporte o en los principios axiológicamente superiores, entre la construcción conceptual de la descripción normativa y la construcción conceptual de los hechos.

*Los principios son normas inmediatamente finalistas, primariamente prospectivas y con pretensión de complementariedad y parcialidad, cuya aplicación se requiere una valoración de la correlación entre el estado de cosas que debe ser promovido y los efectos derivados de la conducta considerada necesaria para su promoción”.*²⁹

Entonces, los principios están cargados de valores que se buscan promover y por su parte las reglas corresponden a relacionar los hechos con lo que prevé la regla. Por otra parte, se puede presentar que principios tengan conflictos entre sí a lo cual a continuación se describirá un modelo racional para su solución.³⁰

Regularmente la aplicabilidad del derecho conlleva consigo un ejercicio llamado de subsunción. Plantear un caso concreto en una regla general conlleva a fijar que en un determinado caso, es hacia la regla general y con ello conlleva a una solución normativa determinada, como consecuencia, se puede decir que, un caso general está constituido por propiedades, y al momento de relacionar el caso de análisis con una posible solución normativa, según Alexy existe una selección que le llama propiedades.

Las propiedades a las que se refiere a Alexy, en relación con la norma a seleccionar, pues el resto de propiedades del análisis son irrelevantes, un ejemplo

²⁹ Ávila, Humberto, *Teoría de los principios*, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 29.

³⁰ *Ídem.*, p. 70.

claro sería que si en materia mercantil las propiedades relevantes son el hecho de que se firma un título de crédito con todas las formalidades que exige la ley de la materia estas serían las propiedades de la norma relevantes, ahora, si el acreedor o el deudor fueran vestidos de traje o con un pantalón de mezclilla, éstas serían propiedades irrelevantes del análisis.

Asimismo, existe la posibilidad, que al contrario al ejemplo anterior, no solo sea aplicable una norma, sino que existe otra norma aplicable en relación al caso en concreto, pero que contravenga con la primera norma que se planteó como solución al problema, a esto en el lenguaje jurídico se le conoce como antinomia, que en palabra de Riccardo Guatíní, reza: “*Sera obligatorio hacer A, “Está prohibido realizar B, “es permitido hacer C”*, o dicho de otra manera, como un enunciado sintácticamente condicionado a que conceda una consecuencia jurídica a un supuesto de hecho, o sea a una circunstancia.”³¹

Ahora bien, la discrepancia, según Alexy, es que existen conflictos que se presentan entre reglas y principios, recaen en que los conflictos de reglas se resuelven o bien implantando en una de las reglas una cláusula de excepción que elimina el problema o bien declarando inválida una de las normas.³²

En otra idea, en relación a los choques que pueden darse entre los principios, Alexy propone una solución analógica y dice que uno de los principios tiene que ceder en cuanto al otro, sin embargo, con esto no quiere decir, que se invaliden alguno de los principios en choque, ni mucho menos da cavidad a introducir una excepción.

Lo explico, derivado de ciertas circunstancias es evidente que un principio antecede al otro, es por ello que bajo ese discurso se afirma que, dentro del caso específico, los principios tiene diferentes pesos y el conflicto se resolverá atendiendo el tamaño del peso, para dejar de observar la dimensión de validez y atender el principio de mayor peso, porque cuando un juez pondera, su función consiste en

³¹ Bobbio, Norberto, *Teoría General del Derecho*, Temis, Bogotá, 1997, p. 188.

³² Alexy, Robert, *op. cit.*, p. 69.

pesar o sopesar los principios que concurren al caso concreto, y poder así resolver la controversia suscitada.³³

1.4.1 La Teoría de ponderación de Robert Alexy

La ponderación viene a definir de manera racional en que se aplican los principios jurídicos, es decir, las normas que llevan consigo una obligación de hacer dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes.

Dichas posibilidades jurídicas se determinan mediante principios y reglas opuestas, las posibilidades reales se derivan de enunciados fácticos. Para establecer la mayor medida posible, se requiere la confrontación de principios opuestos o los principios que respaldan las reglas opuestas.

Es por ello que la ponderación es la manera de aplicar los principios y de resolver las colisiones que puedan presentarse entre ellos, así como, los principios o razones que jueguen en sentidos contrarios.

Luego, la ponderación entra cuando se presentan choques entre principios, y se necesita pesar el principio con los principios que estén en contra, es por ello que, los contrastes que aparece en el caso concreto, un principio se encuentra definido por una norma que se aplica al caso, y por otro lado, a su vez, se fija su aplicación.

Ahora bien, el juicio de ponderación entra a programar un proceso para determinar cuál de los principios que se estén analizando debe de utilizarse al caso concreto, con ello, determinar los grados de daño y beneficio de cada principio, para así llegar a determinar cuál es el principio con mayor peso y como consecuencia el principio que debe de subsistir frente al que se encuentra.³⁴

Dicho en otras palabras, la ponderación viene a definir según Alexy una fórmula que se integra de a, b y c, el primero de los valores la ponderación, el segundo la argumentación y finalmente su fórmula de peso, en base a estos tres valor se puede llegar a resolver los problemas que se presenten por antinomia, siguiendo estos pasos se podría delimitar la afectación o satisfacción de uno de los

³³*Ídem.*, p. 73.

³⁴*Ídem.*, p. 128.

principios, es evidente que la ponderación peca de un racionalismo para poder definir cuáles son los derechos fundamentales.

La postura de una ponderación racional, se entiende si el enunciado normativo que se eligió está integrado de tres principales elementos:

A. La relación de un principio con el otro, en una hipótesis se podrá decir que la vida, o el honor, la dignidad de una o varias personas, la postura que sostiene es que si se lastima la integridad de una persona por su forma de actuar o convivir en sociedad, le restringe en su esfera de derechos de igual manera que a todas las demás personas de la comunidad.

B. la condición de la persona, es cuando se restringe el uso de un principio que se opone no solo a los intereses de un particular, son a los generales, colocando condiciones para la preferencia del principio.

C. Consecuencia jurídica, es la consecuencia eminente del examen de racionalidad que el operador del derecho utiliza sobre el caso concreto.

Luego, las medidas que se tienen de la ponderación como un método que busca aportar un procedimiento racional, en lo posible que se apunte según Alexy, en la aglomeración necesaria y estricta de un resultado en el caso preciso, serían atinadas, en la medida que estas no sentarían a la declaratoria de irracionalidad del aparato, para ponderar principios constitucionales, se le da una atención diferente, dado que los principios fundamentales carecen de universalidad o dogma, jugando así un papel importante, la correlación de superioridad condicionada.

Por lo tanto, como al manejar argumentos jurídicos de forma fundamental, estos descritos a enaltecer la aportación a la justificación racional de los principios, estableciendo argumentos concretos a la ponderación.

Alexy formuló una serie de procesos para las ponderaciones de principios constitucionales, con una establecida pretensión para resolver encuentros de cualquier tipo, esta regla determinará la relación que guarda la satisfacción o afectación de un principio, sin dejar de atender la importancia de satisfacer el otro.

En ese orden de ideas, se establecen choques entre cuerpos normativos de igual jerarquía, en este caso de jerarquía constitucional, y un principio visto de esta forma solo logrará satisfacerse como resultado del otro, obedeciendo así de su nivel de importancia, mostrando una relación de principios antepuestos, lanzando como resultado una acumulación de un peso de los diversos principios en choque, pues como se indicó arriba, los principios no conllevan un dado peso de forma previa y su carácter no es universal, sino a la duración de la colisión es causa de hablar de pesos recíprocos.

La norma de la ponderación respalda en primer lugar, la importancia de la satisfacción del principio confrontado, y también, en segundo lugar, expresa un mandato, lo notable es el grado de las consideraciones de los principios, y de acuerdo con su técnica, la ponderación plantea una regla de cómo ha de crear ese examen, que despida una ponderación de principios y su método a la aplicación específica del principio, en un juicio racional y objetivo que sale del análisis de los elementos tanto argumentativos como lógicos y materiales de deducción, que van a admitir al juzgador o al operador del derecho, crear el proceso de los principios que se ponderan, es así como Alexy, expone la utilización de parábolas de indiferencia de segundo nivel, encaminadas a un meta para que el argumento sea aplicado.³⁵

Con ello podemos decir que, el objeto a decidir en las ponderaciones de principios se coloca en un procedimiento concluyente de decisión y es según los niveles de jerarquía del cumplimiento de un principio y del cumplimiento o no del otro principio.

Entonces, la ponderación en razón de lo propuesto por Alexy persigue un juicio de valores, pensaremos entonces que el examen de necesidad para construir un juicio de ponderación válido y fundamentado en solucionar la colisión de principios arrojaría el resultado de viabilidad o no de ponderar, caso en el cual la justificación de no aplicar el otro principio estaría orientado y fundamentado en dicho examen apuntando más al criterio objetivo de estudio ponderado en el caso concreto.

Ahora bien, las condiciones que permiten definir las características de fundamentación entre valores y principios, conlleva a establecer la aplicación de la

³⁵ *Ídem.*, p. 77.

ponderación, colocando enunciados que determinen los grados de afectación o de importancia, además, con la argumentación jurídica construye los argumentos que permiten describir la ponderación para determinado caso concreto.

Aunado a lo anterior, la racionalidad de la ponderación, es la estrategia argumentativa, que construye las ponderaciones constitucionales y derechos fundamentales para determinar su peso sobre otro derecho o principio.

Así las cosas, cuando se efectúa el examen de aplicabilidad en cuanto a la necesidad, dentro del ejercicio de la actividad jurisdiccional, es por ello que Alexy dentro de su teoría insiste en que al valorar los juicios y su grados de razonabilidad, se entra en un campo de interpretaciones tomado en cuenta los argumentos planteados por los usuarios del derechos.

Es claro en su doctrina en definir que dentro de la ponderación no entra la subjetividad, pues una de las principales oposiciones que se tiene acerca de la ponderación recaen precisamente en determinar si la ponderación es un mecanismo racional que le permite al juzgador realizar sus juicios de manera objetiva y sustento de los resolutivos que contengan sus sentencias.

En ese sentido, si la ponderación fuese un mecanismo abstracto y subjetivo, no tendría que pasar por los filtros de principios de aplicación y sub principios así como la proporcionalidad, necesidad de satisfacción.

Además, no establecería una condición a su uso en el caso de precedencia o no de un determinado principio para llevar a un posterior mandato, considerando así que la teoría de los derechos fundamentales como teoría general referida a estos derechos en lo que se refiere a la ponderación como mecanismo para solucionar sus colisiones si cumple con los requisitos de racionalidad y razonabilidad fundamental, en la aplicación de las decisiones jurídicas referido a su problema de fundamentación, tomando en cuenta que la Constitución y los Tratados Internacionales son los enunciados que indican los derechos fundamentales, mismos que se identifican por un eminente grado de indeterminación normativa.

Por lo tanto, como se ha señalado con anterioridad, las normas de derechos fundamentales, son el conjunto de significados prescriptivos de las disposiciones que

los contienen, mediante las cuales se establece que algo está ordenado, prohibido o permitido. Son el resultado de la interpretación constitucional.

También se conocen como sub principios constitucionales. Cuando más indeterminada sea una disposición, más fácil resultará determinar y fundamentar el conjunto de normas adscritas.

Ahora, en el caso de tratarse del control de constitucionalidad de las leyes debe ser entendido que solo será aplicable al caso en concreto. Por ello, la racionalidad, la razonabilidad y el principio de proporcionalidad son criterios para la valoración correcta de los argumentos interpretativos de las disposiciones legislativas y constitucionales, y en ese sentido son criterios para la fundamentación correcta de las decisiones que se adoptan en el control de constitucionalidad.

Dichos criterios funcionan con dos funciones: la primera, son criterios orientadores mediante los cuales los organismos jurisdiccionales intenta tomar decisiones correctas y adoptarlas correctamente; la segunda, son criterios valorativos mediante los cuales la comunidad política y jurídica examina la corrección de las decisiones de los organismo jurisdiccionales.

1.5 Conclusión

De las teorías descritas en los puntos anteriores, se puede ver que dependen de la ponderación y por lo tanto de la optimización, esta estructura de los principios se le puede hacer la siguiente crítica desde la visión de Habermas.³⁶

A primera vista la crítica que se puede hacer sobre la ponderación es que no es racional, porque existe la posibilidad de que el juzgador sea arbitrario en su decisión.

Por ello, enfoca su crítica no únicamente contra la ponderación como medio racional de aplicación de normas con forma de principio, sino también contra la teoría que sirve de fundamento a la ponderación, es decir, a la teoría de los principios.

³⁶ Bernal, Pulido, Carlos, *los derechos fundamentales y la teoría de los principios. ¿es la teoría de los principios la base para una teoría adecuada de los derechos fundamentales de la constitución española?*, DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 30, 2007, pp. 273-291.

En su crítica, diserta sobre la legitimidad de las decisiones del Tribunal Constitucional Alemán, sostiene que el riesgo para la legitimidad de los fallos del Tribunal Constitucional Alemán no se encuentra en el cambio de modelo, sino más bien ella se ve amenazada por la aparición de nuevos razonamientos metodológicos.³⁷

Este diferente razonamiento metodológico que pone en gran riesgo la legitimidad de las decisiones de la jurisdicción constitucional lo forma la teoría de los valores que es la base, para la reconstrucción de los derechos fundamentales como principios susceptibles de ser ponderados.

La objeción se deja sistematizar en dos aspectos. En primer lugar, la distinción entre normas principio y principios-valor. En segundo lugar, la racionalidad de la ponderación.

Los principios como valores, valores que se asemejan con los cánones éticos perfeccionados por Max Scheller y Nicolai Hartmann. Dichos modelos éticos son susceptibles de ser regulados en una escala de importancia, ellos forman por ende un orden fijo de valores. Los derechos fundamentales (principios) al ser valores explican decisiones valorativas.

Dichas decisiones valorativas se sitúan hacia una “ponderación de bienes”. Los derechos fundamentales como valores presumen que cada uno de ellos debe ser concretizado del mejor modo posible. Sin embargo, los niveles en los que dicha optimización deberá ser considerada no se haya en la norma- valor-principio en sí, sino que se tengan por fuera de ella. Esto significa que la ponderación de bienes jurídicos (valores-principios) tendría una naturaleza teleológica, es decir, se trata de una ponderación encaminada a fines.

*“Un paradigma jurídico explica, con ayuda de un modelo de la sociedad contemporánea, de qué modo han de entenderse y manejarse los principios del Estado de derecho y los derechos fundamentales, para que puedan cumplir en el contexto dado las funciones que normativamente tienen asignadas”.*³⁸

³⁷ Alexy, Robert, *La construcción de los derechos fundamentales*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2010, p. 28.

³⁸ Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 2008, p. 264.

El modelo jurídico muestra entonces cómo, en el marco de tal modelo, pueden concebirse y realizarse los derechos fundamentales y los principios del Estado de derecho apunta a una concretización de valores en un caso determinado.

La teoría de los principios rehace a los principios jurídicos (derechos fundamentales) como valores. Esto acarrea consigo que la interpretación de los derechos fundamentales se sitúe a fines externos a ellos. Las normas de derecho fundamental, rehechas como principios-valores pierden su carácter deontológico para ocupar un carácter teleológico.

*“Las normas válidas obligan a sus destinatarios sin excepción y por igual, a practicar un comportamiento que cumple expectativas generalizadas de comportamiento, mientras que los valores hay que entenderlos como preferencias intersubjetivamente compartidas”.*³⁹

Los valores suponen una jerarquización de distinciones en el marco de un grupo de personas explícito. Con ello, los valores y su grado de valor dependen del contexto social en el que estén reconocidos.⁴⁰

Por otro parte, las normas pueden ser entendidas en un sentido de dos elementos: “válido o inválido”. Las normas, en contraste de los valores, no pueden ser relativizadas en función a distinciones, es decir, ellas valen o no valen. *“Los valores fijan relaciones de preferencia que dicen que determinados bienes son más atractivos que otros; de ahí que nuestro asentimiento a los enunciados valorativos considera grados”.*⁴¹

Si bien los valores, debido a su naturaleza teleológica, pueden entrar en colisión, y de facto esa es su naturaleza en una sociedad múltiple, las normas no deben entrar en contradicción, ellas deben de sostener una relación a fin entre sí. Las discrepancias entre normas y valores se muestran a su vez en la forma en que ellas se utilizan.

³⁹ *Ídem*, p.358.

⁴⁰ *Cfr.* Dworkin, *Los derechos en serio*, tr Marta Guastavino, Ariel, Barcelona, 2002.

⁴¹ *Ibidem*.

La determinación de la corrección de una conducta específica es definida de manera distinta por los valores que por las normas. Dicha diferencia se debe a que los valores establecen qué es lo bueno y lo malo para el grupo de personas que comparte una sola estructura valorativa; las normas por el contrario son generales y abstractas, aparte de que yo o el grupo de personas al que pertenezco compartamos la idea de “lo bueno” establecido por la norma.

Por su parte, la jurisdicción constitucional asume la idea de que los derechos fundamentales se pueden reconstruir como principios (valores), ella se transforma en una instancia autoritaria.

La reconstrucción de los derechos fundamentales como principios-valor les quita su carácter deontológico.

Al perder su carácter deontológico, pierden fuerza vinculante, por lo que la aplicación de principios está sujeta al grado de valores que el aplicador del derecho tenga a bien usar en su interpretación.

*“Pues si en caso de colisión todas las razones pueden cobrar carácter de argumentos concernientes a fines, desaparecen esos contrafuegos que con la comprensión deontológica de las normas y principios jurídicos quedan introducidos en el discurso jurídico”.*⁴²

Con ello los derechos fundamentales como principios se debilitan y pasan a convertirse en juicios sobre valores sujetos a la subjetividad del operador jurídico.

Por otra parte, en cuanto a la reconstrucción de los principios jurídicos como mandatos de optimización pasibles de ser ponderados se dirige a la metodología de su aplicación cabe decir que una vez los derechos fundamentales sean entendidos como principios-valor, la determinación de qué principio tendrá prioridad en el caso concreto, se da a través de un procedimiento subjetivo e irracional.

Las normas de derecho fundamental tienen un carácter deontológico, y por lo tanto no pueden ser aplicadas a través de una ponderación. Esto es así, porque a que dichas normas tienen una constitución de validez binaria, y por lo tanto no pueden ser relativizadas en función a preferencias derivadas del caso concreto.

⁴² Habermas, *op. cit.*, p. 332.

Por el contrario las normas morales carecen del elemento de la coerción. La definición de Habermas en este punto es inconclusa o por lo menos no es clara, ya que para que un sistema normativo tenga vigencia debe tener validez y si tiene validez, las normas que lo integran tienen la posibilidad de ser imputadas.

Los derechos fundamentales, como normas, poseen una validez general, no una validez caso por asunto.

“Los valores han de ser puestos de caso a caso en una relación u orden transitorio con los demás valores. Y porque para ello faltan criterios racionales, la ponderación o sopesamiento de valores se efectúa o bien de forma discrecional o arbitraria, o bien de forma no reflexiva, es decir, conforme a patrones o a jerarquías a los que se está familiarizado”⁴³.

Por estas razones, sostiene que la reconstrucción de los derechos fundamentales como valores-principio y su posterior aplicación a través de la ponderación, lleva necesariamente a la jurisdicción constitucional a tomar decisiones irracionales en función a fines y no en función a argumentos normativos.

Por otra parte, existe un proceso lógico-racional que permite al aplicador del derecho llegar a una conclusión en razón de una premisa mayor y una premisa menor esto no prueba que su razonamiento sea neutral, en otras palabras, que el juzgador no puede evitar aplicar valores propios que lo llevan a tomar preferencia por un principio u otro. Además, La racionalidad occidental cargada con presupuestos utilitarios o de fines que se reduce a la coherencia lógica de medios y fines.

La racionalidad puede estar guiada por valores y sentimientos diferentes; y, entonces ella misma en su estructura será diferente. Esta racionalidad ha sido transportada por el positivismo jurídico Europeo con las siguientes características: 1. La conjunción de mandatos redactados por los seres humanos, 2. La distinción entre el ser y el deber ser ideal, 3. La racionalidad del derecho, esto es que todos los problemas jurídicos tienen una solución si es usado un razonamiento jurídico

⁴³ *Ibidem.*

aplicable al caso concreto, sin tomar en cuenta elementos subjetivos, 4. Los hechos jurídicos no responden a los hechos morales.⁴⁴

Como se lee al positivismo como propuesta de justicia, deja de lado los valores éticos de los pueblos sujetos estos regímenes. Por lo tanto, la aplicación de principios suele estar cargada con una teoría neoconstitucional o formalista que solo ve con los ojos de la razón y deja de lado la realidad jurídica e histórica.

CAPITULO SEGUNDO

LOS PRINCIPIOS DE EL DERECHO EN EL CONSTITUCIONALISMO LIBERAL Y SOCIAL EN AMÉRICA LATINA

2.1. Introducción 2.1. El constitucionalismo liberal del siglo XIX (1861-1901)
Ecuador en Latinoamérica 2.2. Los principios del derecho en el constitucionalismo
social en Latinoamérica 2.3. Los principios que subsisten en las constituciones de
Latinoamérica 2.4. Conclusión

2.1. Introducción

El objetivo de este capítulo es analizar los principios a través de dos diferentes teorías del constitucionalismo, que son el liberalismo y el socialismo.

En el primer subtema, el constitucionalismo liberal, se escribe sobre como influyó el pensamiento del liberalismo en el Constitucionalismo en el Ecuador de 1861 a 1901. La importancia del liberalismo es la injerencia de la iglesia católica apostólica y romana en las decisiones de estado, como se puede leer en el tema, la intervención no tenía límites e inclusive infería en la Constitución, fue hasta el gobierno Alfarieta cuando se empezó a pensar en un principio de supremacía constitucional.

Luego, en el siguiente subtema, constitucionalismo socialista, se denota la limitación del poder, la creación de instituciones y un apartado de garantías. Esto es en otras palabras el principio de legalidad de las actuaciones del estado.

⁴⁴Montaña, Juan, *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, Coordinadores Jorge Benavides Ordoñez Jhoel Escudero Soliz, Corte Constitucional del Ecuador, Ecuador, 2013, pp.26-29

Es importante esta aportación teórica al constitucionalismo, toda vez que en el tercer capítulo se confrontara con algunas posiciones que refieren a que el nuevo constitucionalismo carece de novedad teórica y que solo se amplió la gama de garantías.

Por último, en relación a la materia teórica de los capítulos se pueden comprender los principios y se enuncian para demostrar que los principios sufren cambios dependiendo de la realidad histórica y jurídica, esto tiene como consecuencia que los principios tengan una consecuencia en la sociedad, por lo tanto en este sub tema se puede leer que puede significar diferente o dependiendo de la región, población y situación económica en el momento.

2.1. El constitucionalismo liberal del siglo XIX (1801-1901) en Ecuador

Dos constituciones expidieron bajo el gobierno de García Moreno la Constitución de 1861 y de 1869 que refleja momentos históricos diferentes, por ejemplo la Constitución de 1861 fue formalmente liberal en el contexto del sistema económico y social prevaleciente.⁴⁵

A diferencia de las constituciones precedentes y no obstante se mantiene el precepto de la religión oficial, curiosamente se suprime la invocación de Dios para su expedición y la asamblea constituyente se basa únicamente en su voluntad.⁴⁶

Para ser ciudadanos se requiere solamente ser casado o mayor de 21 años y saber leer y escribir. Para senador o diputado, tener una renta anual mínima o ejercer una profesión científica. Y en cuanto las garantías individuales, estas son las mismas que fueron consignadas en las demás constituciones.

En contraste, el carácter confesional de la segunda etapa del régimen García se nota desde el preámbulo. La mayoría de las constituciones había inutilizado la fórmula clásica “*el nombre de Dios, autor y legislador del universo*”, ésta, en cambio, extremo su ortodoxia: “en el nombre de Dios uno y trino, autor, legislador y conservador del universo”.

⁴⁵ Gobernó en dos periodos de 1861-1865 y 1869-1875

⁴⁶ Ayala, Enrique, *Lucha Política y Origen de los Partidos en Ecuador*, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, 1978, pp. 65-66.

El artículo sobre la religión decía: la religión de la República es católica, apostólica, romana con exclusión de cualquier otra y se conservara siempre con los derechos y prerrogativas de que deben costar según la ley de Dios y las disposiciones canónicas, los poderes políticos están obligados a protegerla. Para ser ciudadano era requisito ser católico pues al serlo garantizaba la libertad de pensamiento, con tal que se representara la religión, la moral y la descendencia.

La primera constitución Alfarista, con el triunfo de la revolución liberal de 1895, la asamblea constituyente que funcionó en Guayaquil y Quito, se dio la tarea como en otras ocasiones aparentemente similares de redactar la nueva constitución.⁴⁷

El espíritu que animaba se puso de manifiesto en el hecho de tomar como modelo la Constitución de 1878, descartando la que inmediatamente había estado vigente.

Sin embargo, apoco iniciará la discusión los diputados sobre el deseo de que se prohibiera la inmigración de los frailes, se plantea también que se reitera el principio de que la religión de los ecuatorianos era la católica, pero se sugirió el siguiente artículo: *“prohíbese al clero injerir en la política del Estado bajo ningún pretexto, teniendo solo por facultad para la propaganda de la moral y el cristianismo”*.

José Peralta, que se convirtiera desde ese momento el líder máximo luego de la revolución, planteó que los eclesiásticos y los militares en servicio activo, no pudieran ser electos ni elegidos.⁴⁸

El mismo Peralta propuso, entre las garantías constitucionales, las siguientes: La libertad de conciencia, en virtud de la cual el estado, aunque reconoció la religión católica como nacional, respetar todo culto que no suponga los principios de la iglesia católica, salvo la relativa a la inmigración de religiosos extranjeros, que quedó excluida. A esto se prohibió, además, el desempeño de cargos y la administración de bienes de la iglesia.

Un precepto trascendental que se incorporó fue que el estado respeta las creencias religiosas de las poblaciones del Ecuador y a respetar las expresiones de

⁴⁷ Illingworth, Castillo, Santiago. *La iglesia y la revolución liberal: las relaciones de la iglesia y el estado en la época del liberalismo*, Banco Central del Ecuador, Quito, 1995, pp. 85103.

⁴⁸ Robalino, Dávila, Luis, *Orígenes del Ecuador de Hoy*, Casa de la Cultura Ecuatoriana, Quito, 1968, pp. 290-305

aquellos. Las creencias religiosas no obstante para la acción de todos los derechos políticos y civiles.

A partir de estos eventos se incluye la disposición que establece que la constitución es la suprema ley de la República y que cualquiera ley secundaria, decreto, reglamento, órdenes, disposiciones o tratados públicos que estuviesen en contradicción o se aparten de su texto, no surtirán efecto alguno. Afectaba también al iglesia, la siguiente: todo contrato que un extranjero celebre con el gobierno con un individuo particular, lleva implícita la condición de la renuncia toda reclamación diplomática.

Otro aspecto destacado esta constitución fue la abolición de la pena de muerte. A la población indígena se le dedico el siguiente artículo: los poderes públicos deben protección a la raza indígena, en orden a su mejoramiento en la vida social.

Esta constitución fue evidente contemporizadora con el poder eclesiástico y la fe religiosa predominante del pueblo ecuatoriano, a la que la revolución no se atrevía todavía desafiar abiertamente.

Por ello no satisface o los diputados más radicales como Peralta y estén un principio hicieron el conato de no firmarla. No obstante, las leyes que posteriormente se extendieron, forzando hoy ludiendo generalmente los preceptos de la Constitución, dejaron atrás la época del constitucionalismo liberal formal y mostraron que, en adelante la práctica política guardaría concordancia de la doctrina liberal.⁴⁹

Luego, cuando Eloy Alfaro retorno al poder luego de que se reveló contra el gobierno de Lizardo García, impuesto por Plaza, se propuso afianzar, las bases del sistema económico social, religioso y cultural preconizado por el liberalismo. Su principal preocupación fueron las relaciones entre la Iglesia y el estado y con este fin considero que la solución a salir radicaba su separación.

Para entender el origen de este cambio, fue el más radical de la revolución liberal, es indispensable reproducir los conceptos Certeros, luminosos y proféticos que Alfaro vertería su mensaje a la asamblea constituyente que se instaló el 9 de octubre de 1906 y que tenía la misión de dictar una nueva constitución.

⁴⁹ *Ídem. pp.500-516.*

La asamblea constituyente de 1906 recogió fielmente el pensamiento de Alfaro y al no incluir el famoso artículo sobre la religión oficial, determinó la separación del estado y la Iglesia. Con ello sentó bases sólidas para que el Ecuador se convirtiera en adelante en un estado laico, en el cual las creencias religiosas ya no incidían en las actividades políticas.

Ahora, consecuentemente con ese lineamiento incluyó otros preceptos que históricamente sólo se explican en función de la pugna que por largos años han existido entre las dos potestades, una internacional y la otra nacional, la Iglesia y el estado y que, en virtud de la nueva constitución, virtualmente la Iglesia católica fue clausurada para siempre, al menos en el plano jurídico.

Alguna de esas disposiciones tienden a reafirmar la soberanía del estado ecuatoriano frente al concordato, al que, como se ha dicho, se le daba el carácter del tratado que estaba por encima de la constitución y las leyes del estado.

El artículo cinco se declaraba que la República del Ecuador era libre independiente y que no puede celebrar ningún pacto que se oponga a su independencia o que afecte de algún modo su soberanía.

El artículo seis reafirmó que la Constitución es la Ley Suprema de la República y que por tanto no tendrá valor alguno las leyes decretos reclamen sus órdenes, disposiciones, pactos o tratados públicos, que estuvieran en contradicción con ella, o se separen de su texto.

El artículo siete, le conoció al Congreso la facultad única de interpretar la constitución de un modo generalmente obligatorio y de resolver las dudas que se suscitaren sobre la inteligencia de alguno o algunos de sus preceptos y que queden claro si una ley o decreto legislativo es inconstitucional.⁵⁰

Entre las garantías constitucionales incluyeron, algunas totalmente nuevas en el derecho constitucional ecuatoriano, que ya se habían adelantado en varias de las leyes que hemos visto destinadas a encuadrar a la iglesia dentro de la legalidad liberal y que continúan describiéndose.

⁵⁰ Peña herrera, Padilla, Blasco, *El liberalismo en el Ecuador de la gesta por venir*, Nacional, Quito, 1991, pp. 129-130.

A. Enseñanza libre, sin más restricciones que las señaladas en las leyes respectivas, pero las costeadas por el estado y municipalidades son esencialmente seglares y laicas.

B. No se reconoce fuero alguno para el juzgamiento de las infracciones comunes.

C. Los extranjeros gozan de los mismos derechos civiles que los ecuatorianos y de las garantías constitucionales, excepto las de sufragio y desempeño de funciones públicas en tanto que se respete la constitución y las leyes secundarias. No se reconocen otras instituciones de derecho público que el fisco, las municipalidades y los establecimientos costeados por el estado.

El artículo de la Constitución de 1897 sobre la raza indígena fue mejorado el sentido de que los poderes públicos deben tomar las medidas más eficaces y conducentes para impedir los abusos del concertaje. Se reconoció, además, el derecho de los ecuatorianos a ser admitidos en las funciones públicas, sin otra condición que la determinadas por la ley.

El estado liberal término, pues, por imponerse totalmente sobre el poder espiritual y material del Iglesia Católica. Cuatro llegó a este desenlace el desarrollo, sobretudo en la costa, las nos fuerzas productivas, necesitadas de las instituciones liberales, el principal sustento de esa transformación fue sin la menor duda, el ejército que se formó que resultan de la revolución Alfarista y la desarticulación, en el campo de batalla, de la fuerza militar conservadora.

2.2. Los principios del derecho en el constitucionalismo social en Latinoamérica

Como se escribió en el capítulo anterior, los principios son un reflejo parcial de la realidad jurídica en el tiempo y lugar de su creación, por lo cuando el socialismo permeo algunos países del continente de América se reflejó en los principios constitucionales, principalmente con la doctrina de la democracia social.

La afirmación de los elementos positivos que acompañan a la concepción de la democracia social no implica una cristalización de formas ni la petrificación de resultados.

Por el contrario, la democracia social es un ámbito que se pretende alcanzar como medio para el mejor desenvolvimiento de la dignidad humana en las situaciones históricas concretas que el mundo contemporáneo afronta. No se pretende establecer una panacea a conseguir.

Únicamente se trata de obtener las condiciones adecuadas para el mejoramiento humano, que es y debe ser el destino de todas las fórmulas políticas institucionales.

La democracia social es una estructura con un signo político y como tal será siempre un medio y nunca podrá convertirse en un fin en sí misma.

Desde el punto de vista histórico, la democracia social aparece como una forma de perfeccionamiento alcanzado por medio de los cauces de la democracia política, del régimen representativo y del pluralismo político cultural y social.⁵¹

La concepción de democracia social, que hoy en día adoptan numerosos grupos y partidos políticos de las más variadas partes del mundo, reposa en fundamentos propios de la concepción democrática tradicional, pero doblemente adaptados a la temática social contemporánea y a las peculiaridades del fenómeno político de cada país en función de su respectivo grado de desarrollo y de la prioridad de sus necesidades.

En sus fuentes nutricias, la concepción de la democracia social se alimenta en la idea solidarista, que la diferencia claramente de las otras ideas o tendencias que animan a las demás posiciones posibles que compiten el mundo de hoy por el predominio de la organización de los modelos estatales.

Esta postura entronca la democracia social con el perfeccionamiento de la democracia política tradicional, alejándola por completo de los modelos de democracia marxista-leninista, denominados democracias populares.⁵²

La democracia social se diferencia de la vieja democracia política en cuanto que ya no es individualista, pero se diferencia también de los modelos totalitarios en tanto rechaza la pretensión mono práctica de status y reclama el mantenimiento del

⁵¹ Burdeau, Georges, *La democracia*, Barcelona, Ariel, 1960, p. 48.

⁵² Kelsen Hans, *Esencia y valor de la democracia*, México, Nacional, 1974, p. 126.

pluralismo como cauce adecuado para la confrontación del consenso y la búsqueda del juego entre mayorías y minorías.

También puede decirse en este intento de perfilar a la democracia social, que su adopción implica la apertura de un tercer cambio, en rechazo a las ofertas que intentan politizar el proceso sociopolítico y económico entre los términos de una despiadada alternativa el no cambio, es decir, la postura conservadora del status quo, por un lado y el impulso hacia el cambio sin ningún cauce, la postura revolucionaria de los planes maximalistas.

Por otra parte, la democracia social aspira a civilizar los cambios con cauce, es decir que a través de instituciones y de fuerzas que no solamente se someten al derecho sino que admiten que la elaboración de esas normas o reglas del juego se lleve a cabo a través de la expresión libre de todos los grupos o sectores que conforman la sociedad.

Esta concepción de la democracia social no puede ser confundida con el desarrollismo, toda vez que difiere filosóficamente y políticamente, porque cuya filiación es preminentemente economicista.

Así, avanzando por sobre las viejas concepciones liberales, no limite problema de la opresión al existencia de formas opresión, Pero tampoco reduce la cuestión de esa lucha a una actitud contra la opresión económica reclama en vez la libertad contra la opresión, comprendiendo en este término a todas las formas de opresión que puede perturbar la existencia de la persona humana.

Es un pronunciamiento contra la opresión política y contra las diversas formas de opresión económica, pero también contra cualquier manifestación opresiva proveniente del plano cultural, educativo, religioso, sexual, social y de toda forma de opresión.

Por lo tanto, la democracia social abraza resueltamente la idea de liberación, como decidiera ampliar la idea de desarrollo este concepto resulta parcial, mientras que las liberaciones que aspira la democracia social es una emoción total amplia y extensiva que pretende captar su integridad en integralidad.

En esa línea de pensamiento la democracia social en función de programa político sostiene diversas postulaciones conducentes al aseguramiento, en la mayor

medida y concreto posible, de un régimen sociopolítico y económico de igualdad de oportunidades.

Entonces, no se conforma con la proclamación de la igualdad legal o formal, sino que pugna por la toma de decisiones que favorecen gradualmente la creación de condiciones generales en las cuales prosperen mayor grado de posibilidad de igualdad real de oportunidades.

No pretende que todos sean iguales ni que todos tengan que concordar con lo mismo, pero aspira que las transformaciones sociales, a las que el estado no es ajeno, se orienten hacia la remoción de todos aquellos obstáculos que ha hecho y de derecho, y tener exceso del mayor número a las oportunidades.

La enorme importancia que la democracia social asigna este punto, está representada por el cúmulo de reivindicaciones basadas en el rol del Estado como agente promotor y regulador de esa transformación evolutiva y pacífica. Esto ha posibilitado que muchas de las medidas preconizadas por la democracia social sean atacadas desde los sectores conservadores clásicos por su tendencia al estatismo y el crecimiento del aparato gubernamental.

Sin embargo, la dosis de estatismo que acepta la democracia social no se aleja mucho de la fórmula de la subsidiariedad que proclaman diversas tendencias contemporáneas, en tanto y en cuanto se concibe al estado como agente removedor o corrector de los factores que mantienen la desigualdad de oportunidades; pero no procura la transformación del estado el único agente del cambio social ni mucho menos en un único protagonista del quehacer económico social.

De igual manera, si se quiere fijar una línea del avance estatal bajo una democracia social, puede decirse que los actos de un régimen alimentado por esa concepción no puede concluirse que es la producción incesantemente acrecentada, ni puede significar un menosprecio por la actuación legítima de los diversos grupos y factores existentes en la sociedad.

En definitiva, la democracia social y esto es lo sucintamente fundamental para su ubicación correcta acepta y mantiene la distinción entre la sociedad y el estado, que está incita en las fuentes del liberalismo político, como uno de los elementos

cardinales de la organización institucional y política que permite garantizar eficientemente los derechos humanos en un régimen de libertad y de seguridad.

La distinción entre la sociedad y el estado está fuerte ambiente enraizada en los estados constitucionales que se organizan en occidente a partir de fines del siglo XVIII. A tal punto que casi todas las constituciones han oficializado la existencia de ambos campos a través de las reguladas principalmente en dos partes, la parte orgánica y la dogmática.

Tanto es así, que la teleología de los transformadores de constituciones es menester tener presente que si se quiere mejorar al estado, a través de sus órganos y de sus procedimientos, hay que corregir la parte orgánica de la Constitución, mientras que si lo que se pretende es cambiar la sociedad, entonces deben apuntar las reformas en la parte dogmática de la norma suprema, ya que es allí donde se encuentra de limitada la acción del estado frente al ámbito propio de la acción humana en la sociedad.

Entonces, para un establecimiento firme de una democracia social es importante contar con estructuras apropiadas y que esas estructuras consisten básicamente en instituciones jurídico políticas que resulten adecuadamente alimentadas por fuerzas de ideas políticas con sustanciadas con el pro seguimiento y contenidos democráticos. Como concepción pluralista, la democracia social busca su defensa vigor en la fortaleza del modelo que ella ofrece, a través de las creencias y de las acciones que a partir de aquí se genera.

Pero no acude a la exclusión y prescripción de las fuerzas competitivas por el solo hecho de estar animadas de ideas distintas opuestas las que alimentan su propio modelo.

En todo caso, la censura y la punición recaen sobre los actos que implican violaciones de la legislación común, aplicable por igual a todos los sectores de la sociedad. El problema de fondo es otro y consiste básicamente en la definición de los elementos fundamentales para la configuración del modelo de estructuras jurídico institucionales que han de servir como cauce para el desenvolvimiento de una democracia social.

En ese orden de ideas, son como mínimo tres elementos que requieren una precisión y consiguiente armonización recíproca.

1. La fijación del límite entre el esfera pública y la esfera privada, que obre como indicación del existencia de una separación entre la sociedad del estado.

2. La conformación de la estructura del poder político.

3. Un sistema de garantías que ser acorde con lo resuelto en estos puntos precedentes.⁵³

Si regresamos estas pautas sobre los niveles políticos económicos y sociales que coexisten en toda organización estatal, tendremos oportunidad de subrayar los objetivos de mayor importancia para el perfilamiento del modelo en cuestión.

Así, en el plano político la aspiración del establecimiento de un poder legítimo, cuya fortaleza de origen y ejercicio que no debe ser confundida con el abuso del poder, le permite a sus órganos sobreponerse al embate de los contrapoderes que ponen toda sociedad pluralista, a veces intentando desplazarla gravitación de los poderes legítimos.

En el plano económico, el establecimiento de reglas de juego que fijen con certidumbre y claridad el campo de acción propio de cada sector, para que esa manera no se cercenen los elementos de seguridad que son presupuestos elementales de toda acción que procure la creatividad que el aumento de la productividad.

En lo social, una presencia estatal inspirada en propósitos asistenciales y provisionales cuya meta distributiva compatibilice el antedicho sistema de producción con una creciente absorción comunitaria de los psicosociales.

Las características es visible en algunos regímenes de probada experiencia, por lo que fácilmente ejemplificarse partir de tres modelos que concentran en cada uno de ellos pasan, lo político, lo económico, un ejemplo de este es el sistema alemán, que ha permitido ese país reconstruí totalmente su existencia material convertirse rápidamente en una de las principales potencias industriales del mundo, sin desmedro de la protección de los derechos humanos y del ejercicio indispensable

⁵³ Vanossi, Jorge, Reinaldo, *Introducción metodológica a la reforma de la Constitución*, Jurisprudencias Argentina, Buenos Aires, 1975, pp. 253-276.

de una justicia social distributiva y en lo social, las notas del modelo nórdico europeo, cuyos afanes de socialización no han recaído sobre las bases productivas, sobre las reglas de distribución y el régimen de seguridad social.

Ahora bien, en cuanto al contenido teórico en primer lugar que la democracia social como una manifestación más de elitismo en la concepción del poder. No existe ninguna forma de gobierno y construcción teórica que ha podido eliminar la existencia y recirculación de las elites.

Precisamente, el problema consiste en eso, cómo se forman y como compiten en la circulación y acceso al poder las diversas élites que consisten en una sociedad y están separadas por diversas razones, como lo es la lealtad de las personas, a principios o intereses.

El problema o la cuestión no están, pues, en existencia de tales élites, sino en el juego reconocido para la disputa por el acceso a la dirigencia efectiva de la comunidad políticamente organizada. Lo que cambia según las circunstancias históricas es el régimen de oportunidades y de posibilidades para la existencia del poder.

La democracia social, pugna por hacer efectivo el consabido principio de la mayor igualdad de oportunidades, a través de la apertura democrática en las instancias de formación y de circulación de los grupos dirigentes de la sociedad, con acciones del estado con miras a la remoción de los obstáculos que impiden el goce de la igualdad, está primariamente encaminada a crear las condiciones mínimas indispensables para la formación de una dirigencia, cuyo ingreso será libre y cuyo acceso será competitivo.

Éstas ideas sirven para encuadrar los correctos términos el problema del denominado elitismo, por cuanto es menester señalar enfáticamente que la democracia social no supone anarquía, en la misma manera que rechaza la oligarquía, su condena de ambas deformaciones queda firme desde el momento en que exhibe una especial preocupación por obtener la capacitación de los dirigentes a través de su extracción.

La democracia social aspira a ser más efectiva la igualdad ante la ley mediante la intensificación de la igualdad de oportunidades. La creación de condiciones reales

que permitan mayores oportunidades para todos, es una de las funciones que los cuerpos intermedios y el estado asume, entre los roles de transformación que marcan la diferencia entre la vieja concepción del estado abstencionista y la más nueva de un estado partícipe.

Esa transformación es simétrica con la que consuma la aparición de los derechos sociales como complemento de los derechos individuales, la procura de los primeros se convierte en la más acuciante condición para garantizar el goce efectivo de los segundos.

Los derechos sociales no llegan ni suprime a los individuales, sino que al contrario, pasan a crear las posibilidades más efectivas y reales para que el ejercicio de los derechos individuales no quede limitado a su enunciado en el papel de los textos.

De tal suerte, la democracia social en su conjunto pasa a desempeñar el importantísimo sentido y significado de asegurar las condiciones reales de existencia y funcionamiento de una democracia política efectiva.

Casi podríamos rematar el razonamiento afirmando que en la perspectiva futura próxima, pues imaginable la subsistencia de la democracia política sin su consistencia vital con la democracia social esta última se ha erigido en un verdadero presupuesto para la prolongación de la democracia política, la legitimidad por el consenso que pretende alcanzar el régimen democrático, requiere que en su dinámica ese régimen esté rodeado de la atención y de la lealtad de sectores y grupos sociales cuya integración política es fundamental para evitar una contestación violenta que haga peligrar las bases en que se sienta y se alimenta el sistema democrático de gobierno y de vida.

La democracia social busca, precisamente, garantizarles integración, para lo cual parte de los datos de la realidad y de la comprobación incontestable de que no es suficiente con la igualdad formal y que las declaraciones de derechos no importa por sí mismas el arraigo de su práctica por todos los sectores de la sociedad.

En una palabra, para la democracia social la sociedad no es un ente abstracto y homogéneo, sin un cuerpo cuyos componentes van desde sujeto pudiente, cuyas posibilidades de ejercicio de los derechos son considerables, hasta sujeto sumergido,

cuya situación de impotencia para el acceso del goce de los derechos lo impulsa muchas veces al repudio total de un sistema en el que visualiza la causa de su frustración del mantenimiento del status quo.

Por ello la vigencia de una democracia social se convierte en un resguardo de la paz en el seno de la comunidad, al posibilitar el goce de los derechos por el mayor número y reducción a su mínima expresión de los sectores que actúan como grupo de tensión.

La gran importancia que la democracia social reconoce y atribuye los grupos intermedios como parte de su proclamada convicción pluralista, no llevar la admisión de deformaciones en virtud de las cuales el sistema en sí degenera a formas corporativistas. Aún a riesgo de sorprender con términos rotundos, es menester proclamar que la democracia social es perfectamente compatible con la partidocracia, pero que nada tiene que ver con el corporativismo.

De una clara concepción de los medios y los fines la democracia social advierte el límite que la relación entre partidos y corporaciones deben guardar la vertebración que corresponde con sus respectivos fines, para los partidos la finalidad es llegar al ocupación y ejercicio del poder, mientras que para las otras entidades el objetivo reposa en la influencia o gravitación sobre el poder, pero sin llegar a la ocupación misma del poder.

Por lo tanto, los medios deben ser proporcionales a esos fines y así, es sumamente peligroso estacionar el sistema atribuyendo uno los medios que según sus fines le corresponda los otros.

La democracia social debe cuidar a través del poder de la policía estatal, la preservación de reglas del juego, de cuyo mantenimiento depende en alto grado la salud y la supervivencia del sistema todo, y debe poner coto a cualquier intento de extralimitación que ponga en peligro aquella relación entre medios y fines.

Es que no tiene mayor sentido poner todo el acento en la purificación de la organización legal de los partidos políticos, buena fijación de condiciones severas para su funcionamiento y actuación, si el mismo tiempo esto son relegados frente a otras organizaciones a las que sin aquellas limitaciones se les brinda la oportunidad de cumplir los fines propios de los partidos.

Uno de los datos que más ha servido para retardar la aceptación de la democracia social ha sido constante acrecentamiento de la gravitación de las corporaciones en detrimento de la fuerza representativa de los partidos.

Sobre ese problema, la doctrina comparada ha llamado la atención sobre los riesgos de la necesidad de controlar la tendencia natural de los monopolios a querer olvidarse de que son parte para pretender convertirse en totalidad, cuando el sistema del que se desenvuelven tiene como preciso punto de partida impedir que una fuerza monopolizadora puede llegar a erigirse en totalidad y transformarlas y la democracia pluralista en una democracia autoritaria o totalitaria según los casos.

Entre las muchas cosas que se pueden hacer para evitar ese riesgo ahí los que son muy recomendables.

A. En cuanto los grupos, su institucionalización a través de los consejos económicos y sociales y su participación orgánica en la programación general.

B. En cuanto los partidos, el vigorizante de su representatividad a través de una mayor inserción de las fuerzas sociales en el interior de cada uno de los partidos.

54

Entonces podemos decir que el estado social es un estado de prestaciones sin dezmero de libertades.

El estado se obliga para asegurar el equilibrio y desenvolvimiento total de cada nación a falta de lo cual la crisis se torna desestabilizante en este marco ideas del estado social latinoamericano se realiza en el texto de sus constituciones políticas a través de cuatro grandes capítulos:

I. Cuando un orden económico constitucional, que cumple el objetivo de fija las reglas básicas para el desarrollo de cada economía, en forma equilibrada y con controles suficientes.

II. Como un orden de prestaciones sociales a cargo del estado, las más de las veces asumidas sólo programáticamente, como indicación a la Asamblea Legislativa para pautar su responsabilidad política, y las menos, con la posibilidad de hacerlas cumplir cooperativamente.

⁵⁴ Vanossi, Jorge, Reinaldo, *El estado de derecho en el constitucionalismo social*, EUDEBA, Buenos Aires, 2000, p. 525.

III. Como un sistema de participación social y de acceso al bienestar de toda la sociedad, o de sus sectores más necesitados, cuyo fin se disponen medios procedimentales concretos y se organizan a las unidades sociales en tal sentido.

IV. Como un orden de derechos sociales a favor de los sectores más necesitados, de forma tal que las prestaciones en estos casos no son debidas por el estado, sino por los sectores sociales que en la respectiva relación contractual se encuentran en condiciones de satisfacer dichas prestaciones. Se trata de una operatoria más intensa del poder de policía, como modalidad del principio de limitación de los derechos sin dormir duales en aras de la defensa y protección del interés público.

2.3. Los principios que subsisten en las constituciones de Latinoamérica

Por lo tanto, es importante comprender que todo lo anterior forma parte del contenido teórico de los siguientes principios.

El principio de limitación, este principio establece la recíproca acción reguladora que debe existir entre poder del estado y los derechos individuales. Este principio corresponde a su principio de razonabilidad que opera como la adecuada y proporcionada relación entre medios y fines que puse toda ley reglamentaria de derechos constitucionales, también opera como la adecuada y proporcionada relación entre los fines de la ley y el contenido de los derechos constitucionales, por los principios o valores que le están sustento así como la proporcionada relación entre el antecedente normativo que contiene la ley y su consecuente.⁵⁵

Por ejemplo en la Constitución de Argentina y Uruguay la exigencia de razonabilidad ha sido considerada por la doctrina como garantía implícita de la norma constitucional establece que los principios, declaraciones y garantías reconocidos en sus normas supremas no pueden ser alterados por leyes que reglamenten su ejercicio.

El principio de funcionalidad este principio establece las condiciones de funcionamiento de la estructura del poder en el estado, a partir redención de poderes

⁵⁵ Quiroga, Lavié, Humberto, *Derecho constitucional latinoamericano*, Universidad Autónoma de México, México, 1991, p. 155.

de gobierno, con el objeto de impedir la concentración del mismo sin que se contradiga la conveniencia de lograr una recuperación funcional entre ellos para evitar el bloqueo de las decisiones de gobierno y tal modo la parálisis del estado.⁵⁶

El principio de supremacía. La supremacía constitucional sobre el resto el ordenamiento jurídico es lo que asegura la unidad del funcionamiento de dicho ordenamiento y la plena vigencia del estado derecho a partir del respeto de la ley fundamental en cada país, por ejemplo en la anterior constitución de Colombia el artículo 215 establece que en caso de incompatibilidad entre la coaccione la ley se aplica la primera, luego en la cotización de Costa Rica la supremacía se encuentra implícita en la norma suprema, asimismo este principio se encuentra la cotización de Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Paraguay, Perú y Venezuela.

En los países donde la supremacía de la conducción esta proclamada explícitamente, le debe considerarse implícita en el principio de unidad del ordenamiento jurídico y la organización del control sobre los desvíos poblaciones a la construcción, invariablemente previstos en todos los sistemas constitucionales del continente.⁵⁷

2.4. Conclusión

De todo lo anterior, se busca demostrar que los principios no mantiene una rigidez, al contrario estos son adecuados a las necesidades de las personas, es importante lo anterior, porque si se entienden a los principios como un fetiche, que no puede cuestionarse su construcción, promulgación, fundamentación e interpretación, puede que se neutralice una de sus funciones que son la de ser ejes para lograr objetivos, como se leyó en el subtema primero de este capítulo, es importante considerar la independencia del estado en sus actuaciones, sin embargo tampoco se puede transpolar este principio de independencia hasta llegar a la exclusión total de los sectores poblacionales en la toma de decisiones.

⁵⁶ Fix-Zamudio, Héctor, *La constitución y su defensa*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1984, p.13.

⁵⁷ Quiroga, Lavié, Humberto, *op. cit*, pp.184-186.

Como sucedió en el constitucionalismo social, el estado tomó todas las atribuciones excluyendo sectores que por tradición histórica han estado ocultos, por ello algunos autores consideraron que no podía existir un socialismo sino se extendían los beneficios sociales dentro de su Constitución.

Finalmente, los principios deben estar en constante análisis pues a la ausencia de correlacionar la praxis jurídica puede que estos sean rebasados a los sistemas de necesidades de las personas y del planeta para tener una dignidad durante nuestra existencia.

CAPITULO TERCERO LOS PRINCIPIOS DEL NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

3.1. Introducción 3.2. El nuevo constitucionalismo latinoamericano 3.3. Los nuevos principios en la Constitución del Ecuador 3.3.1. Principio de plurinacionalidad 3.3.2. Principio de Pluralismo jurídico 3.3.3 Buen vivir como oposición al derecho capitalista 3.4 La función del Derecho para el buen vivir 3.5. El proceso constituyente en el Ecuador 3.6. Conclusión

3.1. Introducción

En este capítulo se analiza los siguientes conceptos, el constitucionalismo latinoamericano, buen vivir, pluralismo jurídico, plurinacionalidad, los derechos de la naturaleza o *Gaia*, con el objetivo de sumir si existen nuevos principios o si son nuevos derechos en la constitución del Ecuador.

Como se escribió en el capítulo segundo, el socialismo y el liberalismo fueron las dos teorías que influyeron en el constitucionalismo del Ecuador, el primero influyó para que fuese un estado social de derecho y el segundo para el estado liberal.⁵⁸

Del contenido del capítulo se responderán preguntas de investigación como: ¿Qué es el nuevo constitucionalismo latinoamericano? Usando como referencias teóricas las posturas de Boaventura, Roberto Viciano Pastor y Rubén Martínez Dalmau.

¿Existen nuevos principios en la Constitución de Ecuador en 2008?, se encuentran señalados como principios el buen vivir, el pluralismo jurídico y la plurinacionalidad, entro otros.

La importancia de los principios enunciados recae en su novedad y su aportación como teoría constitucional, en consecuencia se da un nuevo paradigma constitucional, pues como principal punto de partida que toma la nueva constitución de Ecuador es la reestructuración de la distribución de la riqueza y el combate a la

⁵⁸ Gonzalo Maestro Buelga, *Materiales sobre neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo latinoamericano*, *El nuevo constitucionalismo económico latinoamericano*, Directores Claudia Storini, José Francisco Alenza García, Thomson reuters aranzadi, Madrid, pp 85-107.

desigualdad social esto es así pues el estado retoma un papel central como constructor de un proyecto económico y como actor económico en el mercado.⁵⁹

¿Cuál es la función del buen vivir en el derecho?, un modelo constitucional emancipador, pues a diferencia de los modelos constitucionales dominadores que buscan imponer como estructura un espacio geopolítico dominador y ocultan o desaparecen todas las diferencias; creando instituciones centrales para un control territorial; dotado de un solo sistema normativo coercitivo que no permite oposición.⁶⁰

Además se analizará el proceso constituyente, que a partir de una movilización social y política impulsada principalmente por los pueblos originarios fue lo que permitió que esta propuesta constitucional se construyera de abajo hacia arriba impulsado por los sectores emergentes e históricamente silenciados que permitió construir al modelo opositor a la industrialización que fue lleva principalmente a los países del sur disfrazada como desarrollo, esa bestia genocida que es el capitalismo.⁶¹

La doctrina neoliberal, es utilizada por las grandes corporaciones para la globalización empresarial, no solo para el tráfico de mercancías y servicios también por el control sobre los medios para la creación de materias primas que les permite maximizar los beneficios económicos y del robo de los recursos de vida, que si bien los estados tiene o tenían el monopolio de los recursos de vida han pasado a ser productos que están a disposición dentro del mercado.⁶²

En ese orden de ideas, se verificara si es posible genera una nueva teoría constitucional y si existen nuevos principios en la Constitución de Ecuador que rompan con el paradigma constitucional.

3.2. El nuevo constitucionalismo latinoamericano

⁵⁹ Troya, Jaramillo, *El modelo económico, financiero y tributario de la constitución de 2008 en la nueva constitución de Ecuador*, Universidad Andina Simón Bolívar, Nacional, Quito, 2009, p. 315.

⁶⁰ Boaventura, de Sousa Santos, *Refundación del estado en américa latina*, Universidad de los Andes, Siglo del Hombre, Siglo veintiuno, 2010, México, p. 85.

⁶¹ Salamanca, Antonio, *“El Derecho a la Revolución iusmaterialismo para una política crítica”*, Departamento de Publicaciones Facultad de Derecho San Luis Potosí, 2006. p. 28.

⁶² Vandana, Shiva. *Manifiesto para una Democracia de la Tierra Justicia sostenibilidad y paz*, Ibérica, Barcelona, 2006, p. 41-43.

El nuevo constitucionalismo, según Roberto Viciano Pastor y Rubén Martínez Dalmau puede contener elementos formales y elementos materiales.

Los elementos formales son, legitimidad, sustentado en procesos democráticos que se construyeron a partir de las constituciones de Ecuador, Bolivia y Venezuela, recuperando así la naturaleza originaria del poder constituyente.

Luego, vienen los elementos de necesidad y utilidad, entendida como una construcción de nuevos conceptos que ayuden al cumplimiento eficaz de la nueva constitución.

Además, se propone la utilización de un lenguaje de fácil comprensión, en otras palabras técnicamente complejo y semánticamente sencillo.

Finalmente, otro elemento es la rigidez constitucional, entendiéndola como un texto vivo y que su modificación es sometida exclusivamente al poder originario, con ello levantando una legitimidad jurídica y política sobre la constitución que quedó atrás.

Por otra parte están los elementos materiales, que parten de la ruptura del antiguo régimen de un constitucionalismo débil, para así reconstruir la unión entre soberanía y gobierno diseñando escenarios y métodos para que la voluntad que prevalezca sea la del pueblo.

Otro aspecto innovador es visibilizar a los grupos invisibilizados y mantener una constante inclusión de los excluidos por los antiguos sistemas jurídicos, también, adoptar criterios que sean favorables a la dignidad de las personas.

De igual manera, está la necesidad de superar los obstáculos económicos y sociales; y, señala como un papel protagónico del estado para defensa de la economía e impulsar una justicia redistributiva hasta la protección económica comunitaria, sin dejar de lado la protección de los recursos naturales y la regulación financiera.

El nuevo constitucionalismo, busca ser un instrumento de emancipación para los pueblos a través de una constitución como un ordenamiento emitido por un poder constituyente, una teoría (democrática) de la constitución.

Una de las principales problemáticas que busca solucionar es la desigualdad social y rescatar la dignidad de los pueblos, además de reconocer la historicidad del

derecho, esto es el derecho como una construcción de las luchas sociales, principalmente las luchas sociales que surgieron con la entrada de las políticas neoliberales a los países del sur y que sea un proyecto de vida que sea adaptable a la sociedad.

Aunado a lo anterior, se desarrolla el concepto de buen vivir, como corriente opositora a la colonialidad del poder y al extractivismo, además, se proyecta como el espacio para discutir soluciones que pongan un alto a la industrialización predadora y al extractivismo que dan sustento al mercado industrial impulsado por las grandes corporaciones que han desregularizado los obstáculos jurídicos de los estados del sur para maximizar sus ganancias sin considerar los daños al planeta, pues es lo que nos ha llevado una falsa concepción del crecimiento en base de colocar los recursos naturales a la ley de mercado.⁶³

3.3. Los nuevos principios en la Constitución del Ecuador

3.3.1. Principio de plurinacionalidad

Siendo un principio constitucional inscrito en la constitución del Ecuador del 2008, pasa por varias partes de la misma, pues es tomada como un principio diseñado para que sea observado por todas las normas jurídicas además orienta necesariamente la conformación y actividad de los poderes públicos así como a todas las instituciones que emanen del estado así lo hace con los otros espacios de acción del estado, legislativo y judicial.⁶⁴

La plurinacionalidad, se sustenta en la realidad innegable del Ecuador. Por tanto, es una propuesta que propone un nuevo modelo de estado, que su finalidad es el bienes de las personas y su relación con la naturaleza.

Tomando lo anterior como punto de partida, la plurinacionalidad no es otra cosa que una propuesta del estado para poder resolver la problemática se presenta con la

⁶³ Gargarella, Roberto. y Courtis, Christian *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes*, CEPAL, Santiago de Chile, 2009, p. 11.

⁶⁴ Llasag, Fernandez, Raul, *Neoconstitucionalismo y sociedad, Plurionacionalidad: una propuesta constitucional emancipadora*, coordinador Ramiro Ávila Santamaría, ed. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, pp 311-350.

realidad multicultural que subsiste en el Ecuador, un ejemplo que se presentan es con la interpretación de principios y tópicos constitucionales. Ahora se puede atender a los principios del derecho indígena, los usos de la justicia indígena, el derecho o los derechos de la naturaleza, esto tomando el principio del bien vivir como propuesta opuesta al modelo extractivista capitalista.

La plurinacionalidad es una propuesta decolonial, que en parte rompe con la tradición colonial, es por ello que es considerada por Bouaventura varios como una propuesta emancipadora, como proyecto de refundación del estado, proyecto político.⁶⁵

Este modelo de estado, plurinacional, según Raúl Llasag, puede ser visto desde tres ejes.

- como emergencia de la poscolonialidad, en el que estado se reivindica con aquellos sectores que han sido invisibilizados y brinda herramientas de participación.

- Coexisten dos modelos construidos históricamente como nación, esto es cambiar la manera de ver al estado tradicional, esto es que dentro de un estado solo existe una nación. Esto quiere decir que, el concepto de nación puede apuntar al sentimiento de afinidad por cultura, religión, convicción, etnia.

- busque la generación de interculturalidad, que partiendo de que las culturas conociendo que existen más culturas puedan relacionarse y compartir conocimientos que estén encaminados a su liberación, sin que una cultura ejerza dominio sobre la otra(s).

3.3.2. Principio de Pluralismo jurídico

El pluralismo jurídico según Oscar Correas es un concepto que se utiliza para describir cuando al existir un sistema jurídico hegemónico o dominante, surge uno o varios sistemas jurídicos dentro del mismo espacio, es decir, cuando surgen sistemas jurídicos que se oponen al sistema jurídico dominante o hegemónico.

⁶⁵ Boaventura, *op. cit.*, p. 86.

El sistema hegemónico puede entenderse como el sistema que al ser aplicado resulta ser más eficaz, esta eficacia se advierte del cumplimiento y aceptación de los sujetos a los que están dirigidas las normas.⁶⁶

John Griffiths, sostiene que el pluralismo jurídico que para identificarlo se tiene que identificar el órganos que ejerza coerción para hacer lo cumplir dentro de un campo social, y la normatividad generada por el hecho de una acción social, y que existen un derecho dominante y un derecho sometido.⁶⁷

Por su parte, Carlos Wolkmer designa al pluralismo jurídico como las múltiples prácticas que se presentan en un mismo espacio político, que surge en consecuencia por las necesidades existenciales, materiales y culturales; y, puede o no ser oficial.⁶⁸

Finalmente, según Norberto Bobbio, el pluralismo jurídico recorrió de dos etapas .a primera al nacimiento y al desarrollo histórico del derecho, a través del historicismo jurídico que señala que los derechos nacen directo o indirectamente del pueblo. El segundo, corresponde a su origen institucional o una estructura creadora de derechos.⁶⁹

El fenómeno que se mencionó en los párrafos anteriores, no es nuevo pues se ha presentado a través de la historia, con el surgimiento del feudalismo que trajo como consecuencia el derrumbe de la sociedad romana, en esta sociedad feudal el nexo que regía las relaciones sociales (clero, nobleza y campesinado) era la tierra pues realizaba dos funciones la de riqueza y medio de producción, sus sistema es plural toda vez que cada reino se regía bajo sus propias costumbres y decretos, con la necesidad de una certeza mercantil el señor feudal creo tribunales especiales diseñados para dirimir las controversias entre los mercantiles.

Por ejemplo en la época medieval coexistieron cuerpos normativos, como fueron las costumbres, estatutos y los dictámenes reales, también durante el sistema estatal, canónico y la *lex mercatoria*.

⁶⁶ Correas, Óscar, “*Ideología jurídica, derecho alternativo y democracia*”, Boletín Mexicano de Derecho Comparado XXVII, 081, UNAM, México, 1994.

⁶⁷ Griffiths, Jhon. “*Pluralismo jurídico*”, Universidad de los Andes, Bogotá, 2007. p. 145-214.

⁶⁸ Wolkmer, Carlos. “*Pluralismo Jurídico: nuevo marco emancipatorio en América Latina*”, Torre Jesús, Pluralismo Jurídico Teoría y Experiencias, Departamento de Publicaciones Facultad de Derecho., San Luis Potosí, 2007. p. 21.

⁶⁹ Bobbio, Norberto, *op. cit.*, Temis, Bogotá, 2007. p. 243-244.

Sobre el origen del pluralismo jurídico, Boaventura de Sousa dice que se presenta en dos formas: colonia y no colonial, el colonial lo identifica en los países que fueron dominados y obligados a cumplir con el sistema jurídico de las metrópolis, luego, el no colonial, los países con culturas y tradiciones propias adaptaron el derecho europeo, después de tener una revolución continúan sosteniendo parte del antiguo sistema normativo, finalmente, pueblos indígenas sometidos a los que se les reconocen sus normas para que perdure su derecho tradicional.⁷⁰

Carlos Wolkmer propone dos posturas que ocupan del pluralismo jurídico como proyecto conservador y como proyecto emancipado.⁷¹

El proyecto conservador, surge con el discurso del sector burgués liberal de mitad del siglo XX, la burguesía sostuvo que sus intereses y sus derechos precedían a la institución del monarca, por lo que desarrollaron prácticas sociales junto con un proyecto integrado de elementos jurídicos y políticos, que tuvieron como fin la satisfacción de sus necesidades, las que identificaron como el derecho a la vida, la propiedad y al comercio, además de desarrollar una *lex mercatoria*.⁷²

Como se observó en los párrafos anteriores el pluralismo jurídico tiene como esencia la descentralización del derecho y reconocer otros sistemas normativos.

Las corporaciones mundiales están construyendo, una doctrina en base a la filosofía del pluralismo jurídico buscando que las relaciones comerciales sean una fuente de derecho o bien mediante una nueva *lex mercatoria*.

Surge en el Medievo, la cual creada por los comerciantes regulaba sus relaciones mercantiles en los diferentes mercados, conforme el feudalismo le fue dando cabida al capitalismo impulsado por la burguesía y por consecuencia cambiando el nexos que regulaba las relaciones sociales que fue la tierra, pasó a ser la fuerza de trabajo.

Por el embiste del capitalismo dio como resultado una nueva clase dominante (burguesía) la que se apropió del nuevo medio de producción que es la propiedad

⁷⁰ *Ibid*, p.21

⁷¹ *Ibid*, p.26

⁷² Correas, Oscar, *Los derechos humanos. Entre la historia y el mito*, Rosillo Alejandro, Derechos Humanos, Pensamiento Crítico y Pluralismo Jurídico, Departamento de Publicaciones Facultad de Derecho, San Luis Potosí, 2008. p 134.

privada. Con la entrada de esta sociedad industrializada capitalista que buscó expandirse dentro de los mercados mundiales para imponer el ritmo de producción y consumo.⁷³

3.3.3 Buen vivir como oposición al derecho capitalista

Con la entrada de la modernidad y la globalización las relaciones entre los comerciantes fueron adaptando nuevos elementos que les permita tener una plena certeza y con ello el nacimiento de una nueva ley de mercado, la cual se encuentra integrada principalmente por ordenamientos Tributarios, tratados internacionales, convenciones, laudos arbitrales, con todos ellos se forma un sistema normativo hegemónico mundial, donde estos tribunales especializados solo se encargan de dirimir controversias relacionadas con el fenómeno de la compra y venta de productos y servicios.⁷⁴

Estas nuevas reglas del juego que tintan de neutrales y sujetas a la voluntad de las partes, buena fe, evitan cuidadosamente evitar cualquier vinculación con el derecho nacional, de esta manera dar solución a los conflictos del comercio internacional con el recurso, ahora de moda, el arbitraje comercial como el método más apropiado.

Actualmente, sobrepasa las jurisdicciones estatales pues no ve conveniente que sus relaciones sean coercitivas mediante jurisdicciones estatales, pues sostiene que con ello tendrían lentitud dentro de su dinámica y pérdidas económicas y lo que se busca es una mejor eficacia, por ello, optan por una ingeniería financiera que busca maximizar las ganancias de sus actividades y reduzca los costos

⁷³ Wolkmer, Carlos, *Pluralismo Jurídico Fundamentos de una nueva cultura del Derecho*, MAD, Sevilla, 2006, p. 41-48.

⁷⁴ Esteves, José, *El revés del derecho Transformaciones jurídicas en la globalización neoliberal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006. p 125-145. Es el caso de la utilización de los Tratados para evitar la doble tributación, y teniendo consecuencias económicas como el nacimiento de paraísos fiscales.

transnacionales sin embargo, detrás del discurso de una eficiencia en el mercado, se ocultan las consecuencias ambientales que llevan.⁷⁵

Las organizaciones de comerciantes y de prestadores de servicios, necesitan instrumentos que flexibilicen el tráfico de mercancías o servicios que satisfagan sus intereses, por lo que buscan crear una normatividad privada, que por lo general va en contra de las legislaciones nacionales y que obligan a los estados a reconocerlas aun por encima de sus propias normas, por eso optan por una propio sistema normativo que es dinámico y que está en constante revisión, buscando que se reconozca como fuente de derechos las costumbres y se incorporen dentro de los sistemas jurídicos nacionales, pues al estado solo lo ocupan como instrumento para elaborar tratados que den obligatoriedad a los estados a cumplir con su lex de mercado.⁷⁶

La doctrina neoliberal busca imponer una seria de reglas emitidas por órganos privados en el espacio global, esas reglas que regulan las relaciones comerciales, es un mecanismo creado por los mercantes para la satisfacción de sus necesidades.

Además, tiene una intención oscura, las empresas internacionales se conviertan en fuentes de creación de derecho y puede tener como consecuencia imponer un derecho hegemónico mercantil que traiga consigo una muerte violenta de los pueblos.

Estamos frente a una forma distintita de legitimación de un sistema de derechos, pues no cuenta con criterios de racionales, auto regulación gubernamental, ni mucho menos pasa por decisiones democráticas de los habitantes de los lugares en donde se instalan los sujetos transnacionales, pues lo disfrazan como derechos sociales que buscan un sistema funcionalista en base a decisiones metodológicas y que sea garantizado por un derecho objetivo cuando así sea necesario.⁷⁷

En este momento debemos comprender que el estado y su forma de verlo tiene que ser diferente y aceptar su deterioro pues este estado moderno, que surgió en el

⁷⁵ Médici, Alejandro, *“Globalización y crisis del estado de derecho”*, Asociación Argentina de Derecho Político, III Encuentro Nacional de Derecho Político y materias afines, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2006, p. 23.

⁷⁶ Pereznieto, Castro, *Derecho internacional privado Parte General*, OXFORD, México, 2005, p. 229-232.

⁷⁷ Habermas, *op. cit.*, p. 169-184.

siglo XVII, el cual definió la forma de organización política que se ha reconocido globalmente. Pues, a partir de este modelo europeo que responde a diversos procesos complejos, que van desde la creación de estado nación hasta los estados artificiales. Esta formación política ha sido vista el única forma de reconocida internacionalmente.

Ahora en el derecho internacional clásico, los sujetos reconocidos son los estados, exclusivamente ellos pueden adquirir derecho y obligaciones y se rigen bajo el principio de igualdad interrelación, sin embargo, el surgimiento de organizaciones internacionales, así como el nacimiento de organizaciones mundiales y las empresas globales, que proponen y desafían a los estados, para que sean reconocidos como sujetos, los cuales los podemos localizar como organizaciones gubernamentales, las organizaciones civiles y las empresas mundiales que las podremos definir de la siguiente manera.

Los organismos internacionales gubernamentales como sujetos de derecho internacional, que tiene un reconocimiento internacional, han tenido un crecimiento y reconocidas facultades soberanas que son tomadas a consideración para definir políticas internas de los estados.

Luego, las organización civiles o que no surgen del estado, las cuales de manera diversa se desarrollan, su aparición en el especio jurídico ha venido a convertirlos en grupos de presión internacional o de reivindicación. Los objetivos que algunas de estas organizaciones son que sean reconocidas y se les permita ser sujetos de derecho internacional, esto en los litigios internacionales, y otras como verdaderas entidades regulatorias de actividades en las operaciones globales.

Finalmente, las empresas mundiales, son aquellas que están registradas y tienen operaciones en varios países a la vez, estas empresas tiene sus oficinas centrales en un país y mediante sucursales operando de las demás economías o mercados, estas empresas al transformadas en corporaciones que operan bajo organización implica una eliminación de la identidad de nacional, sin embargo se sujetan a sus estados donde marcan su registro fiscal, todo ello depende de las facilidades que el estado donde reside su domicilio fiscal les ofrezca.

Estas corporaciones son las que contribuyeron a gran medida a la creación de la economía mundial, no solo con el intercambio comercial, también creando líneas de producción global, los flujos de inversión y la división de la mano de obra.

Las economías nacionales, los avances de medios modernos de transporte y las políticas gubernamentales favorecen que las empresas ubiquen sus instalaciones de producción en lugares que les ofrezca ventajas en el mundo, alguna de estas, incluyen una explotación de la mano de obra y beneficios fiscales, como consecuencia de esta industrialización global va creando una áspera relación entre los estados nación y las corporaciones globales.

Si entendemos a los estados que permanece como los sujetos típicos de derecho internacional y la aparición de nuevos sujetos externos que algunos por encima o debajo del estado, crean una red que funciona en espacios antes reservados al sistema de estado de derecho internacional.

Por ello, será necesario replantearse el papel que juega el estado en el derecho internacional, pues las transformaciones por las que han pasado demuestran que dadas las condiciones materiales orillan a los estados a reivindicar el monopolio exclusivo del control y monopolio de la creación del derecho. Con la creación compleja de las redes de interacción de los sujetos internacionales, así como el incremento del flujo de mercancía y servicios aunado a los avances tecnológicos.

Ya no se puede sostener que el ejercicio efectivo del poder sólo está en los estados, si bien es cierto, el nacionalismo constituía el punto de referencia común en una sociedad normalmente confinada dentro de las fronteras del estado, actualmente existe un gran número de intereses que existen cuya referencia suele estar en comunidades de intereses regionales o transcontinentales.

Las actuación de los estados en grupos o bloques supranacionales con sus limitaciones que el entorno económico y político internacionales impuestas, hace que sea más difícil seguir sosteniendo el concepto tradicional de soberanía propia de los estados nación. Pues dado la cantidad de intereses y las estructuras de autoridades interconectas que hacen del ejercicio de la soberanía un complejo ejercicio de conciliación y equilibrio, en gran parte consecuencia de que el control territorial que supone sólo es posible mediante la coordinación de acciones entre los países.

La idea de que un sistema económico mundial está hundiendo el papel del estado al punto de convertirlo en un actor meramente incidental llevando consigo la desfragmentación del poder, los agentes económicos externos tiene un grado de influencia absoluto en las políticas nacionales, en un primer nivel se podrá decir que lo hacen mediante organismos financieros internacionales, particularmente en el caso de los países del sur, esta intervención descentralizada jurídicamente, pues durante los ochentas y noventas el liberalismo que fue la idea del cambio global, evidentemente no funciono para todos los estados y solo favoreció a las potencias industrializadas.

Estos agentes externos internacionales son extremadamente sensibles al comportamiento de las políticas nacionales, pues siempre buscan un mercado financiero deslocalizado y sin mecanismos de control, lo que en la realidad se está presentando es que existan dos mecanismos competitivos que le dan estructura al Mercado y los estados, que son las instituciones financieras internacionales.

Finalmente, este cambio económico mundial denominada economía mundial, que por una lado algunos optamos por una regulación y otros por la libertad, se arrojan dos preguntas que rigen la relación mercado y estado, ¿Cuál es el nuevo rol que tiene el estado para la regulación del mercado? y ¿cuál es el espacio que se tiene y que responsabilidad tiene el estado?, todo ello para velar por las necesidades de la población mundial, con la esperanza de no caer en un gobierno global presidido por un congreso corporativo y presidido por el capital.

La carga teórica del buen vivir se recata de conocimiento proveniente de los pueblos de la comunidad andina, pues tienen a su vez diferentes formas de expresión cultural, al concebir el desarrollo de la vida como comunitaria, tan es así que cada cultura tiene una concepción del buen vivir.

Aymara-Quechua de Bolivia.-desde esta visión, el bien vivir, suma Kawsay,representa que todo lo que vive es importante y que todo tiene un ciclo, "vivir en armonía y equilibrio; en armonía con los ciclos de la madre tierra, del cosmos, de la vida y de la historia y en equilibrio con toda forma de existencia Mapuche de Chile.- *Kyme mogen*, busca no romper el equilibrio en las relaciones

entre personas, espiritualidad, leyes además de esta relación equilibrada busca que sean complementadas unas por las otras.

Pueblos de Colombia.- *volver a la maloka*, es volver a los conocimientos de los ancestros de los pobladores, porque si bien la nuevas generaciones han sido invadidas por la modernidad, lo que se busca es que regresen y no abandonen sus orines y los nuevos conocimientos que han adquirido los utilicen en beneficio de la colectividad pero no deben de olvidar los conocimientos ancestrales, la relación armónica con el medio.

Pueblos guaraní.- *Teko kavi*, para Elio Ortíz originario guaraní escribe "*Tú estás bien cuando estás bien con la naturaleza, con los espíritus, con los ancianos, con los niños y con todo con lo que está a tu alrededor, eso es vivir bien*". La traducción de *Teko kavi* puede ser vida buena, por ello este pueblo guaraní relaciona que esa vida buena debe estar equilibrada con los seres que comparte el espacio.⁷⁸

El buen vivir como objetivo del desarrollo, recoge un planteamiento que es parte de la cosmovisión indígena, pero en el contexto constitucional no solo se imprime esa visión, sino que se lo integra con la necesidad de viabilizar la plena vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales, para que esas potencialidades y capacidades se desarrollen plenamente.

El buen vivir, entonces, desde una perspectiva no intenta frenar las actividades económicas, sino viabilizaras aquellas que no alteren las capacidades de los ecosistemas para regenerarse y florecer con el tiempo. De manera que, un sistema económico y productivo que considere los conceptos señalados, la protección de los ecosistemas y de su capacidad de mantenerse vivos es una prioridad.

Los principios constitucionales dan forma a un régimen de desarrollo que no ignora la importancia para la vida de un ecosistema saludable, y que promueve un desarrollo que no interfiera de manera fatal como el funcionamiento de los sistemas naturales. De esa forma también se intenta modificar el punto de vista tradicional que pone al crecimiento económico fin último al desarrollo.

⁷⁸ Huanacuni, Mamani, Fernando, *Vivir Bien/ Buen Vivir filosofía, políticas, estrategias y experiencias regionales*, Convenio Andes Bello, Instituto Internacional de Integración, Bolivia, 2010, pp.37-39.

Para contextualizar esto, un ejemplo es el tema del agua en el Ecuador. Sí la constitución en el artículo 71 señala que la naturaleza o la pachamama donde se produce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructuras, funciones y procesos evolutivos, entonces el agua había de darle un tratamiento especial.

Al considerar al agua como un ser vivo y toda vez que la constitución lo reconoce así, es necesario su conservación, recuperación y manejo integral de los recursos hídricos, cuencas hidrográficas y caudales ecológicos asociados al ciclo hidrológico. Además plantea que se regulara toda actividad que pueda afectar la calidad y cantidad de agua y el equilibrio de los ecosistemas, en especial en las fuentes y zonas de recarga de agua.

De tal suerte que, una de las aspiraciones más fuertes a garantizar fue el agua colocándolo dentro de la constitución, esto por la carga metafísica, espiritual que se tiene hacia el agua, fue así que el agua pasa a ser patrimonio nacional(es) de uso estratégico de uso público, inalienable, imprescriptible e invargable.

Así como el agua, el estado propone dinámicas y uso y aprovechamientos de los recursos de vida, de una forma sustentable, mediante mecanismos de regulación y control en la prestación de servicios, pero también para preservación de estos y su democratización. Se dice que son democráticos porque permite ampliar la base de productores y propietarios, un esquema de economía social solidaria articulada a otros sectores de la economía.⁷⁹

El buen vivir como concepto plural y en construcción, a pesar de ello ha demostrado avances en las prácticas de los pueblos y nacionalidades. Pasos agigantados que dejan huella en el espacio político, como ha sido las constituciones del Ecuador y Bolivia. Pues aparecen elementos unificadores como posicionamientos contra el modelo extractivista capitalista y reclamo por la convivencia en armonía con la naturaleza. Por ello es necesario cuestionar el concepto de desarrollo, pero no

⁷⁹ Acosta, Alberto, *El buen vivir una vía para el desarrollo*, Abya-Yala, Quito, 2009, pp.51-63.

desde una postura hegemónica, por el contrario buscar alteridad en el concepto de desarrollo.⁸⁰

3.4 La función del Derecho para el buen vivir

Una constitución política es considerada como la ley fundamental de un país y, por lo mismo, está referida al Derecho. El que el nuevo paradigma pueda expresarse en la convivencia social, entre otros cambios culturales, pasa por ingresar en las normas de convivir social. Ecuador a lo largo de su historia ha demostrado permeabilidad a las nuevas ideas, aunque la gran mayoría de ellas ha quedado solo en el papel. Afortunadamente unas pocas si echaron raíces y el país pudo marchar con el avance de los derechos humanos.⁸¹

La nueva Constitución contiene algunos elementos de la filosofía del nuevo paradigma cultural y científico, por ello es necesario tratar de comprender cómo este paradigma, aparte de las ciencias mencionadas en títulos anteriores, ingresa también en el Derecho.

Fundamentándose en lo que anteriormente se dijo, la economía, desde el siglo XIX, ha pasado a manos únicamente de los flujos comerciales, a pesar de que existe una inmensa red de relaciones entre los hombres ajena al intercambio comercial y, sin embargo, valiosa.

En el capitalismo avanzado se produjo la depreciación de esta red que estaba constituida por una comuna, un barrio, un inmueble, en los que existían relaciones de cooperación y ayuda mutua.

En las antiguas ciudades obreras, la cohesión y la solidaridad permitían enfrentar colectivamente los problemas de la cotidianidad. Para defender intereses comunes, se crearon asociaciones voluntarias, cooperativas y la vida familiar también formaba parte de esta red. En suma, la maraña de vínculos sociales que sustentan una actividad económica constituye la sociedad civil, cuya característica, dirá Michel Bosquet, no debe su existencia ni a la mediación ni al acta institucional

⁸⁰ Acosta, Alberto, *buen vivir sumak kawsay una oportunidad para imaginar otros mundos*, ABYA YALA, Quito, 2012, p.154.

⁸¹ Pardo, José, Esteve, *Derecho del Medio Ambiente*, Barcelona, segunda edición, 2008, p. 75.

del estado, es decir, todas estas relaciones se basan en la reciprocidad y la voluntariedad, no en el Derecho ni la obligación jurídica.

La humanidad evoluciona hacia el empobrecimiento de las relaciones en el seno de la sociedad civil. La capacidad de cuidarse mutuamente se va perdiendo en beneficio de una organización comercial, la educación de los niños se confía exclusivamente al sistema escolar, con lo que la sociedad pierde su función educativa en sí misma.

La colaboración en los barrios está en regresión, lo mismo, cuando hay un problema que cuando se debe cultivar el jardín y hacer una pequeña reparación. La consecuencia es una búsqueda de soluciones individuales que termina en los servicios pagados. Incluso para la organización del ocio se confía más en el marketing de las empresas que los proyectos elaborados por grupos de manera autónoma.⁸²

En definitiva, es una burocracia central, pública o privada, quien se apropia, para la mayoría de los hombres, del cuidado de elegir su trabajo, su vivienda, sus ocios, y de expresar sus necesidades, aspiraciones y deseos.

La fatiga, la falta de espacio, la falta de tiempo y el empobrecimiento de las relaciones conducen a la desaparición de la ayuda mutua y dejan un lugar creciente a los servicios comerciales alternados con los públicos y los equipamientos colectivos.

La decadencia de la sociedad civil conlleva un reforzamiento y desarrollo de las actividades del estado, entendidas en sentido amplio. Los individuos atomizados reclaman del estado que sustituya, cada vez en forma más amplia, sus capacidades autónomas. Es la colonización burocrática, el declive de las libertades y las iniciativas, el fin del hombre creador.

Por ello no es de asombrarse, dice Bosquet, que en estas condiciones la vida política haya sido reducida al estado de espectáculo, la cultura al de consumo, la felicidad al de posesión.⁸³

⁸² Martín, Mateo, Ramón, *Manual de Derecho Ambiental*, Navarra, Aranzadi S.A., tercera edición, España, 2003, p.56.

⁸³ Georges, Dutry, *Crisis económica y ecológica*, Miraguano Ediciones, 1980, p.62-65.

Los estados nacionales se encuentran indefensos frente a la estrategia industrial de las multinacionales. El estado intenta actuar como árbitro entre las multinacionales y las empresas dominadas, pero resulta muy difícil, pues los medios de llevar una política coherente se ven limitados.

El estado pierde su papel regulador y se contenta con reducir el margen de las disfunciones capitalistas. En definitiva, calca su proyecto sobre el sistema dominante, constituido por las empresas de gran envergadura.

La política de acogida a las multinacionales, la promoción de las exportaciones que no sabe nunca a quién beneficia, la ayuda a las inversiones de gran concentración de capital, las compras por parte de los poderes públicos: material militar, computadoras, etc., son algunos signos que no engañan sobre la ausencia de la estrategia autónoma del estado y su filiación a las grandes empresas que dan forma al medio en el que nos movemos. Todo esto ha dado lugar a la nueva gran crisis económica, que ha aparecido a finales de la primera década del siglo XXI.

La sociedad civil, entonces, debe recuperar su control sobre sus instituciones políticas en el nuevo paradigma, que supera el papel que le asignara Hegel de mera intermediaria entre el estado y la familia; por el contrario debe manifestarse como la estructuradora del sentido de la agrupación humana y, por lo tanto, la gestora de base de la vida política.

Por lo mismo, las iniciativas para la formulación del Derecho tienen que surgir de ella y tener las siguientes características:

1. El Derecho deberá recobrar sus orígenes sociales y el estado no impondrá la norma jurídica sino que la extraerá del consenso social. Registrará el derecho de los grupos, este es el de las asociaciones, convenios colectivos; respetará y asimilará el Derecho consuetudinario de las etnias.

2. El Derecho asume básicamente un función didáctica que enseña al hombre normas de comportamientos para consigo mismo, sus semejantes y el medio ambiente que le rodea.

3. Las normas surgen de la convivencia, el respeto mutuo, la solidaridad y la comprensión de las leyes naturales, que deben entenderse como ecológicas. El

respeto y la comprensión, inherente a las grandes tradiciones sagradas como el cristianismo, el budismo, el taoísmo, etc.

4. El Derecho no será una norma rígida inflexible, sino que conllevará la contraparte de la obligación, la prudencia, como en el caso del tránsito. El sentido de la reparación, no solamente a los hombres sino a la naturaleza.

5. Los órganos legislativos y de justicia nacerán del consenso social y convertirán en la legislación y jurisprudencia las necesidades humanas y naturales más sentidas, para lo cual actuarán siempre con conocimiento de lo subjetivo y lo objetivo, de lo individual y lo colectivo.

6. El estado y la sociedad civil interactuarán armónicamente, tomando en cuenta que de la creatividad de esta última surgirán siempre las instituciones sociales.

Una nueva visión de la realidad o paradigma ha emergido paulatinamente con la física de principios del siglo XX y se perciben muchas otras áreas.

No sólo consiste en nuevos conceptos sino en distintos sistema de valores que se ha de reflejar a través de otras formas de organización social e institucional.

Este paradigma va siendo formulado fuera del mundo académico, permanece ligado al cartesianismo. Fluye paralelo al concepto de materia que hay emergido en la física moderna: concepto que puede hacerse extensivo a los organismos vivientes, la mente, la conciencia y los fenómenos sociales.

El mundo material, de acuerdo con la física actual, no es un sistema mecánico compuesto de objetos separados sino que aparece como una compleja red de relaciones. Las partículas subatómicas no pueden ser entendidas como entidades separadas aisladas, sino que se han de apreciar como intersecciones o correlaciones en una red de sucesos.

La noción de objetos separados es una idealización, muy útil a veces, pero que no tiene validez fundamental. Todos esos objetos son pautas de un proceso cósmico inseparable y son intrínsecamente dinámicos.

Los físicos, de acuerdo con el acercamiento reduccionista, intentaron desgranar la materia con el objetivo de descubrir sus cimientos fundamentales. Las sustancias

fueron divididas en formas moleculares, las moléculas quebradas en átomos y estos en partículas subatómicas.

Sin embargo, cuando se estudian las partículas subatómicas, se descubre que en realidad no están compuestas por ninguna sustancia material, sino que tienen cierta masa que es una forma de energía. La energía está siempre asociada con procesos, por lo mismo, lo que por último se encuentra hasta hoy son pautas dinámicas en constante cambio, una perpetua danza de la energía.⁸⁴

El conocimiento y el aprecio de este paradigma han permitido, en los últimos treinta años, cambios significativos en las ciencias estudiadas e instituciones alternativas como, por ejemplo, Schumacher College, una organización que trasciende las universidades clásicas, y donde es posible estudiar la filosofía y tecnologías que propugnan la nueva relación entre la naturaleza y los hombres consigo mismo.

Existen, además, cientos de comunidades en el mundo que buscan vivir y experimentar una convivencia distinta con su medio ambiente, intentando juntar la sabiduría con la compasión. En este orden de cosas se han establecido también incentivos para el desarrollo del nuevo paradigma, que continuación se describe.

Alfred Nobel, luego de haber inventado la dinamita y comprobado sus efectos destructivos, decidió emplear gran parte de su dinero en un premio, que incentivara los descubrimientos científicos y la creación literaria, pero sobretodo actividades que propiciaran la paz. Los efectos devastadores que producían las nuevas tecnologías militares hicieron ver con anticipación a este gran científico sueco lo que fueron la primera y la segunda guerras mundiales y lo que sería una posible confrontación nuclear.

En este sentido, el otorgamiento de los premios Nobel, muchas veces, ha cumplido con el propósito de su mentor y en otras se ha desviado de la intención original; por esto un compatriota de Nobel, Jacob von Uexkull, ha creado el premio a la justicia subsistencia o correcta forma de vida, que está destinado a personas que trabajan no para empresas, estados, universidades o grupos de presión, sino en

⁸⁴ Ruiz Giraldo, Carlo, *Constitución política vigente y proyecto de nueva constitución: Un Análisis comparativo*, Quito, 2008, p. 68.

función de un proyecto independiente y global, y que por lo mismo si orientan a la búsqueda de la auténtica paz, a la relación armónica con el ambiente, de los seres humanos entre sí y por economías ecológicas alternativas.⁸⁵

El mentor para el otorgamiento del premio dirigió primero una larga carta a la fundación Nobel en Estocolmo proponiendo la creación, dentro de los mismos premios Nobel, de dos adicionales: uno sobre medio ambiente y otro relativo al tercer mundo. La respuesta de la fundación fue decepcionante: dijeron que no tenían previsto ampliar los premios, que ya lo habían hecho con el de la Paz y de Economía y que el mundo no necesitaba nuevo galardones.

Von Uexkull insistió en el tema e incluso llegó a ofrecer la venta de toda su colección filatélica para financiar los nuevos premios, pero la respuesta fue tan negativa que abandonó ese camino. Entonces pensó en la posibilidad de crear un premio distinto al Nobel. Vendió su valiosa colección de sellos e invirtió el dinero en establecer una fundación que premiara el trabajo de todas las personas que, en esta época de crisis social y ecológica, tuvieran proyectos e ideas realmente factibles para cambiar la presente forma de vida e iniciar nuevos modelos de desarrollo y convivencia.

El primer año que se otorgó el premio fue muy difícil, pues la prensa pensó que este nuevo premio era un boicot al Nobel, mediante la intervención de la CIA o la KGB, pero, cuando vieron a los premiados, aceptaron publicar informaciones sobre el galardón. Pronto con Von Uexkull encontró personas que estuvieron dispuestas apoyarlo, convirtiéndose miembros del jurado. El segundo año fueron los periodistas los que lo llamaron premio Nobel alternativo. Aunque no gusto a la fundación Nobel, al final se hicieron buenas relaciones entre los dos organismos.⁸⁶

Como ya han pasado algunos años desde su establecimiento, múltiples proyectos mundiales relacionados con el buen vivir han recibido este apoyo que seguramente es un estímulo para nuevas acciones encaminadas a propiciar una adecuada subsistencia.

⁸⁵ Pérez, Efraín, *Derecho Ambiental*, McGraw Hill, Colombia, 2000, p. 201.

⁸⁶ *Ibíd.*

Las necesidades del planeta y las necesidades de la persona se han unificado y, juntas, han comenzado a actuar sobre las instituciones de nuestra sociedad con una fuerza que es profundamente subversiva, pero que encierra en sí la *promesa de la revolución cultural*⁸⁷.

Efectivamente, en una sociedad tecnocrática, la autoridad política se basa en una mística de la pericia científica. Esto es lo que, según se supone, garantiza la competencia del estado y las empresas privadas para mantener en funcionamiento con una compleja economía industrial.

Conseguir que la gente se someta a esta mística requiere que comprometa su profunda lealtad psíquica a la visión mundial de la ciencia moderna y las disciplinas industriales que apoyen el mito del progreso. Por esto las ideologías tradicionales contestatarias –como la marxista- no han permitido un cuestionamiento más a fondo de la civilización puesto que aquello demanda un conocimiento y deseo de transformación del alma colectiva. Se tornaba indispensable crear una política de conciencia que permitiera comprender conjuntamente las nuevas imágenes de la naturaleza y la identidad humana que iban surgiendo.

Para lograr tal propósito es necesario, entonces, profundizar al máximo la condición misma de la persona y de paso homologarla con la suerte del planeta.

Nunca ha habido muchas personas en el mundo, según opinión de Roszak, más aún, nunca existió mucha gente que supiera, incluso, que tenía la opción de llegar a ser persona. Nuestro mundo siempre ha estado odiosamente dividido entre líderes y seguidores, élites idólatras y masas anónimas. Por tanto, si no elevamos a una de estas condiciones o caemos en la otra, en ninguno de los dos roles afirmamos el ideal de la persona. Solo asumimos identidades prefabricadas limitadas por la costumbre y la función.

La sociedad –esta ficción colectiva que hacemos de nosotros mismo- permite –o más bien requiere- que haya líderes, héroes, celebridades. Pero esos pocos privilegiados, a pesar de todas las recompensas de que disfrutan, siguen siendo personas que representan roles asignados. Supervisores de la tarea ajena, ejemplo

⁸⁷ Roszak, Theodore. “*The monster and the titan: science, knowledge, and gnosis*”. Daedalus, 1974, vol. 103, no 3, p. 11.

de las virtudes oficiales, objeto de veneración o temor reverencial, su trabajo es su vida.

Para realizar estas funciones deben empequeñerse hasta formar las imágenes impresas y electrónicas que abarrotan los periódicos, las revistas, los murales y las pantallas de televisión de todo el mundo... convirtiéndose al fin en esa fuerza social profundamente despersonalizada que siempre parece misteriosa, y que invisiblemente, está ahí, sosteniendo la cultura oficial, los derechos de propiedad, la santidad del estado.

El autor de *Persona y Planeta* subraya cuidadosamente la distinción entre *individuo* y *persona*, porque cualquier confusión apresurada de ambos términos *individuo* ha dominado el significado de *persona*. Los excesos de la individualidad han sido en última instancia las causas generadoras de los excesos reivindicativos de las ideologías colectivistas. La tradición burguesa del individualismo ha enseñado a considerar toda preocupación por el yo como egoísta.

Tanto si se considera el egoísmo como un defecto o como un precioso derecho, lo cierto es que durante generaciones ha constituido todo el contenido moral del conocimiento de uno mismo. No ha habido ninguna manera de interesarse por el yo que no haya sido una expresión del interés propio en el sentido más rudo, el del darwinismo social. El individualismo ha echado una oscura y tenaz maldición sobre todas las formas de conocimiento de uno mismo, haciéndolas parecer débiles excusas de la injusticia social y el elitismo político.

Sin embargo, este agresivo ideal de vida burgués no tiene nada que ver con la personalidad. Distorsionada por el temor y actitud defensiva hasta el punto que resulta irreconocible, utilizada de acuerdo con las exigencias del progreso industrial. El individualismo dirige a la persona a la estrecha fortaleza del ego y la encierra ahí, convirtiéndola en una presencia aislada, oportunista, siempre vigilante. En lo individual, no se permite profundidad o misterio interior más allá de unos motivos secretos ulteriores, no hay más que la dura superficie pública del interés propio que avanza –a veces incluso valientemente- contra toda restricción, contra las restricciones tiránicas de la autoridad pública, pero también contra la legítima oposición moral del bien común.

El descubrimiento de uno mismo hace a la persona, pero la competencia al individuo. Competir significa que, mientras dura la competición, dejo de ser dueño de mi propia vida. Participo en un concurso que otros han diseñado. Por esta razón, el individualismo es tan antipersonal como antisocial, una alineación tanto de nuestra propia subjetividad como de la de los otros seres humanos.

En cambio, la búsqueda de la persona es una sosegada y solitaria exploración emprendida con franqueza y curiosidad, su propósito no es ni el éxito ni la celebridad, sino el conocimiento de uno mismo, un conocimiento del yo tal como es, tanto para enfrentarnos a su debilidad y vergüenza como para descubrir sus poderes ocultos. La alegría la búsqueda no radica en estimular las energías competitivas que nos permitan superar a los demás, se trata más bien de una búsqueda de las cualidades únicas a las que no es aplicable ninguna pauta competitiva.

Es por ello que el sentido personal más profundo permite al mismo tiempo la posesión de una inteligencia ecológica precoz. Porque tanto la persona como el planeta están amenazados por el mismo enemigo, el tamaño excesivo de las cosas: las estructuras industriales, los mercados mundiales, las redes financieras. Las organizaciones políticas de masas, las instituciones públicas, los establecimientos militares, las ciudades y las burocracias.

El insensible colosalismo de estos sistemas es lo que hace peligrar los derechos de la persona y del planeta, razón por la cual se torna fundamental que los dos entes establezcan una conexión política, que además sean el principal indicador de una economía sana, puesto que todos los sistemas e instituciones que llegan a ser lo bastante grandes para inhibir nuestro crecimiento como personas, también ponen en peligro al planeta. Por ello se podría decir que el anhelo de la gente por realizar su plena potencialidad personal está en la naturaleza de un círculo de *feedback* que funciona para restaurar la escala humana de las cosas, pues al tratar de salvar nuestra condición de personas afirmamos a escala humana y al hacer esto último, salvamos el planeta.

Pero, frente a estos dos hechos de base profundamente filosófica, ¿qué tiene que decir el Derecho? Para algunos autores, la supuesta igualdad sustancial de los hombres da a la norma jurídica las características de alteridad, es decir, la calidad de

regular relaciones con un áter, otro de la misma naturaleza, pues el Derecho corresponde fundamentalmente al hombre en sus relaciones con los otros hombres.

Ahí es donde debe dar su gran salto el Derecho, en la comprensión de que los otros no son solamente sus congéneres humanos, sino también los demás seres. Es cuando el Derecho ejercido por las personas y no por los individuos se puede convertir en el derecho del planeta.

En este marco, se podrían incluir los derechos de la naturaleza, que más adelante serán desarrollados con mayor profundidad y también lo que la Constitución denomina *inclusión y equidad*, cuando luego de varios renglones de hablar del Plan Nacional de Desarrollo, en el artículo 340, inciso segundo, establece los principios de la universalidad, igualdad, equidad, progresividad, interculturalidad y no discriminación, funcionan bajo los criterios de calidad, eficiencia, eficacia, transparencia, responsabilidad y participación, con lo cual, en teoría, se asume esta concepción sobre la persona, que se encuentra en Teodoro Roszak. Sin embargo, al crear sistemas que se volverán burocráticos, el riesgo es tan alto que los propósitos de esta disposición pueden naufragar.

Con relación a todo lo anterior, los derechos de la naturaleza, que son consignados en el capítulo séptimo de título I de la nueva Constitución ecuatoriana, sostiene que: la naturaleza o pacha macha, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respeten íntegramente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructuras funciones y procesos evolutivos (artículo 71).

Los artículos posteriores asumen lo que se ha dado en llamar el *derecho difuso*, al permitir que las personas individualmente consideradas, las comunidades, los pueblos y nacionalidades, etc., pueden exigir a la autoridad pública el cumplimiento de sus derechos. Se habla también del papel del estado, como activador, para que los diversos componentes sociales protejan la naturaleza; se prohíbe la introducción de organismos y material orgánico e inorgánico que pueda alterar de manera definitiva el patrimonio nacional.

Sin duda, en términos del Derecho Ecológico, esto constituye un avance notable, aunque siempre queda la duda de si existiera la voluntad necesaria para el cumplimiento de este articulado.

Buscando la comprensión de los antecedentes jurídicos de esto, corresponde rastrear el Derecho Ambiental y sus inicios, para de inmediato profundizar en la tesis del jurista chileno Godofredo Stunzin, quien sostenía que se debía otorgar personería jurídica a la naturaleza.

El tratadista jurídico argentino Guillermo Cano sostuvo, en su obra Derecho, política y administración ambiental, que: el objetivo inmediato de la política ambiental es la defensa de la vida humana... y que la naturaleza debe ser calificada como objeto y no como sujeto del Derecho. Una interpretación personalista del Derecho no admitiría tal afirmación puesto que carece de la profundidad comprensión de la esencia del otro, que la nueva conciencia planetaria y más aún, en función de los mismos peligros actuales para la vida, exige.

Ciertamente que la esencia del Derecho subjetivo involucra la existencia de voluntad y conciencia, para que produzca efectos jurídicos y que, por lo mismo, ha de haber libertad, atribución, etc. en quien ejerce el Derecho.

Así, para el iusnaturalismo tradicional, los derechos subjetivos son independientes de lo que disponen las normas del Derecho objetivo. Son facultades y poderes innatos al hombre que los tiene por el mero hecho de serlo y que existirían aun cuando hipotéticamente se aboliera la técnica de regulación y motivación de la vida social que es característica del Derecho Objetivo.

Ya sea con el fundamento de que Dios ha insuflado en las criaturas humanas derechos como el de vivir, disfrutar de la propiedad, elegir los gobernantes, etc., o alegando que tales derechos derivan de la naturaleza racional del hombre o mediante otras justificaciones, sostiene que lo único que puede hacer ellos el Derecho positivo es reconocerlos y reglamentar su ejercicio, pues estos derechos individuales son principalmente morales, sin perjuicio de que pueda haber derechos jurídicos correlativos en el Derecho Internacional y en los derechos nacionales democráticos. Como derechos morales que son, y aun cuando no estén

expresamente consagrados como derechos jurídicos, los jueces son moralmente responsables de sus decisiones.

Para Rudolf von Ihering, autor del *Espíritu del Derecho Romano*, los derechos subjetivos son intereses jurídicamente protegidos. Sostiene que la utilidad, el bien, el valor, el goce, el interés son el primer elemento del Derecho. Pero esos vienen no solo materiales: hay otros de mayor valor: la personalidad, la libertad, el honor, los lazos de familia, etc. el Derecho atiende a unos y a otros.

El Derecho privado existe para asegurar a un hombre un bien cualquiera, socorrer sus necesidades, defender sus intereses, ayudarle a cumplir los fines de su vida. Agrega más adelante que el segundo elemento del Derecho subjetivo es la protección jurídica del interés. Se protege un interés cuando se concede al que tiene una acción para que pueda recurrir jurídicamente contra las violaciones del Derecho.

El jurista austríaco Hans Kelsen, oponiéndose a Ihering, sostiene, en su *Teoría pura del Derecho*, que no es posible identificar el Derecho subjetivo como un supuesto hecho psicológico, como sería el interés, puesto que puede haber Derecho subjetivo sin interés. Propone Kelsen eliminar el dualismo entre Derecho objetivo y subjetivo.

En lo que nos interesa de esta discusión para enfrentar la subjetividad jurídica de la naturaleza, cabría señalar que siendo el Derecho subjetivo esencia de lo personal y al no reunir las condiciones clásicas de voluntad y conciencia la objeción de Cano parecería válida. Claro está que, al atribuirse subjetividad a la naturaleza, se le hace de acuerdo con la propuesta de Stutzin de dotarla de personería jurídica; tesis contra la que a su vez argumenta Cano, señalando que, como finalmente podría ser representada por los hombres, no todos estarán por defenderla.

Pero volviendo a la esencia de la subjetividad jurídica, se torna fundamental entender que, al desenvolverse dentro de sus propios principios y normas, la naturaleza, al igual que el ser humano, posee una subjetividad, que debe contar con una traducción jurídica adecuada para de esta manera garantizar a futuro la supervivencia de la vida. La mencionada subjetividad aparece claramente manifestada en la hipótesis Gaia, que a continuación describiremos, y su obvia conexión con la propuesta de Stutzin y la actual Constitución ecuatoriana.

La llamada tesis Gaia fue planteada por el químico James Lovelock, modificando radicalmente la concepción mecanicista sobre el funcionamiento ecológico del planeta, puesto que describe la manera en que la vida se autogenera, pudiendo hablarse incluso de una inteligencia planetaria; lo cual significa que la Tierra no es un conjunto de rocas u otros elementos inertes, sino un sistema coherente, ligado a una intensión.

El hombre puede incluirse en ella o, por el contrario, seguir con la acción destructiva sobre mares y selvas tropicales, lo que finalmente puede generar su propia extinción, aunque no la de la vida misma, la que, a partir de cualquier brizna que sobreviva, podrá reproducirse de nuevo, a través de millones de años.

Los científicos mecanicistas han supuesto convencionalmente que la Tierra era una masa inerte de roca fundida, habitada por un conjunto de organismos que no pueden afectar o modificar su medio para aprovecharse sistemáticamente de él. Pero Lovelock reflexiona que la Tierra es profundamente distinta de lo que su historia en el Sistema Solar podría predecir, y de que es especialmente diferente en cuanto a su capacidad de mantener sus organismos y que, además, estos parecen modificar sus medios físicos, sobre todo la atmósfera, de forma que optimizan sus posibilidades de supervivencia.

La esencia de la tesis de Gaia muestra cómo la interacción de todos los elementos del planeta produce un resultado mayor que la suma de sus partes. Es este mensaje holístico que a menudo va en contra de las mentes reduccionistas de los científicos convencionales.

Se podría interpretar que la Tierra está constituida por un sistema hipersensible con artificios autorreguladores tan numerosos que la inteligencia actual humana es incapaz de comprender. Pero en lugar de tratarlo como un mecanismo con un sistema delicado que debe manejarse con especial cuidado, se lo hace con agresividad, poniéndose el mismo hombre en un peligro extremo; ya que contamina el planeta, arrasa los suelos, extingue las especies y disloca el clima, sin pensar que la destrucción de la vida conlleva la del propio ser humano.

Conforme lo expuesto, la tesis avanza a la afirmación de la existencia de un ser-planeta, porque se enrumba la comprensión, aunque para muchos suene a

fábula, de que la Tierra está viva. Aquello ha llevado a Lovelock a denominar a su tesis como Gaia o Gea, el nombre de la antigua diosa de los griegos que nació del Caos y fue la generadora de todos los seres.

La significación en lo cultural y lo social de semejante planteamiento es profunda, pues, si se le suma la idea de Teilhard de Chardin de la existencia de una capa inteligente sobre el planeta, que actúa como conciencia de él, a la que denominó noosfera, la tesis de Godofredo Stutzin de otorgar derechos a la naturaleza, y concomitantemente personería jurídica, ya no suena descabellada.

Norman Myers sostiene, con toda razón, que en un sentido práctico no tendría por qué haber mucho problema en reconocer los derechos legales del ecosistema planetario como entidad independiente, dado que ya existen poseedoras inanimados de derechos aceptados por el mundo de la ley: corporaciones, monopolios y estados nacionales. ¿No deberíamos acordar un estatuto similar para Gaia?, se pregunta. Después de todo, sus derechos podrían articularse a través de representantes con derecho a voto en los consejos de Gobierno y de agencias internacionales, en las plantillas de corporaciones y bancos y en los foros regulatorios de cualquier cuerpo que ejerza un impacto significativo sobre el funcionamiento de Gaia.⁸⁸

Conociendo o no la tesis de Stutzin, este autor parecería darle un espaldarazo, confirmando la posición del abogado chileno, para quien nunca fue un problema la acogida de la naturaleza entre los sujetos de derecho, puesto que no constituye un problema dentro del punto de vista doctrinario, ya que la personalidad jurídica ocupa hoy en día un lugar preponderante en todos los sistemas legales, tanto así que la entidades a las cuales se reconoce la calidad de sujetos con capacidad de goce y ejercicio ya sea de Derecho público o privado abarcan una extensa y creciente gama caracterizada por la diversidad.

La naturaleza, recordando a Spinoza, dice Stutzin es a la vez creadora y creación, *natura naturans* y *natura naturata*, pues está formada esencialmente por el patrimonio correspondiente al mundo natural, que está afectando la finalidad del desarrollo de la vida y su entorno.

⁸⁸ Myers, 1971, p.144-165.

3.5. El proceso constituyente en el Ecuador

A pesar de que algunos países andinos tienen matrices culturales comunes, la trayectoria histórica política de Ecuador es diversa, en cuanto son sociedades que en muchos aspectos han tomado caminos distintos. En ese contexto hay que decir que la justicia transicional que es un tema relevante aquí, no lo es en el Ecuador.

Cornacchia nos dice: “*En general, hablamos de justicia de transición en el caso de una sociedad que pasa de un modelo autoritario, monista (caracterizado por el reconocimiento de algunas identidades culturales [...]) a otro pluralista democrático*”.⁸⁹ Esta forma de justicia atiende por tanto, como sabemos, a situaciones políticas de ruptura social y responde a la necesidad de una restauración del estado de derecho.

En el Ecuador la experiencia política reciente ha sido distinta y la respuesta jurídico institucional también, la cual aún sigue su curso, aunque durante este proceso hubo problema social, no fueron violentos como los sucesos en el constituyente de Bolivia.⁹⁰

Esta inestabilidad fue similar con una serie de demandas sociales acumuladas que atendían entre otros, a problemas estructurales de desintegración social, desigual distribución de recurso y falta de reconocimiento de identidades. Muchas de ellas han llegado a emerger en una nueva variedad de derechos e instituciones en la constitución de 2008. Podemos nombrar a los así llamados *derechos de participación* e igualmente los del *Buen Vivir*.

El proceso constituyente del Ecuador como catalizador, ante largo período de falta de estabilidad con una también prolongada transición institucional. Me Refiero a un régimen de transición que fue aprobado en el mismo proceso constituyente y que previsiblemente debería trasladar a una pacífica y exitosa implementación de la constitución.

No obstante, es inconveniente quedarse en la dimensión ideal de las cosas, lo cual es un frecuente error de los juristas. La constitución que rige en el Ecuador, ya

⁸⁹ L. Cornacchia, *Justicia transicional en una sociedad multicultural, Multiculturalismo y derecho penal*, Aranzad, España, 2012, p. 69.

⁹⁰ Bouaventura, *op. cit.*, pp 85-97.

desde hace cinco años, está mostrando sus limitaciones y contradicciones como todo instrumento sujeto a una dinámica social. No podemos en el espacio de este texto profundizar en los juegos de los actores en torno a estos procesos si vamos a intentar hacerlo en el diseño constitucional.

Ahora bien, para determinar si el nuevo constitucionalismo ofrece nuevos elementos a la teoría constitucional, por metodología será conveniente analizar la constitución de Ecuador desde dos visiones. La primera, desde el constitucionalismo clásico y la segunda, desde una visión crítica, además de reflexionar si existen contradicciones en función del análisis que se presenta sobre la justicia constitucional.

Dicho lo anterior, es necesario entonces destacar un rasgo cada vez más acentuado de esta constitución: no hubo un constituyente con voluntad única sino una serie de demandas sociales fragmentadas y un colectivo político compuesto por actores portadores de distintas visiones. En efecto, si bien en el proceso constitucional ecuatoriano sino todas, la mayoría de las fuerzas que en el participaron, buscaban una amplia transformación la comprensión de estas no fue única.

Cabe destacar que desde una visión clásica se pueden resaltar tres visiones o comprensiones predominantes en el proceso constituyente, garantista participacionista y republicana que se relacionan con el concepto de constitución, del rol de los derechos y del nuevo diseño del estado en sentido transformador, todas ellas en distinta medida y con diversos fueron expresiones de una crítica y reacción contra el modelo de estado, de constitucionalismo y democracia liberales establecidos en la régimen estructurado por la constitución de 1998.⁹¹

Estas de alguna forma se corresponden con los modelos antes caracterizados en menor o mayor grado. Por el momento no profundizaré en estas, sino que optaré por referirme a sus resultados precisados en los contenidos de la constitución. Partiré de que la incorporación de las demandas de transformación en normas e instituciones constitucionales.

⁹¹ Ávila, Rene, *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Tribunal Constitucional, Quito, 2008, pp. 150-250. ⁹⁷.

Por su parte, diversos autores como Marco Navas, Rene Ávila, Luis Ávila coinciden de manera general de componentes fuertes y diferenciados de la constitución ecuatoriana, los que concentran determinadas instituciones y normas, tras una determinada comprensión.

Tres posturas constitucionales y luego determinar en qué medida convergen o entran en contradicción.

Desde el garantismo, lo que se entiende en esto como garantista agrupa a una serie de normas e instituciones inspiradas claramente en un enfoque garantista.⁹²

Entendiendo al garantismo como escribe Ferrajoli, es una técnica dirigida a limitar el poder y garantizar los derechos. Esto se refleja ya desde el inicio del texto constitucional. El artículo primero de la constitución ecuatoriana como hemos advertido:

No debe ser entendido como una mera declaración, sino como una norma que al definir el estado como “constitucional de derechos”, está configurando su principal finalidad.⁹³

En efecto, la definición del estado como uno *constitucional de derechos y justicia* que hace el artículo 1 refleja claramente la primacía de los derechos sobre el orden. Así, la parte garantista de la Constitución comprende en primer lugar, las amplias declaraciones de derechos y sus generosos principios de aplicación.

Si bien el objetivo de este trabajo no es un análisis de la constitución del Ecuador, puedo describir la estructura de la constitución ecuatoriana, pues se divide los derechos en siete grupos (Título II, capítulos segundo al octavo): derechos del Buen Vivir, Derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades, derechos de los grupos de atención prioritaria, derechos de libertad, de participación, de la naturaleza y de protección. Además, entre los principios (Título II, Art. 11) se cuentan el de directa aplicación de los derechos por parte de jueces y funcionarios, los de igual jerarquía e interdependencia de todos los derechos, los de aplicación favorable, no restricción por norma alguna, inalienabilidad, irrenunciabilidad, desarrollo progresivo

⁹² Ferrajoli, Luigi, *Estado Social y Estado de Derecho*, Doctrina Jurídica Contemporánea, México, 2003, p. 23

⁹³ Navas, Alvear, Marco, *La acción de protección en Ecuador, realidad jurídica y social*, Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2013, p. 41.

mediante la legislación y políticas públicas, y la cláusula que deja abierta el reconocimiento de nuevos derechos.

Luego, este componente garantista apunta a un estado constitucional en donde se asigna un papel relevante a la justicia constitucional. En efecto, por un lado, se estructura un sistema más efectivo de justicia a través de la introducción de un amplio catálogo de garantías jurisdiccionales reforzadas (Título III, Cap. III). A procedimientos como la acción (antes *abeas corpus*) se une la llamada acción extraordinaria de protección que se emplea en violaciones de derechos dentro de procesos judiciales, las acciones ellas de *habeas data*, *habeas corpus*, acceso a la información pública, de incumplimiento y a todo esto se unen medidas cautelares.⁹⁴

Estas acciones de tipo constitucional tienen cláusulas de aplicación de amplio espectro como por ejemplo, la acción popular para que cualquier sujeto no solo la víctima proponga una acción (Art. 86, numeral 1 Constitución del Ecuador).⁹⁵

Cabe señalar la estructura judicial o de impartición de justicia del estado. Se establece un sistema de judicaturas constitucionales conformado por los juzgados de primera instancia de la justicia ordinaria que conocen las demandas por garantías y medidas cautelares, y las cortes provinciales que las conocen en segunda instancia.⁹⁶

El sistema tiene a ser de control concentrado y está presidido por la Corte Constitucional quien se hace cargo del control concreto atinente a la aplicación de disposiciones legales en procesos judiciales conforme a la Constitución, y sobre todo de varios procedimientos de control abstracto cuyo objeto es asegurar la unidad y coherencia del orden jurídico.⁹⁷

⁹⁴ Véase Claudia Storini *Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en la Constitución de 2008* en S. Andrade, A. Grijalva y C. Storini (Eds.) *La nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Universidad Andina Simón Bolívar sede Ecuador, Quito, 2009, pp. 287-312.

⁹⁵ Constitución del Ecuador en adelante CE.

⁹⁶ Con excepción de la Acción extraordinaria de protección (contra decisiones judiciales) y la acción por incumplimiento (de decisiones e informes de organismos internacionales de derechos humanos). Estas las conoce directamente la Corte constitucional.

⁹⁷ Estos procedimientos están regulados en el Ecuador por la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC), véase sobre el control concentrado los artículos 141 al 143 de esta Ley. ¹⁰³ El Art. 75 de la LOGJCC establece numerosas competencias en cuando al control abstracto: "1. Resolver las acciones de inconstitucionalidad en contra de: a) Enmiendas y

Por ejemplo, la acción de inconstitucionalidad, además de otras importantes competencias de gran impacto político, como dirimir conflictos de competencia entre funciones del estado y dictaminar previamente en casos de juicio político al Presidente de la República.⁹⁸

La Corte Constitucional tiene pues en el sistema constitucional del Ecuador, amplias y fuertes atribuciones, constituyéndose claramente en el gran decisor político en situaciones de alta conflictividad.

En consecuencia, desde la postura garantista, la justicia constitucional y el rol del juez, de guardián de la democracia del estado constitucional es protagónico. El esquema garantista como hemos visto, es expresión de un proyecto político y como tal, sitúa al juez como agente indispensable de ese proceso.

El juez constitucional no es sin embargo un actor político en el sentido tradicional del término de representante proveniente de una organización política que es electo en el marco del juego político, sino un jurista técnico cuya labor está sujeta a un campo de conocimientos, a unos métodos y a unas reglas procedimentales.

reformas constitucionales. b) Resoluciones legislativas aprobatorias de tratados internacionales. c) Leyes, decretos leyes de urgencia económica y demás normas con fuerza de ley. d) Actos normativos y administrativos con carácter general. 2. Resolver las objeciones de inconstitucionalidad presentadas por la Presidenta o Presidente de la República en el proceso de formación de las leyes. 3. Ejercer el control de constitucionalidad en los siguientes casos: a) Proyectos de reformas, enmiendas y cambios constitucionales. b) Convocatorias a referendo para reforma, enmienda y cambio constitucional. c) Decretos que declaran o que se dictan con fundamento en los estados de excepción. d) Tratados internacionales. e) Convocatorias a consultas populares, excepto aquellas en las que se consulta la revocatoria del mandato. f) Estatutos de autonomía y sus reformas. 4. Promover los procesos de inconstitucionalidad abstracta, cuando con ocasión de un proceso constitucional, encuentre la incompatibilidad entre una disposición jurídica y las normas constitucionales”.

⁹⁸ En este sentido el Art. 144 de la LOGJCC establece: “Competencias.- La Corte Constitucional debe realizar las demás funciones previstas en la Constitución de la República, y en particular, las siguientes: 1. Resolver los conflictos de competencia o de atribuciones constitucionales entre las funciones del Estado o entre los órganos establecidos en la Constitución que les sean planteados. 2. Presentar proyectos de ley en los asuntos que guarden relación con sus atribuciones. 3. Emitir un dictamen de admisibilidad para el inicio del juicio político en contra de la Presidenta o Presidente, Vicepresidenta o Vicepresidente de la República por delitos contra la seguridad del Estado, concusión, cohecho, peculado, enriquecimiento ilícito, genocidio, tortura, desaparición forzada de personas, plagio y homicidio por razones políticas o de conciencia. 4. Emitir dictamen previo sobre la destitución de la Presidenta o Presidente de la República por arrogación de funciones. 5. Comprobar el abandono del cargo de la Presidenta o Presidente de la República, previa declaración de la Asamblea Nacional. 6. Dictaminar sobre la arrogación de funciones por parte de la Asamblea Nacional, previa su disolución por la Presidenta o Presidente de la República. En todos estos casos, la resolución se tomará por el Pleno de la Corte Constitucional”.

Aquí se evidenciaría entonces una tensión entre un juez constitucional con un actor con claro perfil político pero también con un necesario libreto técnico.

En todo caso, hay que insistir en que se trata de un juez muy fuerte, con un alto grado de independencia. En efecto, el órgano máximo de control constitucional y su sistema de justicia, están protegidos en el esquema constitucional y en el orden jurídico por una serie de cláusulas que lo sitúan por sobre las funciones del estado, no solamente como se ha expuesto, esto es así por el principio de independencia que protege sus actuaciones.

Cabe indicar en este sentido que la Constitución (Art. 430) le reconoce a la Corte Constitucional plena autonomía administrativa y financiera, mientras que al demarcar su naturaleza la LOGJCC (Art. 170) la define como un “órgano autónomo e independiente de los demás órganos del poder público”. De forma complementaria, la Constitución establece que los jueces de la Corte Constitucional.

Si bien se someten a los mismos controles que el resto de autoridades públicas, “no estarán sujetos a juicio político ni podrán ser removidos por quienes los designen” y en caso de destitución, esta tendrá que ser decidida por las dos terceras partes de los integrantes de la misma Corte (Art. 431). Estas disposiciones permiten ejemplificar esta posición fuerte de los jueces constitucionales en el diseño constitucional.

El único momento en el que el esquema constitucional permite a otras funciones del estado intervenir en la Corte Constitucional es durante el proceso de su designación que se realiza por concurso público con observación y posibilidad de impugnación ciudadana.

Este proceso lo desarrolla una comisión calificadora integrada por representantes de las funciones Legislativa, Ejecutiva y de Transparencia y Control Social la cual selecciona a los nueve jueces constitucionales de entre las candidaturas presentadas por las referidas funciones (Art. 434 CRE).⁹⁹

Ahora bien, las características hasta ahora mostradas: un núcleo fuerte de derechos, unos principios de aplicación con altos estándares, un amplio sistema de

⁹⁹ Cabe aclarar que en la Constitución ecuatoriana establece un esquema con cinco funciones del Estado: las tradicionales funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, más las nuevas funciones de Transparencia y Control Social y la Electoral.

justicia constitucional con jueces poderosos, se complementarían con unos mecanismos rígidos y complejos de reforma constitucional (Título IX, Cap. III CRE), que aunque permiten la iniciativa popular, establecen varios filtros: mayorías calificadas del legislativo para aprobar reformas parciales o para la iniciativa popular, el requisito del referéndum, la calificación de contenidos a consultar y procedimientos de consulta por parte de la Corte Constitucional y sobre todo, se excluye la posibilidad de reformar la parte de los derechos cuando no sea por convocatoria a una nueva constituyente.¹⁰⁰

Por otra parte, P. Andrade ha denominado un *“conjunto de visiones sobre lo que podría ser un orden político basado en la participación continua y activa de los ciudadanos en su autogobierno y lecciones aprendidas de experimentos de este tipo”*, lo que el autor denomina como *“participacionismo”*.¹⁰¹

Promovidas por cuadros políticos y académicos vinculados a ONG y movimientos sociales que actuaron en la Constituyente, estas ideas en ese momento no constituyeron un cuerpo necesariamente coherente, sino más bien una amalgama de posturas propias de las corrientes de pensamiento republicano, del comunitarismo, del igualitarismo y de la democracia participativa y radical, que sobre la marcha ayudaron a producir el componente participacionista.¹⁰²

Ya durante la preparación de una propuesta constitucional concreta sobre este ámbito, tres elementos fueron sobresalientes. Como punto de partida, una constatación acerca de las limitaciones que el modelo de democracia representativa liberal y su sistema de partidos había supuesto para el proceso político ecuatoriano y que había conducido a severas y frecuentes crisis institucionales.

En segundo lugar, tomar en cuenta las demandas sociales acumuladas, sobre todo en el sentido de fortalecer e incorporar otras formas de acción política a las ya existentes.

¹⁰⁰ Con excepción de la convocatoria por parte del Presidente, también la convocatoria a nueva Constituyente está sujeta a requisitos de número, sea por parte del legislativo o de la ciudadanía (Art. 444 CRE).

¹⁰¹ Cfr. Andrade 2012, p. 41.

¹⁰² *Ídem.*, p. 42.

En cuanto a los contenidos concretos aprobados en la Constitución de 2008 en materia de participación, debemos partir de la definición del estado. Como se escribió al respecto de la posición garantista que expone Navas, pues del contenido del artículo 1 de la Constitución se advierte que el Estado constitucional del Ecuador recoge las siguientes características: derechos, justicia social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico.¹⁰³

En el siguiente inciso del artículo 1 está escrito lo siguiente: Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.

La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución.

Este inciso se complementa con el Título IV de la Carta que se refiere a la participación y la organización del poder y en particular con el artículo 95 que consagra el principio de participación:

Las ciudadanas y ciudadanos, en forma individual y colectiva, participarán de manera protagónica en la toma de decisiones, planificación y gestión de los asuntos públicos, y en el control popular de las instituciones del estado y la sociedad, y de sus representantes, en un proceso permanente de construcción del poder ciudadano.

La participación se orientará por los principios de igualdad, autonomía, deliberación pública, respeto a la diferencia, control popular, solidaridad e interculturalidad.

Aquí debemos resaltar que el modelo de democracia que se instituye es por tanto mixto, entre la representación y la participación, a lo cual se incorpora además como veremos mecanismos de democracia directa.

Así, la Constitución de 2008 del Ecuador incorpora al sistema de elecciones de las autoridades públicas a nivel nacional y seccional, esto por , derecho, mecanismos, control para garantizar, instituciones, todo lo anterior para la protección de la participación, fomentarla y sostener la participación, por lo que a continuación se describen de acuerdo con el texto constitucional.

¹⁰³ En la conferencia 02 de octubre de 2013, sede Universidad Andina, Quito, Ecuador.

a) *derechos de participación*: consagrando así la idea de que esa participación tiene que estar basada en el reconocimiento fuerte de derechos, como un capítulo específico del catálogo de derechos constitucionales (Título II, Cap. V), de forma que se empodere a la comunidad, que se garantice la actuación continua de esta y que el estado logre ser incluyente, sin excluir el principio de elegir y ser elegido, constituir partidos y movimientos políticos, afiliarse o desafiliarse libremente de ellos y participar en todas las decisiones que éstos adopten; se incluyen otros más como son el derecho de participar en los asuntos de interés público; el de presentar proyectos de iniciativa popular normativa; el derecho a consultar y ser consultados; a fiscalizar los actos del poder público; a revocar el mandato que hayan conferido a las autoridades de elección popular; a desempeñar empleos y funciones públicas con base en méritos y capacidades, en un sistema de selección y transparente, incluyente, equitativo, pluralista y democrático, que garantice su participación, con criterios de equidad y paridad de género, igualdad de oportunidades para personas con discapacidad y participación intergeneracional.¹⁰⁴

Se reconoce igualmente aunque situado en la parte organizativa “*el derecho a la resistencia frente a acciones u omisiones del poder público o de las personas naturales o jurídicas no estatales que vulneren o puedan vulnerar sus derechos constitucionales, y demandar el reconocimiento de nuevos derechos*” (Art. 98 constitución de Ecuador). Este reconocimiento de derechos permite la transversalidad del componente participativo en todos los ámbitos de la actividad pública.

b) *mecanismos de participación*: estos permiten el funcionamiento del ejercicio de los derechos estableciendo modalidades aunque con frecuencia también condiciones para ello.

El reconocimiento de derechos y su transversalidad empatan con la idea de descentralización y autonomía consagrada fuertemente en el texto constitucional, estableciendo varios niveles de operatividad de los mismos, incluso formas próximas

¹⁰⁴ Este derecho es además de genérico sobre asuntos de interés público (Art. 66. 4 y 104 CRE), específico sobre proyectos legislativos (Art. 57.17 CRE), de impacto ambiental en comunidades determinadas (Art. 398 CRE), así como aquellos que afecten a pueblos y nacionalidades (57.7. CRE) y a los niños, niñas y adolescentes (Art. 45 CRE).

al autogobierno (Título IV, Cap. I, sección tercera). Se aplica un mecanismo, para dar un espacio a los habitantes para intervenir en las sesiones de los gobiernos autónomos descentralizados, como un espacio a ser ocupado por un representante ciudadano con el propósito de participar en el debate y la toma de decisiones sobre temas específicos (Art. 101 CE).

Como mecanismos generales de participación se establecen las audiencias públicas, veedurías, asambleas, cabildos populares, consejos consultivos, observatorios y las demás instancias que promueva la ciudadanía (Art. 100 CE). Así mismo, se contemplan así varios mecanismos propios de la democracia directa y comunitaria (Art. 95 CE).

En este sentido, los artículos constitucionales regulan los MDD para ejercer la iniciativa popular normativa, la consulta y la revocatoria del mandato (Arts. 103, 104 y 105 CE respectivamente).

Se reconocen además, todas las formas de organización para desarrollar “procesos de autodeterminación”, incidir en las decisiones públicas y ejercer el control social en todos los niveles de gobierno y entidades que presten servicios públicos (Art. 96 CE).

Las organizaciones pueden desarrollar formas alternativas de mediación y solución de conflictos; actuar por delegación de la autoridad competente, con asunción de la debida responsabilidad compartida; demandar la reparación de daños ocasionados por entes públicos o privados, así como formular propuestas y reivindicaciones económicas, políticas, ambientales, sociales y culturales (Art. 97 CE).

c) *formas de garantía:* aquí el eje de participación se complementa con el componente garantista pues se beneficia de la estela de procedimientos de garantía y principios de actuación que este componente favorece: se cuenta entonces tanto con garantías normativas, como jurisdiccionales e institucionales (Arts. 84 al 94 CE).

Cabe decir que como resultado del contenido de participación en la constitución del Ecuador, el poder constituyente expidió el código de la democracia, instrumento

jurídico por el cual se busca garantizar, tutelar y proteger tanto los derechos como los mecanismos de participación.¹⁰⁵

Como se adelantó en párrafos anteriores, la constitución prevé mecanismos de participación en el ámbito de las políticas públicas, esto mediante instrumentos normativos de menor jerarquía a las leyes pero de alto impacto y en la sección que se refiere a estas garantías, especialmente se menciona que: *“En la formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos se garantizará la participación de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades”* (Art. 85 CE).

Además de lo anterior, constitucionales ya descritas al momento de caracterizar el modelo garantista, debemos mencionar que en materia de participación se establece ambiguamente una así llamada “acción ciudadana” para el ejercicio del derecho a la resistencia, la cual se deduce “en forma individual o en representación de la colectividad, cuando se produzca la violación de un derecho o la amenaza de su afectación”. Esta acción será “presentada ante autoridad competente de acuerdo con la ley”¹⁰⁶.

d) *nueva institucionalidad*: El régimen de división y reconocimiento de poderes se abre su espectro pues no solo constan las funciones del ejecutivo, legislativa y judicial, ahora subsisten la de transparencia y control Social, y electoral (Título IV, Capítulos V y VI CE).

De esta forma, se configura un esquema de poder estatal dividido en cinco funciones y además de estos se agregan las figuras del Defensor del Pueblo, el Consejo Nacional Electoral, el Fiscal General, el Contralor del estado, los

¹⁰⁵ Para una referencia más profunda véase C. Storini, 2009.

¹⁰⁶ Sin pretender profundizar en este punto, es necesario comentar que esta fórmula constitucional consideramos que contraría la naturaleza del derecho a la resistencia al prescribir que debe ser ejercido ante la autoridad pública, cuando el contenido esencial de ese derecho radica en la posibilidad de oponerse a la autoridad pública. Por otra parte, por su misma naturaleza, la resistencia, fenómeno que tiene una larga tradición en la acción política y que ha sido así mismo objeto de amplias reflexiones por parte de la filosofía política (desde Locke a las más modernas elaboraciones de pensadores como Habermas, Cohen y Arato sobre la desobediencia civil en occidente, o de activistas y pensadores como Gandhi) refiere a la posibilidad de que el orden jurídico tolere una acción inmediata como reacción a una violación o amenaza emergente a un derecho, por tanto no puede estar sujeta a procedimientos que enerven su despliegue.

superintendentes, los miembros de los consejos de igualdad e incluso con cierta participación en los procesos de designación de la Corte Constitucional y altos tribunales de Justicia.

En ese marco, con la creación del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social (CPCCS) la cual tiene como objetivo construir canales de comunicación y fortalecer los mecanismos de enlace entre las población y el estado, con competencias específicas agrupadas en tres esferas fundamentales (Art. 207 CE): la promoción del ejercicio de los derechos de participación ciudadana, el desarrollo y ejecución de mecanismos de control social en los asuntos de interés público y, la designación de algunas de las más altas autoridades del estado bajo procedimientos participativos en base a los méritos de los candidatos.¹⁰⁷

Además del CPCCS integran la Función de Transparencia otros órganos de control o de defensa ciudadana tales como las Superintendencias, la Contraloría General del estado y la Defensoría del Pueblo.

Así mismo, el esquema constitucional prevé otras instituciones con un alto componente participativo y funciones de promoción de la participación en sus respectivas áreas de competencia.

Así, los Concejos para la Igualdad encargados del proceso de formulación, transversalización, observancia, seguimiento y evaluación de las políticas públicas relacionadas con las temáticas de género, étnicas, generacionales, interculturales, de discapacidades y movilidad humana¹⁰⁸.

Igualmente, dentro del Sistema Nacional Descentralizado de Planificación, se contemplan consejos ciudadanos para apoyar el proceso de planificación participativa del desarrollo (Arts. 279-280 CE) aunque con carácter consultivo como muchas instituciones de participación.

¹⁰⁷ Al igual que las autoridades indicadas en la nota anterior, es importante precisar que los miembros del CPCCS son elegidos mediante concurso público de méritos y oposición, organizado por el Consejo Nacional Electoral, de entre los ciudadanos y ciudadanas que propongan las OSC y la ciudadanía en general. Las leyes orgánicas de Participación Ciudadana y del CPCCS promulgadas en abril de 2010 y septiembre de 2009 respectivamente, regulan la organización de estos concursos en base a principios como la representación paritaria secuencial y alternada de hombres y mujeres, la interculturalidad y la equidad generacional.

¹⁰⁸ Estos consejos estarán integrados paritariamente por representantes de la sociedad civil y el Estado (Arts. 156-157 CE).

Otro ejemplo de esta nueva institucionalidad participativa lo hallamos en el nuevo *Régimen de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización*. La normativa sobre esta materia establece varias instancias participativas como *asambleas* en las diversas unidades territoriales (regiones, provincias, municipios, parroquias entre otras) sobre todo con la finalidad de formular políticas públicas, establecer prioridades y diseño de presupuestos.¹⁰⁹

Por otra parte, existe un consenso entre los autores de la región de una visión republicana, pues parten en principio de la constatación por parte de quienes incidieron y decidieron en el proceso constituyente, de la situación social y política del país, siendo una reacción al modelo de estado liberal y a las condiciones de desigualdad y fragmentación social, pero en este caso especialmente a las políticas neoliberales que varios gobiernos habían desarrollado en el pasado reciente.¹¹⁰

No obstante, en esta constatación puede advertirse, además de este ánimo antiliberal desde el cual se leía la situación interna del Ecuador, un segundo registro que apuntaba a mirar el plano internacional y a advertir la presencia de unas relaciones de predominio y subordinación entre estados.

De allí que este componente constitucional haya apuntado a la vez a un rescate de la soberanía tanto en lo interno como en lo externo. Esto también se ha descrito como una visión “*anti imperialista y nacionalista del estado*”.¹¹¹

La respuesta que desde este componente se habría buscado formular constituía además un intento de integrar en ella, las comprensiones garantista y participacionista: no bastaba pues con reconocer derechos y garantías o más

¹⁰⁹ El Artículo 100 de la CRE establece la obligación de integrar en todos los niveles territoriales instancias de participación donde se incluyen actores de la sociedad civil con las siguientes competencias: 1. Elaborar planes y políticas públicas. 2. Mejorar la calidad de la inversión pública y definir agendas de desarrollo. 3. Elaborar presupuestos participativos de los gobiernos. 4. Fortalecer la democracia con mecanismos permanentes de transparencia, rendición de cuentas y control social. 5. Promover la formación ciudadana e impulsar procesos de comunicación. El *Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización* (COOTAD) regula el desarrollo de estas instancias.

¹¹⁰ Demandas: PNVB: Además del rechazo a los partidos y la demanda de mayor participación social en el proceso democrático, este campo ideológico expresa una mayor demanda de Estado y menor predominio del mercado en «el camino al desarrollo»

¹¹¹ Véase la breve descripción que formula J. Montaña p. 12.

participación, sino que era indispensable sobre todo, diseñar un estado multinacional fuerte como base para implementar el proyecto político de transformación expresado en la misma constitución.

Tomando como partida lo anterior, el carácter republicano el que define mejor a este componente.¹¹²

Este rasgo es fundamental pues sobre otras consideraciones, el énfasis se pone en la necesidad de edificar una institucionalidad pública que incluya a la comunidad política y que incida más fuertemente en la implementación de los objetivos constitucionales.

Así, edificar una sociedad republicana que según René Ramírez debe tomar en consideración los siguientes cuatro puntos:

1. Un conjunto de libertades negativas y positivas (aquellas para cuyo ejercicio hay que crear condiciones)
2. Participación ciudadana.
3. Una actividad pública que va edificando la “virtud cívica”.
4. El proceso de construcción de un estado plurinacional, intercultural y no patriarcal.¹¹³

Como puede verse, René Ramírez acepta que debe existir una refundación del estado, un estado cargado de los cuatro ejes mencionados, aunque también deja ver una visión contractualista entre el estado y la población y se contradice al sostener que por un lado la participación solo es de los ciudadanos, pero para la transformación y construcción del estado sí se necesita considerar lo plurinacional, intercultural.

Como puede verse, Ramírez, sostiene que la constitución de 2008 pretende reunir los componentes de derechos y de la participación, dentro de una concepción de “la actividad pública como pilar del republicanismo”.

En primer lugar, articular un modelo de desarrollo (Título VI CE) que ha sido calificado como distante del canon ortodoxo. Si bien este modelo se sustenta en la

¹¹² Comprensiones de Andrade como presidencialismo y Montaña como desarrollismo.

¹¹³ , Ramírez, Gallegos, René, *Socialismo del sumak kawsay o biosocialismo republicano: Socialismo y sumak kawsay. Los nuevos retos de América Latina*, Senplades, Quito, 2010, pp. 68-89.

noción de complementariedad entre estado, naturaleza y sociedad, lo cual se recogería finalmente en la constitución bajo la categoría de Buen Vivir¹¹⁴ (Art. 275 CE), éste parece evocar algunas premisas del modelo desarrollista cepalino en auge en América Latina entre finales de los años 60 y 80, con un fuerte protagonismo del estado en el proceso de desarrollo y la regulación de la economía. Se establece así entre otras premisas la rectoría estatal sobre el desarrollo.¹¹⁵

Se dice: El estado planificará el desarrollo del país para garantizar el ejercicio de los derechos, la consecución de los objetivos del régimen de desarrollo y los principios consagrados en la Constitución.

La planificación propiciará la equidad social y territorial, promoverá la concertación, y será participativa, descentralizada, desconcentrada y transparente (Inciso segundo del Art. 275 CRE).

El modelo de desarrollo con protagonismo estatal se expresa en una vasta serie de normas agrupadas en cinco ámbitos y varios aspectos dentro de estos (Título VI CRE con 64 artículos):

- a) Planificación participativa;
- b) Soberanía alimentaria;
- c) Soberanía económica: Sistema económico y política económica, Política fiscal, Endeudamiento público, Presupuesto General del estado, Régimen tributario, Política monetaria, cambiaria, crediticia y financiera, Política comercial, Sistema financiero;
- d) Sectores estratégicos sobre los cuales el estado se reserva el derecho de control, administración y regulación, servicios y empresas públicas, Trabajo y producción que abarca:

¹¹⁴ La noción de *buen vivir* (o *sumak kausai* en kichua) hemos propuesto entenderla a partir de tres elementos. En primer término, a una forma de vida integral y armónica con la naturaleza, en la que el ser humano deje de ser el centro del desarrollo, rescatando en ese sentido elementos de las cosmovisiones tradicionales de las culturas andinas. En segundo lugar, una manera de vivir inserta en una sociedad que se reconoce como plurinacional, multi e intercultural. En tercer término, como noción integradora, la de buen vivir no se agota con la satisfacción de necesidades materiales sino que abarca otros aspectos y criterios relacionados con una vida de calidad, como los afectos, los ideales y las visiones sobre la realización individual y colectiva.

¹¹⁵ Art. 275.- El régimen de desarrollo es el conjunto organizado, sostenible y dinámico de los sistemas económicos, políticos, socio-culturales y ambientales, que garantizan la realización del buen vivir, del *sumak kawsay*.

Formas de organización de la producción y su gestión, tipos de propiedad, formas de trabajo y su retribución, democratización de los factores de producción, Intercambios económicos y comercio justo y, ahorro e inversión.¹¹⁶

La presencia de un paradigma desarrollista sensible con la naturaleza se refuerza precisamente con la idea transversal del Buen Vivir. En la Constitución ecuatoriana el Buen Vivir además de constar como una parte relevante del catálogo de derechos, es decir a manera de lo que se denomina normas de principio a ser desarrolladas vía interpretación, se desarrolla a base de un amplio régimen con reglas específicas, en el cual se refleja justamente esta conexión con el régimen de desarrollo, pero también la rectoría del Estado.¹¹⁷

El *Régimen del buen vivir* (Título VII CRE) se divide así en un capítulo sobre *Inclusión y equidad* en el que se norman condiciones relativas a educación, salud, seguridad social, hábitat y vivienda, cultura, cultura física y tiempo libre, comunicación social, saberes, gestión del riesgo, población y movilidad humana, seguridad humana y transporte. Luego un segundo capítulo sobre *Biodiversidad y recursos naturales*, contiene disposiciones relativas al manejo de la naturaleza y el ambiente, la biodiversidad, el patrimonio natural y ecosistemas, el suelo, la biósfera, la ecología urbana y las energías alternativas.

La importancia de desarrollar un proyecto común nacional y social requiere además del estado del concurso activo y el compromiso de la comunidad política. El inciso final del artículo constitucional 275, que como referimos, define el Régimen de desarrollo precisa:

El buen vivir requerirá que las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades gocen efectivamente de sus derechos, y ejerzan responsabilidades en el marco de la interculturalidad, del respeto a sus diversidades, y de la convivencia armónica con la naturaleza.

¹¹⁶ De acuerdo al Art. 313 CRE inciso tercero, “se consideran sectores estratégicos la energía en todas sus formas, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico, el agua, y los demás que determine la ley”.

¹¹⁷ Véase ente otros R. Alexy.

En efecto, el Régimen del Buen Vivir prevé un catálogo de responsabilidades como contraparte a los derechos que el estado puede exigir a los diversos sujetos sociales, individuales y colectivos.

Pero ante todo, el régimen del Desarrollo y el del Buen Vivir, que en conjunto alcanzan una tercera parte del articulado, para su implementación necesitan de construir una autoridad estatal vigorosa que represente a ese todo nacional y que con competencias amplias intervenga la realidad y la transforme. No de otra manera puede implementarse este régimen de desarrollo y Buen Vivir.

Lo referido se cristaliza en el esquema constitucional ecuatoriano de dos maneras. En primer lugar, en un extenso sistema nacional de competencias a favor una así mismo amplia institucionalidad estatal de instancias de gobiernos seccionales que la Carta llama gobiernos autónomos descentralizados (GADs) a quienes otorga competencias de orden ejecutivo y legislativo dentro de sus ámbitos específicos (Título V Organización territorial del estado).

Sin embargo de este amplio espectro de organizaciones seccionales muchas de sus competencias, la planificación, por ejemplo, encuentran su límite en una fuerte centralización de competencial a favor del gobierno central (Arts. 260, 261 CRE). Allí se evidencia la necesidad de coordinación en torno al estado nacional –central-.

En efecto, en segundo lugar la Constitución diseña un estado central con categóricas competencias como vimos, sobre todos los temas atinentes al desarrollo y al Buen Vivir, con una tendencia a congregarlas en torno a la autoridad política del Presidente, una autoridad legítima en cuanto es electa de forma universal por la comunidad política y que dirige protagónicamente el proceso de desarrollo.

Así si bien, la responsabilidad del estado central se desplaza hacia todos los poderes o funciones del estado, que en la Constitución actual se amplían de tres a cinco, sobre todo en el diseño actual puede advertirse un peso relevante del Ejecutivo. Esto se evidencia al revisar tanto las atribuciones del Presidente de la República como las competencias del gobierno central.¹¹⁸

¹¹⁸ Entre atribuciones y deberes de la Presidenta o Presidente de la República (Art. 147 CRE), podemos mencionar entre otros relevantes al efecto de esta discusión: 3. Definir y dirigir las políticas públicas de la Función Ejecutiva. 4. Presentar al Consejo Nacional de Planificación la propuesta del Plan Nacional de Desarrollo para su aprobación. 5. Dirigir la administración pública en forma

De estas atribuciones y competencias, podemos destacar a la planificación como actividad central racionalizadora de la acción del estado, que si bien se consagra que debe ser participativa y descentralizada la toma de decisiones y la concreción de esta en el *Plan Nacional de Desarrollo* le corresponden al Ejecutivo a través de la Secretaría Nacional de Planificación (Art. 279 CRE).¹¹⁹

Aquí se fija el límite entre el poder del Ejecutivo y una participación que si bien como hemos advertido constituye un componente también relevante del esquema constitucional no alcanza en muchos aspectos centrales el nivel decisorio sino que se subordina al canon republicano.

Un segundo aspecto tiene que ver con la relación entre este componente republicano y el garantista. Este puede verse por ejemplo, en las facultades legislativas y plebiscitarias del Ejecutivo, como la posibilidad de enviar proyectos de urgencia en materia económica (Art. 140 CRE) o las atribuciones que tiene el Presidente para convocar a consulta popular, incluyendo aquella que puede enmendar la Constitución (Arts. 104, 147 numeral 14, 441, 442 y 444).

En el caso de los proyectos de urgencia, la Corte Constitucional no entra a calificar previamente su contenido mientras que en el caso de las consultas si tiene

desconcentrada y expedir los decretos necesarios para su integración, organización, regulación y control. 6. Crear, modificar y suprimir los ministerios, entidades e instancias de coordinación. 8. Enviar la proforma del Presupuesto General del Estado a la Asamblea Nacional, para su aprobación. 11. Participar con iniciativa legislativa en el proceso de formación de las leyes. 12. Sancionar los proyectos de ley aprobados por la Asamblea Nacional y ordenar su promulgación en el Registro Oficial. 14. Convocar a consulta popular en los casos y con los requisitos previstos en la Constitución. 15. Convocar a la Asamblea Nacional a períodos extraordinarios de sesiones, con determinación de los asuntos específicos que se conocerán. En igual sentido, entre las competencias exclusivas del Estado central (Art. 261 CRE) podemos mencionar: 4. La planificación nacional. 5. Las políticas económica, tributaria, aduanera, arancelaria; fiscal y monetaria; comercio exterior y endeudamiento. 6. Las políticas de educación, salud, seguridad social, vivienda. 7. Las áreas naturales protegidas y los recursos naturales. 10. El espectro radioeléctrico y el régimen general de comunicaciones y telecomunicaciones; puertos y aeropuertos. 11. Los recursos energéticos; minerales, hidrocarburos, hídricos, biodiversidad y recursos forestales. 12. El control y administración de las empresas públicas nacionales.

¹¹⁹ En este sentido, el artículo 280 de la CRE prescribe: “El Plan Nacional de Desarrollo es el instrumento al que se sujetarán las políticas, programas y proyectos públicos; la programación y ejecución del presupuesto del Estado; y la inversión y la asignación de los recursos públicos; y coordinar las competencias exclusivas entre el Estado central y los gobiernos autónomos descentralizados. Su observancia será de carácter obligatorio para el sector público e indicativo para los demás sectores”.

un margen de incidencia calificando el contenido de las preguntas objeto de la consulta.

En sentido más general en cuanto a las facultades legislativas del Parlamento pero también del Ejecutivo como colegislador, consideramos importante mencionar la presencia del *indubio pro legislatore*, a nivel de la legislación que desarrolla el sistema de justicia constitucional por el cual: “En caso de duda sobre la constitucionalidad de una disposición jurídica, se optará por no declarar la inconstitucionalidad” (Art. 76, numeral 3 de la LOGJCC) esto como eventual límite a las facultades interpretativas de la Corte Constitucional.

Bajo esta lógica la legitimidad de la autoridad descansa ya no solo en su procedencia (legitimidad de origen) sino en la necesidad de realizar el Buen Vivir y los numerosos derechos (con énfasis en los del Buen Vivir), al mismo tiempo que se defiende lo común

De forma que el polo republicano consagra de rectoría del estado, como institucionalidad que integra a la sociedad imponiendo obligaciones derivadas de los derechos, institucionalidad que se expresa en las facultades de las cinco funciones y del régimen seccional aunque sobre todo en las competencias del Presidente, esquema este que supone la necesidad de limitar como hemos mostrado las atribuciones de los distintos órganos y una suerte de principio de coordinación o cooperación entre ellas como forma de evitar conflictos.

El protagonismo sobre la implementación de la Constitución como proyecto político transformador se comparte aunque con diversos grados siendo que el Ejecutivo se transformaría en el protagonista del proceso al contrario de lo que se presupone en los otros dos componentes donde se destaca sea en papel de la Corte Constitucional (garantismo) o el de la comunidad política (participacionismo).

Todos esto perfila un esquema constitucional complejo y eventualmente difícil de administrar sin coordinación adecuada evocando en alguna medida aquel debate que en su momento se dio entre Carl Schmitt y Hans Kelsen acerca de cuál debe ser el guardián de la Constitución, si el Presidente o la judicatura constitucional, pero en este proceso queda claro que el guardián de la constitución es el pueblo integrado

por todos los sectores que en su momento impulsaron la reivindicación de sus intereses colectivos.¹²⁰

Finalmente, si analizamos las posiciones anteriores, la idea de la Constitución como un orden ideal parece ser tan solo un mito popular de la cultura jurídica. Lo que hemos podido mostrar es que una Constitución –todas probablemente- no es un sistema o un todo coherente al máximo, no es un dispositivo normativo que funciona como una máquina, ni menos aún algo cerrado sino que su interior, continuando con la metáfora maquinista.

Sin embargo a pesar de que existen convergencias entre las perspectivas constitucionales de los autores, el componente garantista y el republicano coinciden en que a mayor presencia de derechos, mayor justificación de un estado fuerte que los garantice no solo pasivamente sino a través de una estela de prestaciones.

Esto resulta claro en el caso ecuatoriano sobre todo por la presencia del paradigma del Buen Vivir como criterio transversal en la Constitución.

De otra parte, garantismo y participacionismo se complementan en cuanto la participación abre un potencial para la realización de los derechos en cuanto permite el empoderamiento de parte de la ciudadanía.

El discurso de derechos refuerza de otro lado la legitimidad de la participación. El polo participativo y el republicano, coinciden finalmente en la necesidad de promover un fuerte sentimiento de comunidad y articular un proyecto compartido alrededor del estado.

No obstante, los límites que estos componentes pueden presentar tienen que no solamente con las condiciones que el orden constitucional establece entre ellos a fin de procurar evitar conflictos al momento de la aplicación de sus instituciones, sino también en sí mismos.

En este sentido, hemos podido advertir sobre todo como el garantismo y el participacionismo deben sujetarse a un diseño de estado en el cual muchas capacidades decisorias se concentran en el Ejecutivo, aunque la presencia de una

¹²⁰ Véase C. Schmitt, *La defensa de la Constitución*, Este autor por supuesto se refiere al Presidente del Reich en la Constitución de Weimar cuyo régimen político es por demás distinto al régimen presidencialista ecuatoriano; y H. Fix-Zamudio, *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, México, Porrúa/UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.

Corte Constitucional fuerte también supone que en muchas decisiones relevantes sea este organismo el que dictamina si estas se ajustan al espíritu de la Constitución, aunque también como hemos mostrado, no es que la Constitución tiene un solo espíritu.

En cuanto a los límites internos de cada uno de estos componentes, estos se relacionan con su potencial de realización. Es una ilusión pensar que cualquiera estos componentes por si mismos van a transformar la sociedad y crear un bienestar común o Buen Vivir.

Algunos autores sostienen que la nueva constitución no produce cambio en la realidad jurídica, solo es una ilusión. La *ilusión* que proponen autores como Marco Navas, tiene que ver en el caso del garantismo con la implementación de los derechos bajo los ambiciosos objetivos doctrinarios que esta visión imprimió, en un momento de *entusiasmo garantista*, en los contenidos constitucionales y sobre todo en creer que la mera existencia de derechos, principios reforzados y garantías hará que las lógicas del estado, de sus burocracias y de la sociedad cambien, al menos a corto o mediano plazo, o que los derechos se puedan satisfacer sin la presencia de condiciones materiales para ello, tomando en cuenta que en muchas ocasiones la búsqueda de esas condiciones supone la afectación de derechos.

Lo que procede allí en caso de conflictos entre derechos sabemos, es ponderar y modular para llegar a una aplicación posible y progresiva aunque no perfecta. “Lo perfecto es enemigo de lo bueno”, reza un refrán popular.

Crear entonces que los derechos serán directamente ejecutables por ejemplo, solamente porque la Constitución lo diga, resulta una convicción ingenua. Hay que insistir además en el riesgo que supone un manejo excesivamente tecnificado de los conflictos políticos por la sola vía del discurso de derechos y no desde la dinámica política.

Eso trae el tema de lo que llamaríamos la *ilusión participacionista* consistente en creer que porque se refuerza la participación y se la institucionaliza en la Constitución, eso asegura por sí mismo su producción.

Si acaso el institucionalizar la participación y someterla a una serie de rituales burocratizantes lo que puede lograr –tenemos evidencias de ello en el caso

ecuatoriano- es disciplinar ese potencial de resistencia y lucha social hasta casi volverlo inofensivo al poder constituido y arrojar numerosas dinámicas políticas fuera de las reglas institucionales.

Finalmente, se conecta con los presupuestos anteriores en cuanto no puede confiarse que por mera inducción es posible crear una virtud cívica, ni que existe una institucionalidad pública infalible. Justamente por el contrario la participación permite ver las fallas y los déficits de la administración cuando existe una esfera de lo público autónoma del estado y lo que Habermas ha llamado garantías de participación, básicamente en cuanto a permitir una equitativa circulación de concepciones, ideas y propuestas.

Para finalizar, respecto de las *tensiones* que puedan presentarse, hemos sostenido que los mismos entusiastas diseños pueden chocar en sus énfasis y lógicas entre sí, asunto que hemos procurado evidenciar. Resta señalar algunos ámbitos en los que estas tensiones pueden llegar a escalar.

El primer ámbito de tensión se asocia a la pregunta sobre ¿Quién maneja el poder? Para el garantismo debe ser el juez un protagonista importante, para el participacionismo es la comunidad política, los ciudadanos y ciudadanas, mientras que el republicanismo parecería entender que si bien se requiere de la comunidad, esta debe estar formada por una virtud cívica y también que si bien se requiere de todos los órganos del estado el impulsor y decisor mayor es el Ejecutivo y una red de funcionarios decisores que manejan tal poder.

Un segundo ámbito, se explica al rededor del interrogante sobre ¿cuál es el sujeto de las decisiones? o sí se quiere, el beneficiario del poder. Desde el garantismo (a la ecuatoriana) son los individuos, peor también una serie de sujetos colectivos como pueblos, mientras que desde el participacionismo el sujeto es una comunidad, así mismo plural, que incluye a sujetos diversos y además activa.

El republicanismo si bien coincide en la idea de comunidad enfatiza en la virtud y por así decirlo en la cohesión más que en el interés por preservar particularismos o sostener disensos.

Un tercer ámbito se liga a la pregunta sobre ¿cómo se ejerce el poder? para el garantismo la base es la subordinación del estado a los derechos, para el

participacionismo el énfasis está en una forma continua y activa por la cual la comunidad interviene en distintas formas en el ejercicio del poder, mientras que para el republicanismo el acento parecería estar en actuar eficazmente a nombre de la comunidad, en la agencia dada a los gobernantes por vía de la representación y en la virtud del agente designado para hacerlo.

Los conflictos que pueden darse diariamente alrededor de estas distintas comprensiones pueden resolverse imponiendo una de ellas y una parte de la Constitución sobre las otras. O bien, puede producirse una convergencia manteniendo un mínimo de respeto a las posiciones eventualmente en confrontación.

3.6. Conclusión

El nuevo constitucionalismo y los principios de los cuales se nutre constantemente, ejemplificado en el caso de la constitución del Ecuador, refleja una serie de ciencias que aportaron y aportan al fundamento de los conceptos, en los que enfatizó que el corazón de la nueva constitución de Ecuador late al ritmo del Buen Vivir, conocimiento que fue históricamente ignorado, sepultado por los medios de producción de conocimiento al servicio del capital (universidades, colegios, institutos, empresas) en función de las necesidades del mercado, desacreditando los medios populares de conocimiento.¹²¹

El modelo planteado por los pueblos originarios sustentado en el principio del buen vivir, permite recuperar un conocimiento enraizado que tiene que ver con la armonía entre la comunidad y la pacha mama. Con ello buscando impedir el modelo extractivista capitalista.¹²²

La UNESCO en 2005 reconoció, lo que siempre ha sido, que todos los sujetos son capaces de producir conocimiento, pues el conocimiento burgués, colonizador que oponía resistencia a la realidad desacreditando desde sus institutos e investigadores, no logro contener el embiste de los cambios sociales, no se pretende

¹²¹Antonio, Salamanca, Serrano, *Sociedad Socialista de Conocimientos*, Instituto de Altos Estudios Nacionales, Cuadernos Subversivos, Quito, 2013, p. 18.

¹²²Estermann, Josef, *filosofía andina estudio intercultural de la sabiduría autóctona andina*, Abyayal, Quito, 2010, p.98.

fetichizar a la Constitución, solo es poner un punto de referencia histórico para defender la producción de conocimiento, pues ante este momento de economía global, ninguna capacidad para la producción de conocimiento debe ser restringida o despreciada. Pues al final lo que busca este proyecto del Buen vivir es crear la mayor felicidad posible.

Ahora, este modelo constitucional se puede ver desde varias perspectivas, como un constitucionalismo clásico de Smith, el crítico de Negri o bien como sostiene Ferrajoli que una constitución solo es una ilusión y que no es más que una serie de párrafos en un documento que no refleja la realidad, si bien es cierto los tres modelos aportaron sus propias posiciones sin embargo también contribuyeron a dejar al margen al pueblo oculto.

Por otra parte, lo novísimo de este nuevo modelo constitucional está en los sujetos que forman el proceso de construcción desde abajo, el pueblo, pero el pueblo no entendido como los entes que ejercen derechos democráticos, pueblo visto, comprendido como la conjunción de sectores históricamente victimizados, vulnerados, asesinados, desaparecidos que en un momento específico histórico buscan la reivindicación de sus necesidades. Además, aporta elementos que dan esperanza para romper con el modelo europeo y su racionalidad del capitalismo neoliberal. Aunque, queden tópicos pendientes que no se lograron en la constitución de Ecuador del 2008, como es el caso de la reforma educativa, resultan positivo para que el pueblo al ver que algunas de sus demandas se están concretando, persista como poder constituido para mantener un control sobre el poder constituyente.

CONCLUSIONES

PRIMERA. Los principios del derecho en lo general provienen del derecho Romano, se puede decir que los principios en origen fueron una herramienta usada por el imperio romano para poder concretizar el pluralismo jurídico de la época, en uno solo, mediante el cristianismo, por ello Constantino al someter al imperio a una sola fe, por consecuencia se sometían a una sola ley.

Ahora bien, en cuanto sí los principios pueden contribuir a un nuevo horizonte en el derecho, se debe partir del conceso que se ha dado sobre que existe un agotamiento del derecho, también ocasionado por el capitalismo, a pesar de que algunos sostienen su agonía.

En ese sentido, los principios del derecho corren la misma suerte pues el capitalismo de los últimos doscientos años al cual responden funciona para un sistema económico. Por ello algunos teóricos proponen una teoría integral del derecho, que responda a la realidad de los pueblos. Por ejemplo el principio de interculturalidad en el Ecuador, muestra que los principios monistas no logran explicar otras realidades jurídicas.

De las teorías que se ocuparon para el primer capítulo, resalto las teorías de la comunicación .y acción comunicativa de Habermas, que en lo general justifican un método para la toma de decisiones por las mayorías para poder llegar a acuerdos comunes, en ese sentido las necesidades de las minorías quedan ocultas, ese método racional, se traslada al derecho, en el positivismo.

El positivismo, en ese sentido tomo como principios la racionalidad y la universalidad. El primero de ellos como método para conocer algo incierto, el segundo para generalizar aspectos de lo particular a lo general.

En esa línea de pensamiento, Robert Alexy proponen una visión de los principios contractualitas, buscando la legitimación del derecho, la cual debe ser a partir de un razonamiento lógico, si bien retoma valores morales para darle coherencia a su razonamiento, no por ello conlleva a contextualizar la historicidad de los sujetos, en otras palabras la tradición cultural de las personas no es considerada para una ponderación de derecho, solo se consideran valores y conceptos generales para llegar a una conclusión racional.

En ese orden de ideas, es complejo tomar un consenso en cuanto a la construcción de los principios. Pues existen diferentes teorías que parten de diferentes presupuestos.

Sí se pretende partir de una teoría filosófica, se tendrían que tomar en consideración la realidad jurídica y el pensamiento contemporáneo, donde los principios no sean simples contenedores de conceptos generales, al contrario sean referencias para poder pensar el derecho para cubrir necesidades específicas.

Ahora que sí se prefiere un método científico, donde lo importante no es la ley como fuente del derecho, sino que la verdadera fuente del Derecho, en esta visión, la auténticamente creadora del mismo, es la ciencia del Derecho. Esta ciencia consiste en la realización de operaciones de cálculo mediante conceptos. Es una especie de matemática jurídica en la que de lo conocido se obtiene lo desconocido. Lo que importa, pues, son los conceptos y el método para garantizar la unidad jurídica, la validez y dignidad científicas.

La teoría textual analítica, que se limita al uso de los textos jurídicos, que no se preocupa por contribuir al derecho.

Una teoría de praxis, son hechos desde una visión marxista, la acción que integra la teoría y la praxis en una unidad material, siendo la acción el punto fundamental. Sin embargo, esta última carece de contenido en la teoría de la acción que de explicación y congruencia a una teoría en el praxis.

El fundamento en la construcción de principios, es trascendente, pues como se expuso en el capítulo I, las diferentes teorías persiguen diferentes objetivos, ya sea filosofía, materialista, analítica, no se ha podido llegar a un consenso, sin embargo es evidente la consecuencia dependiendo el fundamento de cada principio.

En conclusión, la tradición de los principios en el derecho siempre ha respondido a una tradición universalista, esto es que los principios son llenados conforme a interpretaciones judiciales racionales, los principios reducidos a solo ser contenedores de conceptos jurídicos aislados de una fundamentación ética y política, resultan ser herramientas a favor de los operadores del derecho o bien los sabios concedores del lenguaje jurídico. Entonces los principios desde este punto de vista

no cumplen con un fin social, sino por el contrario contribuyen al mantenimiento de un estatus *Quo* que no permite el desarrollo de la vida.

SEGUNDA. Una nueva teoría de los principios del derecho desde el pensamiento andino, lo que busca es explicar la estructuración y dinámica de las sociedades andinas antes de la colonización europea. Se piensa comúnmente que racionalidad es la relación de los medios y fines que es más cristalina cuando los medios son adecuados al fin y tiene una coherencia lógica interna.

De esa suerte, la mayor o menor racionalidad se mide por la economía de costos, en suma por la eficacia y la eficiencia.¹²³

La racionalidad, según escribe Max Weber la ha llamado racionalidad instrumental la que es propia de la cultura occidental. Sin embargo, una dificultad que salta a la vista cuando definimos racionalidad en tales términos, con frecuencia descubrimos que esa racionalidad es en la práctica irracional.

La racionalidad occidental es idealmente la ciencia y la tecnología. En efecto, la racionalidad de fines que se reduce a la coherencia lógica de medios y fines, no es otra que la racionalidad de la ciencia y la tecnología.

Cuando los fines son arbitrarios, con frecuencia una vez alcanzados se vuelven medios para fines ulteriores, Marcuse escribe que “*La sociedad racional subvierte la idea de razón*”, concibe por razón el instrumento de dominación de la naturaleza y del hombre que es la visión europea.¹²⁴

De lo anterior se puede aducir que la guía del proceso racional no son los procesos de la razón, sino valores que lo trascienden. Lo que motiva la racionalidad de medios y fines es un último término del poder.

Weber lo reconoció cuando afirmó que en todo proceso de racionalización hay intereses de poder, obviamente esto es válido en un mundo donde opera el plan *baconiano* de saber para poder y donde previamente o paralelamente se ha realizado un proceso de desencantamiento de la naturaleza. La racionalidad puede

¹²³ Revista los pueblos indígenas y la integración Andina, *primer foro de intelectuales e investigadores indígenas*, Perú, julio 2007, p. 23-56.

¹²⁴ Herbert Marcuse, *el hombre unidimensional*, Ariel, Barcelona, 1969, p.194.

estar mandada por valores y sentimientos desiguales, entonces ella misma en su estructura será diferente.

Por su parte, Van Kessel escribe lo siguiente:

“el pensamiento andino no se desarrolla según la lógica científica. Sus argumentos en el discurso no son exclusivamente racionales. Valen de argumentos emocionales, afectivos, tradición y testimonios, más que de argumentos puramente racionales”.¹²⁵

De lo anterior, se pueden hacer algunas críticas, en primer lugar el pensamiento andino no opera con la lógica científica, esto es, de fines y medios, sino por el contrario, el pensamiento se afirma en creencias, afectos, mitos y dentro de rituales de producción, los postulados en esa línea de pensamiento, lo que pretenden es mantener el control de los medios de producción del pensamiento, en otras palabras un capitalismo del pensamiento.

Esa racionalidad, en el derecho se identifica claramente en el positivismo, aún en el garantismo, pues el garantismo funciona en el método racional. Lo peligroso de la racionalidad del derecho puede llevar a ocultar realidades jurídicas como en el caso del Ecuador.

TERCERA. El nuevo constitucionalismo y sus principio, se puede concluir que los principios de plurinacionalidad y el buen vivir, son principios que aportan nuevos elementos para poder construir bases para un nuevo horizonte en el derecho, y pensar en una teoría de la vida de los pueblos y del equilibrio del ecosistema.

Lo que pretenden es explicar la realidad concreta de los pueblos del medio en el que viven de una manera integrada y no la vida no como un principio abstracto.

Estos principios partieron de la praxis, una acción, de un proceder, no es de un discurso, deja de ver a la constitución como un texto, fetichismo jurídico, son las relaciones prácticas, con poder y reproducir la vida.

Se pueden ver que los principios no están vacíos, al contrario toman postura a favor de cubrir necesidades históricas, como es un espacio libre de contaminación, transporte, comida.

¹²⁵ Jan Van Kessek, *Ritual de producción y discurso tecnológico*, CIDISA, Quito, 1991, p. 21

El principio del buen vivir, se toma del conocimiento andino del *Sumak Kawsay*, un conocimiento pre colonial, que con el paso del tiempo ha prevalecido en diferentes sectores, este principio en esencia defiende a la vida para la vida, si bien tiene un contenido metafísico, se puede tomar como punto de partida para repensar nuevos paradigmas en el derecho que aún no quedan claros, por ejemplo ¿Por qué apareció el *Sumak Kawsay*? , lo que se sabe es que ha existido un sistema de justicia indígena en el Ecuador, que según Bolívar Beltrán tiene las siguientes características:

1. Milenario, viene al igual que la existencia de las propias colectividades, se puede decir que los pueblos están sometidos a sus propias leyes porque derivan de su autoridad al nacimiento del pueblo.
2. Colectiva, no pertenece a ninguna autoridad, pertenece a la colectividad y al ser así es responsabilidad para toda la comunidad su aplicación.
3. Móvil, al provenir de generación en generación le permite estar en permanente proceso de perfeccionamiento sin alcanzar a ser la respuesta última a cada situación que se presente.
4. Ágil, al ser una actividad colectiva transgeneracional, que repara antes que reprimirla, optimiza prioriza y utiliza al tiempo como medida reparadora, lo que le permite dar tratamiento y resolución en un tiempo breve.
5. Sistema Justo, con independencia de los intereses de que se encuentre, porque al ser una actividad colectiva, se ve difícil que se constituya en un sistema injusto.
6. Oral, no está escrito en textos, ni es parte de la historia escrita, es un quehacer que se transmite en la leyendas, mitos, en las reuniones familiares, en la vida diaria.¹²⁶

Los principios en el nuevo constitucionalismo rompen con el corte eurocéntrico, pues no toman hechos ajenos a su realidad, al contrario los buscan adecuar a las necesidades del pueblo Ecuatoriano.

¹²⁶ Bolívar Beltrán, *Políticas Públicas para pueblos Indígenas en el Ecuador del Siglo XXI, memorias del Seminario Nacional*, Konrad Adenaur, Quito, 2007, pp. 161-179.

A pesar de que algunos autores se oponen a la novedad de los principios en el constitucionalismo latinoamericano, así como al pensamiento andino, considero que se debe de seguir un trabajo en el sentido de buscar una explicación a la realidad que vive por ejemplo el pueblo Ecuatoriano y el conocimiento que ha permanecido por muchos años, lo trascendente de este conocimiento es que puede ser un fundamento para una visión del derecho.

BIBLIOGRAFÍA

1. Acosta, Alberto, *buen vivir sumak kawsay una oportunidad para imaginar otros mundos*, ABYA YALA, Quito, 2012.
2. _____, *El buen vivir una vía para el desarrollo*, Abya-Yala, Quito, 2009.
3. Alchourrón, Carlos, *fundamentos para una teoría general de los derechos*, Marcial, Madrid, 2010.
4. Alexy, Robert, *La construcción de los derechos fundamentales*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2010.
5. _____, *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.
6. _____, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.
7. Arce, Joaquín y Flores, Valdés, *Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional*, Civitas, Madrid, 1990.
8. Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del derecho*, Ariel, Madrid, 1996.
9. Ávila, Humberto, *Teoría de los principios*, Marcial Pons, Madrid, 2011.
10. Ávila, Rene, *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Tribunal Constitucional, Quito, 2008, pp. 150-250. Ferrajoli, Luigi, *Estado Social y Estado de Derecho*, Doctrina Jurídica Contemporánea, México, 2003.
11. Ayala, Enrique, *Lucha Política y Origen de los Partidos en Ecuador*, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, 1978.
12. Bernal, Pulido, Carlos, *los derechos fundamentales y la teoría de los principios. ¿es la teoría de los principios la base para una teoría adecuada de los derechos fundamentales de la constitución española?*, DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 30, 2007.
13. Boaventura, de Sousa Santos, *Refundación del estado en américa latina*, Universidad de los Andes, Siglo del Hombre, Siglo veintiuno, 2010, México.
14. Bobbio, Norberto, *Teoría General del Derecho*, Temis, Bogotá, 1997.
15. Burdeau, Georges, *La democracia*, Barcelona, Ariel, 1960.

16. Correas, Óscar, *“Ideología jurídica, derecho alternativo y democracia”*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado XXVII, 081, UNAM, México.
17. ____ *Los derechos humanos. Entre la historia y el mito*, Rosillo Alejandro, Derechos Humanos, Pensamiento Crítico y Pluralismo Jurídico, Departamento de Publicaciones Facultad de Derecho, San Luis Potosí.
18. Del Vecchio, Georgio, *Los principios generales del derecho*, BOSCH, Barcelona, 1990.
19. Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, tr Marta Guastavino, Ariel, Barcelona, 2002.
20. Estermann, Josef, *filosofía andina estudio intercultural de la sabiduría autóctona andina*, Abyayal, 2010, Quito.
21. Esteves, José, *“El revés del derecho Transformaciones jurídicas en la globalización neoliberal”*, Universidad externado de Colombia, Bogota, 2006.
22. Ferrajoli, Luigi, *democracia y garantismo*, Madrid, trota, 2008.
23. Fix-Zamudio, Héctor, *La constitución y su defensa*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1984.
24. Gargarella, Roberto. y Courtis, Christian *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes*, CEPAL, Santiago de Chile, 2009.
25. Georges, Dutry, *Crisis económica y ecológica*, Miraguano Ediciones, 1980.
26. Gonzalo Maestro Buelga, *Materiales sobre neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo latinoamericano, El nuevo constitucionalismo económico latinoamericano*, Directores Claudia Storini, José Francisco Alenza García, Thomson reuters aranzadi, Madrid.
27. Griffiths, Jhon, *Pluralismo jurídico*, Universidad de los Andes, Bogotá, 2007.
28. Guastini, Ricardo, *teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Madrid, trota, 2012.
29. Habermas, Jürgen, *Facticidad y Validez*, Trotta, Madrid, 2000.
30. Huanacuni, Mamani, Fernando, *Vivir Bien/ Buen Vivir filosofía, políticas, estrategias y experiencias regionales*, Convenio Andes Bello, Instituto Internacional de Integración, Bolivia, 2010.

31. Illingworth, Castillo, Santiago. *La iglesia y la revolución liberal: las relaciones de la iglesia y el estado en la época del liberalismo*, Banco Central del Ecuador, Quito, 1995.
32. Kant, Immanuel, *fundamentos para un metafísica de las costumbres*, Alianza, Madrid, 2002.
33. Kelsen Hans, *Esencia y valor de la democracia*, México, Nacional, 1974, p. 126.
34. Konrad, Hesse, *Escritos de derecho Constitucional*, Centros de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.
35. L. Cornacchia, *Justicia transicional en una sociedad multicultural, Multiculturalismo y derecho penal*, Aranzad, Madrid, 2012.
36. Llasag, Fernandez, Raul, *Neoconstitucionalismo y sociedad, Plurionacionalidad: una propuesta constitucional emancipadora*, coordinador Ramiro Ávila Santamaría, ed. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
37. Marcuse Herbert, *el hombre unidimensional*, Ariel, España, 1969.
38. Martín, Mateo, Ramón, *Manual de Derecho Ambiental*, Navarra, Aranzadi S.A., tercera edición, Madrid, 2003.
39. Médici, Alejandro, *“Globalización y crisis del estado de derecho”*, Asociación Argentina de Derecho Político, “III Encuentro Nacional de Derecho Político y materias afines”, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2006.
40. Montaña, Juan, *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, Coordinadores Jorge Benavides Ordoñez Jhoel Escudero Soliz, Corte Constitucional del Ecuador, Ecuador, 2013.
41. Navas, Alvear, Marco, *La acción de protección en Ecuador, realidad jurídica y social*, Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2013.
42. Peña Herrera, Padilla, Blasco, *El liberalismo en el Ecuador de la gesta por venir*, Nacional, Quito, 1991.
43. Pérez, Efraín, *Derecho Ambiental*, McGraw Hill, Colombia, 2000.

44. Pereznieto, Castro, *Derecho internacional privado Parte General*, OXFORD, México, 2005.
45. Prieto, Sanchíz, Luis, *Apuntes de Teoría del Derecho*, Trota, Madrid, 2005.
46. Quiroga, Lavié, Humberto, *Derecho constitucional latinoamericano*, Universidad Autónoma de México, México, 1991.
47. Ramírez, Gallegos, René, *Socialismo del sumak kawsay o biosocialismo republicano: Socialismo y sumak kawsay. Los nuevos retos de América Latina*, Senplades, Quito, 2010.
48. Robalino, Dávila, Luis, *Orígenes del Ecuador de Hoy*, Casa de la Cultura Ecuatoriana, Quito, 1968.
49. Ruiz Giraldo, Carlo, *Constitución política vigente y proyecto de nueva constitución: Un Análisis comparativo*, Quito, 2008.
50. Ruiz, Sanz, Mario, *La construcción coherente del derecho*, Dykinson, Madrid, 2009.
51. Salamanca, Serrano Antonio, *El Derecho a la Revolución iusmaterialismo para una política crítica*, Departamento de Publicaciones Facultad de Derecho San Luis Potosí, 2006.
52. _____, *Sociedad Socialista de Conocimientos*, Instituto de Altos Estudios Nacionales, Cuadernos Subversivos, 2013, Quito.
53. Sánchez, Vázquez, Rafael, *Los principios generales del derecho y los criterios del poder judicial de la federación*, Porrúa, México, 2004.
54. Sieckmann, Jan, *El modelo de los principios del derecho*, Books, 2006, pp.3-32.
55. Troya, Jaramillo, *El modelo económico, financiero y tributario de la constitución de 2008 en la nueva constitución de Ecuador*, Universidad Andina Simón Bolívar, Nacional, Quito, 2009.
56. Storini, Claudia, *La nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Universidad Andina Simón Bolívar sede Ecuador, Quito, 2009.
57. Vandana, Shiva. *Manifiesto para una Democracia de la Tierra Justicia sostenibilidad y paz*, Ibérica, Barcelona, 2006.

58. Vanossi, Jorge, Reinaldo, *El estado de derecho en el constitucionalismo social*, EUDEBA, Buenos Aires, 2000.
- 59._____, *Introducción metodológica a la reforma de la Constitución*, Jurisprudencias Argentina, Buenos Aires, 1975.
60. Wolkmer, Carlos, *Pluralismo Jurídico Fundamentos de una nueva cultura del Derecho*”, MAD, Sevilla, 2006.
- 61._____, *“Pluralismo Jurídico: nuevo marco emancipatorio en América Latina”*, Torre Jesús, Pluralismo Jurídico Teoría y Experiencias, Departamento de Publicaciones Facultad de Derecho., San Luis Potosí, 2007.