

Ramiro Ávila Santamaría (Ecuador)*

Del Estado legal de derecho al Estado constitucional de derechos y justicia

RESUMEN

La caracterización de la Constitución puede encontrarse en su artículo 1, que define al Ecuador como un "Estado constitucional, de derechos y justicia". El Estado constitucional se basa en que los actos públicos y privados están sometidos a la Constitución, incluso la ley y las sentencias, garantizados a través del control de constitucionalidad y el rol activo y creativo de los jueces. En el Estado de derechos, tanto el Estado como el derecho del que este emana están sometidos a los derechos de las personas; además, se reconocen varios sistemas normativos distintos al derecho producido por el Parlamento y se multiplican, en consecuencia, las fuentes de derecho. El Estado de justicia es el resultado de la superación de un Estado que provoca y genera inequidad. La Constitución del 2008 asume con vigor el modelo igualitarista, que se basa en la solidaridad, en la protección de los menos favorecidos o peor situados y en un Estado que no puede ser sino fuerte.

Palabras clave: fuentes del derecho, Constitución política, Estado de derecho, control de constitucionalidad, neoconstitucionalismo, derechos humanos, Ecuador.

ZUSAMMENFASSUNG

Artikel 1 enthält eine Beschreibung der Verfassung. In ihm wird Ecuador als "auf Recht und Gerechtigkeit gegründeter Verfassungsstaat" definiert. Grundlage eines Verfassungsstaats ist die untergeordnete Stellung aller öffentlichen und privaten Handlungen, einschliesslich Gesetzen und Urteilen, gegenüber der Verfassung, die durch die Kontrolle der Verfassungsmässigkeit und die aktive und kreative Rolle der Richter garantiert wird. Im Rechtsstaat sind der Staat und das Recht, das ihm zugrunde liegt, dem Recht der Personen nachgeordnet; ausserdem bestehen jenseits des vom Parlament geschaffenen Rechts weitere Normensysteme, wodurch sich die Rechtsquellen vervielfältigen. Der die Gerechtigkeit vertretende Staat ist das Ergebnis der Überwindung eines Staates, der Ungleichheit verursacht und mit hervorbringt. Die Verfassung von 2008 ist eindeutig einem egalitären Modell verpflichtet, das auf Solidarität, dem Schutz

* Doctor en Jurisprudencia por la PUCE. Máster en Derecho (Human Rights Fellow, por Columbia University, Nueva York). Profesor de Teoría y Práctica de Derechos Humanos en la PUCE y Teoría General de los Derechos Humanos en la Universidad Andina Simón Bolívar. Actualmente es subsecretario de Desarrollo Normativo del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. <avilar@minjusticia-ddhh.gov.ec>

der am wenigsten Begünstigten bzw. am meisten Benachteiligten und einem notwendigerweise starken Staat beruht.

Schlagwörter: Rechtsquellen, Verfassung, Rechtsstaat, Kontrolle der Verfassungsmässigkeit, Neokonstitutionalismus, Menschenrechte, Ecuador.

ABSTRACT

Article 1 of the Constitution defines Ecuador as a “Constitutional state of rights and justice”. The main feature of a constitutional State is that public and private actions are subject to a Constitution and to laws and judgments, guaranteed by the control of constitutionality and by the judges’ active and creative role. According to the rule of law principle, the State and its laws are subject to individual rights. Further, several regulatory systems other than laws enacted by Parliament are acknowledged. Therefore, there are multiple sources of law. The State of justice results from surpassing a State model that causes and generates inequality. The 2008 Constitution resolutely incorporates an equalitarian model based on solidarity, protection of less favored or most disadvantaged population, and on a State that can only be strong.

Keywords: Sources of law, political constitution, rule of law, control of constitutionality, neoconstitutionalism, human rights, Ecuador.

1. Introducción

Este ensayo parte de la premisa de que la calificación del Ecuador como un “Estado constitucional de derechos y justicia”, establecida en las primeras palabras del artículo 1 de la Constitución del 2008, sintetiza el contenido de todo este texto normativo. En un trabajo anterior desarrollamos las concepciones de cada una de estas palabras;¹ en este lo que intentaremos es demostrar que las tres palabras que caracterizan al Estado ecuatoriano, son ejes transversales en todas y cada una de las instituciones reconocidas y reguladas por la Constitución. Las categorías nos permiten destacar los cambios paradigmáticos de un modelo de Estado a otro como un salto hacia adelante, y también visualizar las innovaciones en dos áreas: la teoría del derecho y el modelo político de Estado.

El Estado constitucional nos ayuda a responder las preguntas sobre quién es la autoridad, cómo se hacen las normas y qué contenido deben tener. El Estado de derechos nos da luces para responder dónde encontramos las normas y para qué se expiden. Finalmente, el Estado de justicia nos resuelve el problema del por qué un Estado.

El ensayo está dividido en tres partes que corresponden a cada una de las categorías. Cada una de ellas será abordada desde la doctrina y desde el contenido de la Constitución.

¹ Véase Ramiro Ávila Santamaría: “Ecuador, Estado constitucional de derechos y justicia”, en ídem: *Constitución del 2008 en el contexto andino, Análisis de la doctrina y el derecho comparado*, Quito: V&M Gráficas, 2008, pp. 19-38.

2. Del Estado legal al Estado constitucional

En una división fácil y hasta reduccionista, podríamos afirmar que hay tres modelos de estado:² a) el estado absoluto; b) el estado de derecho o estado legal de derecho, y c) el estado constitucional de derecho.

- a. En el estado absoluto, la autoridad (monarca, rey, emperador, inca) determina las normas y la estructura del poder. El poder se encuentra concentrado en una persona o en una clase política. La autoridad emite las normas, administra el estado y la justicia. Las personas son vasallas o súbditas. El Estado no tiene más límites que los que se impone a sí mismo y las personas no tienen derechos sino, a lo sumo, privilegios. En el estado absoluto no hay procedimientos para hacer la ley ni tampoco para aplicarla de forma que evite la discrecionalidad y la arbitrariedad.
- b. En el estado de derecho, la ley determina la autoridad y la estructura de poder. Este sistema, en apariencia, es menos autoritario y más democrático que el anterior. El poder se divide en teoría en tres: el poder legislativo, el poder judicial y el poder ejecutivo. Sin embargo, en la práctica, el poder se encuentra concentrado en una clase política que es la que conforma el parlamento. Recordemos que el estado de derecho es la síntesis de una pugna de poderes entre quienes ejercían el poder económico (burguesía) y el político (aristocracia).³ El modelo que triunfó es el burgués, aunque la historia demuestra que durante mucho tiempo el modelo fue simplemente teórico y poco implementado.⁴ La burguesía, a través de la idea de ciudadanía y de la representación, colmó el parlamento, limitó al ejecutivo y controló al judicial, gracias al principio de legalidad. Al final, tenemos lo que podría considerarse como una *democracia absoluta*, y en este modelo no hay mayor diferencia con el anterior. Las personas que tienen ciertas características son ciudadanas;⁵ el resto de las personas —que es la mayoría en términos numéricos— sigue siendo vasalla o súbdita.⁶ Los límites del estado los impone el parlamento: el ejecutivo sólo

² La palabra *estado* se refiere a toda organización política compleja que se diferencia de la población y que no necesariamente reúne las características ni los elementos del estado moderno (soberanía, territorio, población). Además, por considerar que en el contexto se entiende con claridad que la palabra *estado* hace referencia a la organización política, se la escribe con minúscula; no es un nombre propio ni tampoco hace referencia a una institución a la que hay que venerar.

³ Véase sobre el relato histórico, con detalle, Juan Ramón Capella: *Fruta prohibida, una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y el estado*, 3.^a ed., Madrid: Trotta, 2001.

⁴ Solo recordemos que inmediatamente después de la Revolución Francesa, que instauró un régimen liberal, el poder absoluto cobró fuerza por muchos años más. Napoleón se coronaría como emperador en el año 1804 e inauguraría un régimen monárquico mucho más despótico que los del Ancien Régime. En 1848 —la revuelta de las comunas— se produjo un intento fallido por recuperar la filosofía de la libertad, igualdad y fraternidad de la Revolución Francesa.

⁵ Por la ciudadanía solo las personas propietarias con autonomía en el trabajo, hombres, adultos, tenían derecho a la participación política. En otras palabras, el *optimo iure* de los seres humanos eran los burgueses.

⁶ J. Bodin, teórico liberal de iluminismo, se preguntaba: “¿Cómo puede un pueblo, es decir, un animal de muchas cabezas, sin entendimiento ni razón, aconsejar nada bueno?”, frase que refleja la exclusión de las mayorías y el reconocimiento de la ciudadanía de la clase social burguesa, citado por Albert Noguera: “Democracia y ejercicio de la soberanía: mecanismos de participación

puede hacer lo que establece la ley y el judicial es “boca de la ley”. Por la ley se puede definir cuáles son los derechos, las competencias de las autoridades y las garantías. El parlamento podría incluso cambiar la constitución, eliminar derechos y restringir las garantías: la constitución no es rígida y se puede reformar por el procedimiento ordinario de creación de leyes; los derechos son los que están reconocidos y desarrollados en las leyes (básicamente el código civil y el código penal); las garantías formales están descritas en las leyes y se encarga a la administración de justicia ordinaria el reconocerlos y protegerlos.

- c. En el estado constitucional, la constitución determina el contenido de la ley, el acceso y el ejercicio de la autoridad y la estructura de poder. La constitución es material, orgánica y procedimental. Material porque tiene derechos que serán protegidos con particular importancia, que, a su vez, serán el fin del estado; orgánica porque determina los órganos que forman parte del estado y que son los llamados a garantizar los derechos; procedimental porque se establecen mecanismos de participación que procuran que los debates públicos sean informados y reglados, tanto para la toma de decisiones como para la elaboración de normas jurídicas. En suma, en el constitucionalismo se conjugan estado como estructura, derechos como fin y democracia como medio. Los derechos de las personas son, a la vez, límites del poder y vínculos. Límites porque ningún poder los puede violentar, aun si proviene de mayorías parlamentarias,⁷ y lo que se pretende es minimizar la posibilidad de violación de derechos; y vínculos porque los poderes de los estados están obligados a efectivizarlos y lo que se procura es la maximización del ejercicio de los derechos. En el modelo constitucional se distingue entre la representación parlamentaria y la representación constituyente. El segundo, que es el instrumento de la soberanía popular, limita al primero; por ello las constituciones, como garantía, son rígidas y no pueden ser reformadas por procedimientos parlamentarios ordinarios.⁸

La constitución es, además, norma jurídica directamente aplicable por cualquier persona, autoridad o juez. Al considerarse una norma vinculante requiere de una autoridad competente para sancionar su incumplimiento. Esta autoridad es la corte constitucional, que tiene facultades para sancionar la inconstitucionalidad de los actos que emanan del poder público en cualquier forma: leyes y otras normas de carácter general, actos administrativos, políticas públicas y autos o sentencias. El poder para

política. Función electoral y función de transparencia y control social en el proyecto constitucional ecuatoriano”, en Ramiro Ávila Santamaría y otros: *Desafíos constitucionales, la Constitución ecuatoriana del 2008*, Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y Tribunal Constitucional, 2008.

⁷ Véase Juan Pablo Morales: “Democracia sustancial: sus elementos y conflicto en la práctica”, en Ramiro Ávila Santamaría (ed.): *Neoconstitucionalismo y sociedad*, Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, pp. 90-96.

⁸ Con relación a la rigidez, la Constitución del 2008 tiene un déficit: el parlamento puede modificar la Constitución en ciertas circunstancias y esto es considerado “un paso atrás respecto a los avances en el nuevo constitucionalismo latinoamericano”, como lo destaca Rubén Martínez Dalmau en “Supremacía de la Constitución, control de la constitucionalidad y reforma constitucional”, en Ávila Santamaría y otros: o. cit.

resolver conflictos entre órganos o por exceso en sus atribuciones, *referee*, se transfiere del parlamento a los jueces que tienen competencia constitucional.

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

En suma, el Estado constitucional es el resultado de la evolución del Estado legal. El Estado legal se basa en el principio de legalidad, por el que todo acto del poder solo puede hacer lo determinado en la ley y todo acto privado es permitido en tanto no esté prohibido. El Estado constitucional, en cambio, se basa en que los actos públicos y privados están sometidos a la Constitución, incluso la ley. Tres preguntas son claves para distinguir estos dos modelos: *quién, cómo y qué*.

2.1. Quién

Quién, en la Constitución del 2008, son las autoridades que ocupan distintos espacios de poder:⁹ 1) el pueblo, que ejerce el poder a través de la organización colectiva,¹⁰ de la participación en los diferentes niveles de gobierno,¹¹ de democracia directa,¹² de las organizaciones políticas,¹³ de la representación;¹⁴ 2) las personas assembleístas;¹⁵ 3) el presidente o la presidenta;¹⁶ 4) los jueces y juezas;¹⁷ 5) el Consejo de participación ciudadana y control social y órganos de control; 6) el Consejo Nacional Electoral y el Tribunal Contencioso Electoral, y 7) la Corte Constitucional.

2.2. Cómo

El Estado legal sacraliza la forma como una garantía para la seguridad jurídica. En los estados prelegales no hay procedimientos preestablecidos para expedir normas. La voluntad de la autoridad estatal se manifiesta de formas que no tienen control público. En el Estado legal los procedimientos son importantes. No se puede hacer la ley de cualquier manera sino de la forma determinada previamente en la ley. De igual modo que en la pregunta anterior, en el Estado constitucional no hay mayor diferencia, salvo que siempre el procedimiento para la elaboración de una ley debe estar en la

⁹ Constitución del 2008, título IV, "Participación y organización del poder", capítulo primero, "Participación en democracia", artículos 95-118.

¹⁰ Constitución del 2008, título IV, sección segunda, artículos 96-99.

¹¹ Constitución del 2008, título IV, sección tercera, artículos 100-102.

¹² Constitución del 2008, título IV, sección cuarta, artículos 103-107.

¹³ Constitución del 2008, título IV, sección quinta, artículos 108-111.

¹⁴ Constitución del 2008, título IV, sección sexta, artículos 112-117.

¹⁵ Constitución del 2008, título IV, capítulo segundo, artículos 118-119.

¹⁶ Constitución del 2008, título IV, capítulo tercero, artículos 141-146.

¹⁷ Constitución del 2008, capítulo cuarto, artículos 167-189.

Constitución. Esta garantía se denomina, en el constituiconalismo, vigencia o validez formal.

La Constitución del 2008 tiene toda una sección, dentro del capítulo segundo (función legislativa), que se denomina “Procedimiento legislativo”.¹⁸ En este procedimiento se regula sobre qué temas requieren ley, los tipos de leyes (orgánicas y ordinarias, que se distinguen por el número de personas que requieren para ser aprobadas), las entidades que tienen iniciativa legislativa, el número de debates, el rol del presidente como legislador y su posibilidad de veto parcial o total, y sobre el trámite especial de las leyes de urgencia.

2.3. Qué

Qué es lo que se debe legislar o normar es la pregunta esencial que marca la diferencia entre el estado legal y el constitucional. En el primero, la materia legal depende exclusivamente de la configuración del parlamento. Si se respeta la forma, se supone que el debate democrático realizado por los representantes elegidos mediante votación produce la mejor opción de normatividad. La justicia de las leyes se asume y no es posible cuestionar su validez. En el Estado constitucional, en cambio, los parlamentarios no tienen libertad para decidir la agenda legislativa. Existen expresas prohibiciones en la legislación, tales como la de no emitir leyes que sean contrarias a la Constitución o los derechos, y existe un marco referencial para legislar. De esta forma, además de la validez formal, se requiere la validez sustancial o material.

La Constitución ecuatoriana del 2008 tiene una norma que establece la finalidad del Poder Legislativo y el contenido de las normas:

La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución.¹⁹

2. Del Estado inequitativo al Estado de justicia

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

¹⁸ Constitución del 2008, artículos 132-140.

¹⁹ Constitución del 2008, artículos 84.

nosotros, para intentar clarificar el término, nos interesa cuando la justicia se puede predicar del Estado y del derecho.

Hans Kelsen, en un magnífico ensayo intitulado *¿Qué es la justicia?*,²⁰ hace un repaso sobre el desarrollo del pensamiento humano respecto de la justicia para concluir que resulta tan subjetivo definir la justicia, que su análisis no puede ser parte de la ciencia jurídica. Se podría afirmar, incluso, que invocando la justicia se han justificado regímenes autoritarios y represivos; por citar algunos ejemplos, la justicia de los colonizadores españoles para exterminar a los “salvajes” indígenas; la justicia del régimen fascista para exterminar judíos, gitanos y homosexuales; la justicia del Ku Kux Klan para exterminar afroamericanos; la justicia de los regímenes de seguridad nacional en el siglo xx para exterminar al enemigo interno (izquierdistas revolucionarios). En el extremo, existían causales en el iusnaturalismo²¹ para declarar una guerra justa. Parecería, entonces, al menos desde el positivismo jurídico, que atribuir la categoría justicia al Estado y a los derechos, en el texto constitucional, no tiene sentido. Desde esta perspectiva, que es la dominante, el análisis de la justicia, pese a ser importante, es ajeno o externo al derecho. Por la justicia, las personas pueden juzgar un sistema jurídico y político, pero no pueden imponer sus valoraciones. Por el derecho, en cambio, los juristas y los jueces deben abstenerse de hacer valoraciones de justicia y deben describir el derecho, los primeros, y aplicarlo, los segundos.

Sin embargo, pueden realizarse lecturas distintas. Una de ellas es la del filósofo del derecho C. S. Nino,²² quien ha sostenido que las normas jurídicas están compuestas por tres elementos: 1) los principios, 2) los enunciados lingüísticos (reglas) y 3) la valoración de justicia. Los tres planos de una norma deben ser consistentes.

1. Los principios son normas téticas, que establecen un mandato de maximización, normalmente constan en el plano constitucional y tienen una estructura carente de hipótesis y de obligación concreta. Las normas que establecen derechos suelen expresarse en forma de principios. Por ejemplo, “las personas tienen derecho a una vivienda adecuada y digna”²³ es una norma tética porque le impone al estado una finalidad ideal, que nadie carezca de vivienda; es un mandato de maximización porque tiene pretensión universal, en cantidad, y en calidad debe ser adecuada a su contexto social y cultural y digna para desarrollar otros derechos; la norma no dice en qué circunstancias el estado debe proveer la vivienda, cuándo se viola el derecho ni tampoco la forma de obligarse.

2. El enunciado lingüístico es lo que se conoce como *regla*, que debe tener una hipótesis de hecho y una obligación. La regla debe guardar conformidad con los principios

²⁰ Hans Kelsen: *¿Qué es la justicia?*, México: Fontamara, 2006.

²¹ El *iusnaturalismo* será entendido como el conjunto de normas que no emanan de una autoridad y procedimientos reconocidos por el estado. Es, además, una escuela de pensamiento jurídico que sustenta que las normas son anteriores al derecho escrito y que son su fuente de legitimación. Existen variaciones en el iusnaturalismo dependiendo de dónde emanan las normas (Dios, razón, naturaleza humana y otros).

²² Carlos Santiago Nino: “Introducción”, en *Ética y derechos humanos*, 2.ª ed., Buenos Aires: Astrea, 2005, pp 1-7.

²³ Constitución del 2008, artículo. 30.

constitucionales y suele constar en el derecho ordinario o en la jurisprudencia. Del principio enunciado sobre la vivienda, por ejemplo, haríamos la siguiente regla: si una persona no tiene donde vivir, el estado le proveerá un albergue; si el estado construye una casa, esta deberá tener ventilación y espacios recreativos. En estas normas existe ya una hipótesis de hecho y una obligación, y las reglas están conformes al principio del derecho a la vivienda digna y adecuada.

3. Finalmente, al aplicar el derecho, el resultado debe ser la realización de la justicia. Una regla es parte del sistema jurídico y el sistema no puede arrojar resultados injustos. Si se presenta el caso de que una regla no es coherente con el principio, quien tiene autoridad para aplicar la regla debe buscar otra; si no existe la regla, entonces debe crearla. Si la regla es conforme con el principio pero arroja un resultado injusto, se debe buscar otra regla y otro principio. Grafiquemos esta última hipótesis con un ejemplo. Cuando la Corte de Apelaciones de Argentina resolvió las excepciones preliminares en el caso *Massera*,²⁴ se enfrentó a un problema jurídico complicado. Se denunció que el señor Massera tenía responsabilidad por las muertes, torturas, desapariciones y alteraciones de identidad de miles de personas, años después de haber ocurrido los hechos. Por una lado, el acusado esgrimía una regla: la *prescripción* de la acción penal y el principio de *non bis in idem*, que tenía sustento en el principio constitucional de la seguridad jurídica. Por otro lado, las víctimas esgrimían otro principio: la tutela efectiva de los derechos, que no tenía regla prevista en el ordenamiento jurídico argentino para el caso penal en concreto. Si el juez aplicaba el derecho invocado por Massera, el resultado era injusto; si el juez sostenía que no tenía regla para aplicar, el resultado también era injusto. En el caso, el juez, invocando derecho penal internacional, construyó una regla y determinó que la justicia del derecho positivo era tan injusta que tenía que aplicar otro derecho. El señor Massera, al final, fue condenado. Este ejemplo nos sirve para demostrar que el análisis de la justicia, desde una perspectiva neoconstitucional, es parte del derecho y por tanto el análisis de la justicia se hace desde lo interno.

Conviene, en este punto, distinguir entre la vigencia y la validez de las normas jurídicas.²⁵ La vigencia tiene relación con la producción formal de la norma, esto es, que haya sido elaborada por una autoridad competente y de acuerdo con el procedimiento también establecido por una norma; la validez tiene relación con el contenido de la norma. La vigencia se verifica al responder las preguntas *quién* y *cómo*; la validez, al responder *qué*. Una norma puede estar vigente y sin embargo ser inválida. Está vigente si ha cumplido con las formalidades, y esto se puede verificar empíricamente; es válida si ha cumplido con el contenido sustancial del programa constitucional, y esto requiere un ejercicio valorativo. Siguiendo la idea de Nino, la regla solo deberá ser observada si es consistente con el principio.

²⁴ “Cámara en lo criminal y correccional, Argentina, *Massera excepciones*, sentencia del 9 de septiembre de 1999”, en American University: *Compilación de documentos en derecho internacional de los derechos humanos para profesores de esta materia*, vol. II, Washington, 2001, pp. 871-883.

²⁵ Véase Luigi Ferrajoli: “Juicios sobre la vigencia y juicios sobre la validez. Dos aporías teóricas: la valoratividad y la discrecionalidad de los juicios de validez”, en *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, 7.^a ed., Madrid: Trotta, 2005, pp. 874-876.

En el debate sobre vigencia y validez, que hemos esbozado ligeramente, la palabra *validez* no solo tiene que ver con la coherencia entre regla y principio, sino también con la justicia. Hay que procurar evitar caer en reduccionismos. Uno de ellos es el ius-naturalismo, por el que una norma es válida solo si es justa; otro es el legalismo, según el cual si la norma está vigente se debe presumir la justicia. Desde la teoría garantista, J. L. Serrano sostiene que el juicio de validez tiene semejanzas con el juicio de justicia: ambos son valorativos y requieren de argumentación jurídica para determinar el grado de eficacia. “La teoría del derecho, al menos en su versión garantista, asume, debate y comparte con otras disciplinas los problemas de la justicia y el pacto constituyente”.²⁶ La teoría del derecho, la sociología y la teoría de la justicia ya no deben ser disciplinas separadas y cerradas; todas se funden y se retroalimentan para alterar la realidad desde la aplicación de la Constitución.

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

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

²⁶Serrano: o. cit., p. 57.

anciana que tiene como única fuente de ingreso el arriendo de su departamento. Si *Y* no paga, *X* entra en un estado de necesidad. En este caso, si *X* acude al juez esgrimien- do la regla, que está conforme con los principios, el resultado previsto por la regla es también un resultado justo.

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

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

Pero la justicia también tiene relación con la valoración a la estructura social de una sociedad organizada. No cabe duda de que vivimos en una sociedad injusta. Ante esta realidad, podrían caracterizarse dos modelos, uno libertario y otro igualitario.

El modelo libertario se basa en el ejercicio de las libertades individuales. Uno de los mejores exponentes es R. Nozck. En este modelo, el Estado tiene que ser mínimo, lo suficiente para garantizar la seguridad de los contratos, la propiedad y el monopolio de la fuerza para reprimir delitos. Cualquier exceso se considera abusivo y una extra- limitación intolerable. Por ejemplo, el sacrificio de la propiedad, vía tributos, con el pretexto de la redistribución no se puede considerar legítimo.

La Constitución ecuatoriana del 2008 asume con vigor el modelo igualitarista, que se basa en la solidaridad, en la protección de los menos favorecidos y en un Estado fuerte. Se entiende, en este modelo, que la gran mayoría de los derechos, en su mani- festación prestacional, no serían prestados por la iniciativa privada, dado que no son rentables. Veamos algunos enunciados:

- Un principio fundamental del Estado es “la distribución equitativa de los recursos y la riqueza...”²⁷
- El Estado adoptará medidas que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad (artículo 11.2).
- La política económica tiene como objetivo, entre otros, asegurar la distribu- ción del ingreso y la riqueza nacional (artículo 284.1).
- La política fiscal tiene como objetivos, entre otros, la redistribución del in- greso por medio de transferencias, tributos y subsidios adecuados (artículo 285.1).
- Desarrollar políticas para erradicar la desigualdad y discriminación de las mujeres productoras (artículo 334.2).

²⁷ Constitución del 2008, título I, capítulo primero, artículo 3.5.

- Política comercial que contribuya a reducir las desigualdades internas (artículo 304.4).
- El sector financiero tiene como finalidad la prestación sustentable, eficiente, accesible y equitativa de servicios financieros. El crédito se orientará de manera preferente a los grupos menos favorecidos (artículo 310).
- El Estado dispondrá que los precios y tarifas de los servicios públicos sean equitativos (artículo 314).
- El Estado garantiza igualdad de derechos y oportunidades en el acceso a la propiedad (artículo 324).
- El Estado evitará el acaparamiento o la concentración de factores y recursos productivos, promoverá su redistribución y eliminará privilegios o desigualdades en el acceso a ellos (artículo 334.1).
- El Estado generará condiciones de protección integral que aseguren la igualdad en la diversidad y la no discriminación, y priorizará su acción hacia aquellos grupos que requieran consideración especial por la persistencia de desigualdades, exclusión, discriminación o violencia (artículo 341).
- La distribución de los recursos destinados a la educación pública se regirá por criterios de equidad social, poblacional y territorial (artículo 348).

La justicia entonces no solo se refiere a la valoración en un caso concreto, sino también a la estructura institucional.

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

3. Del Estado de derecho al Estado de derechos

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

Si hiciéramos un esquema de la evolución histórica del estado con relación al derecho, tendríamos tres modelos: el estado sobre el derecho (estado absoluto), el estado de derecho, el estado de derechos. En el estado absoluto, el derecho está sometido al poder; en el Estado de derecho, el poder está sometido al derecho bajo dos modalidades. En la una, el derecho es entendido exclusivamente como la ley; en la otra, el derecho tiene una concepción más amplia que se podría entender como el sistema jurídico

formal o como el sometimiento a la constitución, que es lo que Luigi Ferrajoli llamaría *estricta legalidad*. En el estado de derechos, finalmente, todo poder, público y privado, está sometido a los derechos.

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

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

3.1. La pluralidad jurídica

El único sistema jurídico que existe y se reputa válido es el formal. En consecuencia, la única fuente del derecho, en el estado legislativo o estado de derecho, es la ley. Todas las fuentes restantes, y los sistemas jurídicos de las que brotan, son auxiliares, que sirven para desentrañar el sentido y el contenido de la ley, o que no existen y por tanto no deben ser considerados.²⁸ El parlamento se reserva para sí la iniciativa, la producción, la interpretación y la derogación de la ley.²⁹ En la comprensión formal de ley, por supuesto, se entiende todo el sistema jurídico, incluso la constitución. En el estado constitucional de derechos, en cambio, los sistemas jurídicos y las fuentes se diversifican: 1) la autoridad que ejerce competencia constitucional crea normas con carácter de ley (precedentes nacionales); 2) las instancias internacionales dictan sentencias que también son generales y obligatorias (precedentes internacionales); 3) el ejecutivo emite políticas públicas que tienen fuerza de ley por ser actos administrativos con carácter general y obligatorio; 4) las comunidades indígenas tienen normas, procedimientos y soluciones a conflictos con carácter de sentencia y, finalmente, 5) la moral tiene relevancia en la comprensión de textos jurídicos. En suma, el sistema formal no es el único derecho y la ley ha perdido la cualidad de ser la única fuente del derecho. Lo que vivimos, en términos jurídicos, es una pluralidad jurídica.

1. El juez, en un estado constitucional, no puede ser solamente “boca de la ley”. El juez tiene que aplicar principios que constan en la constitución y convertirse en “cerebro y boca de la constitución”. Nos explicamos. En el sistema legislativo de derecho, y como concretización del principio de seguridad jurídica, la forma de las normas era lo

²⁸ Código Civil, Título preliminar, artículo 2.

²⁹ Constitución Política del Ecuador de 1998, artículo. 130.5; Código Civil, artículo. 3.

que se conoce ahora como *regla*. La regla es lo que L. Ferrajoli³⁰ denominaría *norma hipotética*. Una norma hipotética tiene tres elementos: una condición o hipótesis de hecho, un vínculo causa-efecto y una obligación. La formulación sería algo así: si *p* entonces *q* ($p > q$). Todas las normas del derecho civil y del derecho penal pueden reducirse a esta formulación. Por ejemplo, si *X* muere, entonces *Y*, que es legítimo sucesor, hereda; si *A* mata a *B*, entonces *A* cumplirá doce años de cárcel. La hipótesis de hecho debe cumplirse en la realidad; si esto sucede solo cuando un juez puede imputar el hecho a una persona y subsumirlo en una regla, se producirá la consecuencia prevista en el sistema jurídico. Las reglas se condensan en un código sustantivo que impide que el juez haga algo más allá de lo previsto en el texto jurídico. La ley, en todo el territorio nacional, dice qué es lo que debe hacer el estado, qué es lo que no deben hacer las personas y qué es lo que debe aplicar el juez. Esto es la seguridad jurídica: las conductas obligadas, permitidas y prohibidas están predeterminadas y las personas saben a qué atenerse. De lo contrario, de existir otras fuentes del derecho, se provocaría un sistema inseguro y arbitrario. No conviene, por tanto, admitir otras fuentes del derecho porque ello generaría confusión y caos.

Sin embargo, el sistema jurídico en este mundo contemporáneo y globalizado ya no puede basarse en reglas para solucionar todas las relaciones jurídicas ni tampoco puede prever todas las situaciones en las que se violarían los derechos. El sistema jurídico basado en *reglas* o normas hipotéticas ya no es suficiente ni tampoco es la mejor herramienta para garantizar la seguridad jurídica. Gustavo Zagrebelsky ha sostenido que la seguridad de los liberales podría ser la inseguridad de la mayoría de las personas.³¹ Por ello, se ha visto necesario establecer principios. Los principios, según la terminología de L. Ferrajoli, se denominan *normas téticas*. La norma tética, como brevemente hemos descrito, no tiene hipótesis de hecho, no tiene el vínculo causa-efecto y tampoco tiene una obligación concreta. La norma tética o principio no se puede (o no se debería) aplicar de forma automática en una sentencia o resolución; la norma tética requiere convertirse, en el caso concreto, en una regla a través de un proceso complejo de argumentación jurídica. La norma tética tendría una forma tipo *z*, y el juez, inspirado en *z*, debe, en el caso, crear una norma del tipo *x entonces y*. Muchas normas relacionadas con derechos humanos tienen la forma de norma tética. Dado que los derechos son normas aplicables, el juez no puede sino crear derecho al aplicar el principio. La realidad es anterior a la hipótesis de hecho y a la obligación. Se trastoca, de este modo, el concepto de seguridad basado en el principio de legalidad. En adelante, los casos que tengan los elementos de la regla creada por juez constitucional deben ser aplicados consistentemente y de forma obligatoria por los jueces y otras autoridades del Estado (precedente). El principio que inspira la creación de normas hipotéticas en

³⁰ Luigi Ferrajoli: *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid: Trotta, 2001, p. 19-35.

³¹ La obra que conviene estudiar y que plantea, desde una justificación histórica, filosófica y jurídica, el paradigma distinto de concebir la seguridad jurídica es Gustavo Zagrebelsky: *El derecho dúctil*, Madrid: Trotta, 2005.

los casos concretos es el de constitucionalidad, también conocido en la doctrina como *estricta legalidad*.

2. Las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (la Corte) son de imperativo cumplimiento en Ecuador. El país, al ratificar la Convención Americana de Derechos Humanos, se comprometió no solo a cumplir las normas y los derechos que constan en la Convención, sino también a cumplir las sentencias que emanan del órgano que controla el cumplimiento de las obligaciones del estado que emanan de dicho instrumento. La Corte interpreta, con carácter obligatorio, el contenido de la Convención. Por citar un ejemplo, en el caso *Awas Tingni*, que trata sobre la pugna de recursos naturales en una comunidad indígena en Nicaragua, el Estado sostuvo que tiene derecho a explotar los recursos naturales, y la comunidad, que tiene derecho a la propiedad ancestral de donde habita. En el caso, entre otros derechos, la Corte entendió que el derecho a la propiedad tiene dimensiones colectivas.³² El estado de Nicaragua, que tenía una comprensión individual y positivista del concepto de propiedad, tuvo que admitir, por una sentencia emanada de un órgano ajeno al sistema nacional de justicia, que la propiedad puede tener una comprensión colectiva y basada en el derecho consuetudinario de la comunidad indígena y en el derecho internacional de los derechos humanos (Convención 169 de la OIT). En otras palabras, el sistema jurídico internacional es parte del derecho interno, y las normas son creadas por órganos distintos al legislativo nacional y aplicadas por órganos judiciales distintos a la función judicial nacional.

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

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

³² Corte IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua, Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia del 31 de agosto del 2001, serie C, n.º 79.

principio de legalidad. En suma, “el poder ejecutivo asume mayor participación en la concretización de la normatividad frente a la modificación del contorno de los principios de legalidad y tipicidad”³³

4. El derecho indígena siempre ha existido y siempre se ha aplicado en el Ecuador. El derecho indígena, como cualquier sistema jurídico, está compuesto por principios, normas, procedimientos, autoridades legitimadas para aplicarlo y formas de ejecución. Preguntémosnos, en comunidades indígenas que no han sido asimiladas al derecho dominante, cuál es la forma de heredar, de contraer matrimonio, de sancionar conductas que se consideran infracciones, de educar, de ejercer la salud, de cumplir obligaciones, de considerar la propiedad. Sin duda alguna, la referencia no es el Código Civil ni el Código Penal, como tampoco intervienen las notarías, los jueces civiles, los centros de salud, los jefes de registro civil. Las personas y las comunidades indígenas no tienen una constitución, no hacen testamentos, no firman contratos, no expiden sentencias escritas. Las formas de validez y de vigencia del derecho indígena son distintas a las del derecho que emana del Estado; entender esas formas de verificación de la existencia del derecho y las formas de coordinar con el derecho hegemónico es una deuda del derecho occidental. El Ecuador, además, al reconocer la plurinacionalidad y la interculturalidad está reconociendo expresamente la pluralidad jurídica.³⁴ El derecho formal, pues, convive con el derecho consuetudinario.

5. Sin ánimo de agotar las formas en que se manifiesta la pluralidad jurídica, quisiéramos comentar brevemente un aporte de la teoría neoconstitucionalista al análisis del derecho y la moral. H. Kelsen, de una manera rigurosa y también justificada, distinguió y separó el análisis del derecho y la moral.³⁵ Kelsen concedió que el derecho y la moral son dos sistemas jurídicos que tienen en común la forma de enunciar las normas y la necesidad de una autoridad para que impute la obligación de las normas, y distinguió la moral por el concepto de validez. Una norma jurídica es válida solo si el procedimiento es reglado y la autoridad encargada de emitirla también se justifica por la existencia de una norma previa. La existencia de una norma positiva y la autoridad encargada de aplicarla son verificables, mientras que la norma moral no. De esta forma, la histórica disputa entre positivismo y iusnaturalismo tuvo nuevos parámetros de análisis.

Con el neoconstitucionalismo, el debate renace. Algunos autores, como García Figueroa,³⁶ sostienen que una constitución contemporánea, al introducir principios y valores fundamentales, como los derechos humanos, conjuga el iusnaturalismo y el positivismo. Por un lado, los principios son tan ambiguos que requieren interpretación moral y, por otro, los principios están positivizados; comprender el alcance de un derecho es algo que se hace a través de la argumentación jurídica, que debe contener

³³ Ricardo Lobo Torres: “Legalidad tributaria y armonía entre los poderes del Estado”, en Pasquale Pistone.

³⁴ Constitución del 2008, artículos 1, 59.9 y 171.

³⁵ Hans Kelsen: “El derecho y la moral”, en *Teoría pura del derecho*, 4.ª ed., Buenos Aires: Eudeba, 2003, pp. 45-50.

³⁶ Véase Alfonso García Figueroa: “La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo”, en Miguel Carbonell (ed.): *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid: Trotta, 2003, pp. 159-186.

debates morales sobre el alcance del derecho, y en esto el iusnaturalismo racional aporta de manera determinante; además, solo se puede argumentar moralmente sobre normas reconocidas constitucionalmente, y en esto el positivismo contribuye al reconocimiento de las normas a través de lo que ahora se conoce como *validez formal* o *vigencia*. El derecho sin moral se consideraría restrictivo, y la moral sin derecho, inaplicable. Por ello, J. I. Serrano sostiene que “un sistema normativo y cognitivamente cerrado a los valores y los deseos sería un sistema jurídico muerto y capaz de matar la sociedad que lo contenga”.³⁷

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

En conclusión, en lo que brevemente se ha descrito, hemos pretendido demostrar que actualmente existe pluralidad jurídica. Los sistemas jurídicos son múltiples, conviven a veces de forma no pacífica y, por tanto, se podría decir con propiedad que el Estado es de derechos.

3.2. La centralidad de los derechos en la Constitución

Otra explicación al predicado *Estado de derechos* es que el fin del Estado es el reconocimiento, la promoción, la garantía de los derechos constitucionalmente establecidos. La parte que se conoce como dogmática cobra protagonismo con relación a la parte orgánica y con relación al sistema jurídico. La parte orgánica debe adecuarse a cumplir los derechos y el sistema jurídico debe adecuarse a la parte dogmática de la Constitución. Por ello, no es casual que las garantías sean de políticas públicas, normativas y, en última instancia, judiciales.³⁸

³⁷ José Luis Serrano: *Validez y vigencia, la aportación garantista a la teoría de la norma jurídica*, Madrid: Trotta, 1999, p. 118.

³⁸ Constitución del 2008, título III, capítulo primero, “De las garantías normativas”; capítulo segundo, “De las garantías de políticas públicas y participación ciudadana”, y capítulo tercero, “Garantías jurisdiccionales” (artículos 84-94).

Norberto Bobbio, en un célebre ensayo traducido como *La era de los derechos*, hace una aproximación interesante a los derechos humanos desde la filosofía de la historia.³⁹ Bobbio sostiene que la revolución de los derechos humanos es a la ciencia jurídica y política lo que la revolución copernicana fue a la ciencia física. Los derechos humanos, con relación al estado, invierten el punto de vista del análisis y la centralidad estado-persona. La era de los derechos es un tiempo distinto a la era de las obligaciones. Lo importante no es el estado sino la persona, no son las obligaciones sino los derechos, no es el que tiene el poder de incidir en el comportamiento del otro sino el históricamente sometido. La relación, si nos permiten la analogía, es como cuando una persona toma un taxi; en la era de las obligaciones, el piloto decide el lugar adonde se dirigen; en la era de los derechos, decide el pasajero. Así en las relaciones del estado. En la era de las obligaciones, la autoridad estatal decide el destino de las personas; en la era de los derechos, las personas gobernadas deciden sus propios destinos. Reconocer la centralidad de la persona o grupos de personas implica algunas consecuencias para la teoría. Desde el punto de vista metodológico, la sociedad y la política parten de las personas y no del estado; desde el punto de vista ontológico, se reconoce la autonomía de cada individuo o grupo; desde el punto de vista ético, la persona es un ente moral e irreductible.

En este sentido, decir que el estado es de derechos significa que se está redefiniendo la centralidad de los derechos de las personas sobre el estado y sobre la ley. Si una persona se aproxima al tratamiento de los derechos en la Constitución del 2008, podrá apreciar que es un eje transversal que cruza no solo la parte de principios del estado, los derechos, sino también la parte orgánica, la participación, el régimen de desarrollo y hasta la finalidad de las fuerzas armadas.⁴⁰

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

Veamos cómo se manifiesta esta afirmación en el texto constitucional del 2008.

1. El Estado sometido a los derechos:

- Es deber primordial del Estado garantizar el efectivo goce de los derechos (artículo 3.1).
- El más alto deber del Estado es respetar y hacer respetar los derechos (artículo 11.9).
- La participación en todo asunto de interés público es un derecho (artículo 95).

³⁹ Norberto Bobbio: "La era de los derechos", en *El tercero ausente*, Madrid: Cátedra, 1997, pp. 154-173.

⁴⁰ Véase, sobre los derechos, un análisis global y más profundo en Marco Aparicio Wilhelmi: "Los derechos en la nueva Constitución del Ecuador: herramientas para una sociedad inclusiva", en Ávila Santamaría y otros: o. cit.

- La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa no pueden atentar contra los derechos (artículo 84).
- La formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas, cuya rectoría la tiene el ejecutivo (artículo 141), garantizan derechos (artículo 85).
- Los jueces y juezas administran justicia con sujeción a los derechos (artículo 172).
- La función de transparencia y control social protegerá el ejercicio y el cumplimiento de los derechos (artículo 204).
- La función electoral garantiza los derechos de participación política (artículo 217).

Toda función del Estado, en suma, está vinculada y sometida a los derechos. Podríamos seguir con la enumeración y afirmar que esta relación de sometimiento a los derechos se repite en la administración pública (artículo 226), en el modelo de desarrollo (artículo 275), en el sistema económico (artículo 233), en la deuda externa (artículo 290.2), en la formulación del presupuesto del Estado (artículo 298), en el sistema financiero (artículo 358), en los sectores estratégicos, en la inversión (artículo 339), en la producción (artículo 319).

2. El derecho sometido a los derechos:

- En ningún caso las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos (artículo 84).
- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra norma (artículo 424).
- Los derechos son de inmediato cumplimiento y aplicación por parte de cualquier autoridad pública (artículo 426)

3. El Estado no es ya el destinatario exclusivo de las obligaciones, sino que lo es cualquier ente, persona o colectividad que esté en relación de poder con otra. Es lo que Alexy denomina el *efecto horizontal*. Si hay una relación jurídica en la que una de las partes está en situación de sumisión o subordinación y esto genera violación de derechos, existe la posibilidad de controlar ese poder. En la Constitución se permite, con absoluta claridad, la posibilidad de plantear una acción de protección de derechos en contra de particulares, no solo cuando actúa por delegación o aquiescencia del Estado, o cuando provoca un daño a un derecho colectivo, sino en cualquier situación posible en la que se violen derechos fundamentales.⁴¹

⁴¹ Constitución Política del Ecuador, artículo 88.

4. Conclusiones

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

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

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