

El neoconstitucionalismo transformador: El estado y el derecho en la Constitución de 2008

Ramiro Ávila Santamaría,
Universidad Politécnica Salesiana, Universidad Andina
Simón Bolívar y Fundación Rosa Luxemburg,
307 páginas.

En esta obra el autor nos habla de un neoconstitucionalismo transformador¹, el cual reúne las aportaciones novedosas del constitucionalismo europeo y del constitucionalismo andino. Efectivamente, las Constituciones de Ecuador, Bolivia y Venezuela han implementado importantes avances que corresponden a la realidad de sus sociedades. Asimismo, destaca que la Constitución Política del Ecuador de 2008 (Constitución de Montecristi) conforma una transición tendente a rediseñar las instituciones de ese país². Ello, ha sido consecuencia de múltiples reclamos sociales como es el movimiento indígena, por ende, la interpretación de las nuevas figuras necesita el auxilio de la antropología y la sociología.

Para explicar el contexto del surgimiento del neoconstitucionalismo transformador, el autor divide su estudio en cuatro apartados. En el primero, aborda el tema de la crisis del derecho y del estado desde dos enfoques: i) el pensamiento europeo y ii) el pensamiento andino. Respecto al primero, retoma los argumentos de Ferrajoli para describir que existe una carencia de confianza en el derecho porque los países han reconocido diversos acuerdos internacionales que en ocasiones afectan de manera regresiva a los derechos humanos y sin contar con vías que protejan estructuralmente a los intereses sociales. En el contexto andino, se ha considerado que la problemática no es solo de desconfianza e ilegitimidad sino también de colonialidad porque las imposiciones

de carácter cultural, político, social y económico que permearon en la colonización todavía persisten en la actualidad. En efecto, no ha existido realmente una democracia con alta participación ciudadana; el neoliberalismo ha generado una reducción de los derechos laborales que engrandece a las multinacionales; se han ampliado medidas excesivas en el aprovechamiento de los recursos naturales; continúa una desigualdad entre hombres y mujeres sustentada en una cultura patriarcal y se ha discriminado a los indígenas dado que sus costumbres no se han respetado.

En el segundo apartado, el autor indica que frente a las problemáticas en las que se ve inmiscuido el derecho han surgido diversas propuestas: i) el neoconstitucionalismo occidental; ii) el neoconstitucionalismo latinoamericano y iii) el neoconstitucionalismo transformador. El neoconstitucionalismo occidental nació para combatir la violación indiscriminada de los derechos humanos ejercida por los gobiernos autoritarios que radicaron en Alemania, Italia y España. Algunas de las características de ese neoconstitucionalismo consisten en que los derechos se contemplan en el apartado dogmático de las Constituciones y en la parte orgánica entre otras cosas se desarrollan los mecanismos para efectivizarlos; los poderes del Estado se sujetan al contenido de la Constitución y todo desacato de las normas supremas se estudia por los tribunales constitucionales. Tales cuestiones han influido en la manera de concebir al derecho.

Respecto al latinoamericano, el contexto social que desencadenó los cambios a las normas constitucionales fue el conflicto militar que estuvo latente hasta los últimos días de los años 80, el cual encabezó persecuciones contra diversos grupos y abusó de los estados de excepción. Por tales circunstancias, el constitucionalismo occi-

¹ El término transformador lo retoma de Boaventura de Sousa Santos. Véase Sousa Santos, Boaventura de, "La difícil construcción de la plurinacionalidad" en *Los nuevos retos de América Latina. Socialismo y Sumak*, Quito, SENPLANDDES, 2010, p. 153.

² El autor precisa que la palabra "estado" la escribe con minúsculas porque estima que "la realidad nos demuestra que no es la figura ideal que nos describen algunas teorías". Por ello, a lo largo de este texto se utiliza ese criterio. Ávila Santamaría, Ramiro, *El neoconstitucionalismo transformador: El estado y el derecho en la Constitución de 2008*, Universidad Politécnica Salesiana, Universidad Andina Simón Bolívar y Fundación Rosa Luxemburg, p. 14.

dental fue adaptado en las constitucionales de América latina con distintas innovaciones dando surgimiento al neoconstitucionalismo latinoamericano. Entre sus novedades destacaron el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales y de las prerrogativas de los pueblos indígenas; el redimensionamiento del estado a través de la promoción y satisfacción de derechos; la incorporación de controles judiciales concentrados y difusos de la Constitución; la sustitución de los estados mínimos en los cuales no se protegían a algunos derechos; implementación de modelos económicos tendientes a la equidad entre la ciudadanía. A la par de ello, también se incrementó la confianza en el presidencialismo que originó la preponderancia de democracias estadísticas en las cuales generalmente la participación se limita a la votación del presidente.

A pesar de las aportaciones positivas de la propuesta europea, no se logró resolver las necesidades de la región andina. Efectivamente, no se consideró que los problemas de ambas regiones tenían una naturaleza diferente ya que en Europa no hubo una colonización como en América Latina. Ante tal problemática, el autor habla de la importancia de crear un estado y un derecho distintos, asimismo, enfatiza que los fundamentos del constitucionalismo transformador pueden encontrarse en el artículo primero de la Constitución de Ecuador, los cuales reconocen la transición de un estado tradicional a uno que tenga como finalidad garantizar el buen vivir.

En esta línea, el autor en la tercera parte del libro desarrolla el contexto histórico y político en el cual se creó la Constitución de 2008 para demostrar que es una importante innovación, a pesar de las diecinueve constituciones previas que ha tenido Ecuador. Con la finalidad de exponer el progreso del constitucionalismo ecuatoriano, el estudio se divide en constitucionalismo moderno y post-moderno. El constitucionalismo moderno comenzó con la expedición de la primera Constitución republicana de 1830 y culminó con la Constitución de 2008, el autor considera que el mismo respaldó los criterios del modelo liberal.

Concretamente, las primeras doce constituciones no reglamentaron debidamente a la economía, desarrollaron el concepto de ciudadanía como exigencia para acceder a cargos públicos con lo cual solamente tenían esa oportunidad las clases económicas mejor posicionadas. En la Constitución de 1906 se instituyó la prevalencia de un estado laico y en la Constitución de 1929 se plasmaron los derechos, sociales, económicos y culturales. No obstante, la explotación del petróleo y los intereses capitalistas norteamericanos se plasmaron en la Constitu-

ción de 1967. Posteriormente, surgió la Constitución de 1979 en la cual se ampliaron los derechos políticos, se diseñó una economía de mercado y en ese momento aumentó la presencia pública de los indígenas. Luego, en la Constitución de 1998 también intervinieron los intereses de los grupos con alto rango de poder, pero también tuvo relevantes contribuciones como el reconocimiento de los derechos de los niños, niñas, mujeres, personas con discapacidad y consolidó un Tribunal Constitucional.

Por otra parte, el autor nos indica que el constitucionalismo post-moderno comenzó en el 2008 y se caracteriza por ser “descolonizador, igualitarista-distribuidor, que [contiene] en sí mismo todas las posibilidades de luchas emancipadoras y [tiene] como centro la protección de los más expuestos a los abusos tradicionales del poder: los seres humanos y la naturaleza”.³ Su construcción tiene como antecedente inmediato los sucesos ocurridos durante el año 1999, entre los cuales destacan la lesión al sistema bancario, el dólar permeó en la economía y aumentó la corrupción, tres presidentes fueron destituidos y cuatro Cortes Supremas de Justicia fueron suspendidas e intervenidas por los otros poderes. Ante ello, Rafael Correa creó una corriente anti-sistema y una vez que logró convertirse en presidente de Ecuador convocó a una Asamblea constituyente para la creación de una nueva Constitución. La Asamblea recibió a muchas personas y pudo plasmar interesantes innovaciones, aunque después se emitieron normas no compatibles a las constitucionales ya que prevalecieron ideologías contradictorias.

En este contexto, fue en la Constitución ecuatoriana de 2008 en la que se plasmó el paradigma del estado constitucional protector de los derechos que fungen como principios limitadores de las facultades de los poderes. Específicamente, su artículo primero comprende los fundamentos que dan surgimiento a un derecho descolonizador. Tal precepto, establece que “[e]l Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico (...)”⁴

Respecto al estado constitucional, se destaca que el mismo se justifica porque la Constitución de Montecristi derivó de una Asamblea constituyente, es en ella donde están definidas las facultades de las más altas autoridades como son por mencionar algunas, el pueblo mediante organizaciones colectivas, el presidente o presidenta, los juzgadores o juzgadoras, el Consejo de Participación Ciudadana, el Consejo Nacional Electoral, el Tribunal Contencioso Electoral y la Corte Constitucio-

³ *Ibidem*, pp. 93-94.

⁴ Artículo 1° de la Constitución de la República del Ecuador.

nal. No obstante, se reconoce que se fortaleció el presidencialismo a través del aumento de sus potestades influyentes en las políticas legislativas.

En palabras del autor, el concepto de estado de derechos es una importante innovación que realza dos enfoques: "1) la pluralidad jurídica y 2) la importancia de los derechos reconocidos en la Constitución para la organización del estado".⁵ En relación con el primero, se indica que subsisten múltiples sistemas jurídicos porque: i) quienes tienen facultades constitucionales crean precedentes con similar fuerza vinculatoria que las leyes; ii) los organismos internacionales dictan sentencias que son obligatorias en el ámbito interno; iii) las políticas públicas emitidas por el poder ejecutivo tienen una naturaleza general por lo cual también deben ajustarse a los principios de la Constitución; iv) los pueblos indígenas tienen su propia regulación jurídica; y v) en la resolución de los problemas jurídicos interviene la moral, conforme a los intereses universalmente aceptados como son los derechos humanos. Respecto al segundo, se destaca que el principal objetivo del estado es la protección y garantía de los derechos contemplados en la Carta Magna, es por ello, que el sistema jurídico debe corresponderse a tal objetivo. Así, la parte orgánica de la Constitución debe ajustarse para cumplir con tal objetivo ya que todas las autoridades están limitadas por la protección de los derechos de las personas. Además, los derechos deben ser interpretados con ayuda de otras disciplinas y conforme a las circunstancias reales en las que fueron vulnerados.

Con el término de estado de justicia, se enfatiza que las actividades estatales deben ser conforme a los principios establecidos en la Constitución. En consecuencia, las leyes y los sistemas jurídicos deben contener las siguientes exigencias: i) descripciones de las reglas que contemplen supuestos concretos y obligaciones; ii) principios y derechos humanos y iii) las valoraciones deben ser conforme a los criterios de justicia (por ejemplo, hay casos en los que ha prevalecido la tutela efectiva de los derechos frente a la prescripción de la acción penal). El autor destaca que la Constitución de Montecristi considera como principio fundamental del estado "(...) la distribución equitativa de los recursos y la riqueza para acceder al buen vivir"⁶, no obstante, refiere que hay diversos tipos de justicia (ecológica, indígena, histórica, entre otras) y no únicamente la distributiva.

Por su parte, la característica esencial del estado social radica en la justiciabilidad de los derechos económicos y

sociales. Para tal efecto, deben cumplirse con las obligaciones de respeto, garantía y progresividad de tales derechos, efectivamente, no deben realizarse acciones que intervengan por ejemplo con el derecho a la educación, se deben decretar reparaciones para las violaciones de los derechos sociales y no deben implementarse acciones que sean regresivas para los mismos.

Posteriormente, el autor refiere que la democracia que es conforme con el artículo primero de la Constitución de Montecristi es aquella que es deliberativa, legítima y sustancial (en los procesos se tomen en cuenta los derechos de las personas y colectividades). Asimismo, nos explica que en relación con el concepto de estado soberano e independiente debe considerarse al contexto capitalista internacional que impacta a la regulación interna del estado, aun así, se deben salvaguardar los derechos de aquellas personas que se encuentren en condiciones vulnerables. Por otro lado, el término plurinacional reconoce la diversidad de las culturas y distingue que la nacionalidad no se corresponde únicamente con el sistema jurídico de un estado sino con el territorio y las costumbres en que se desenvuelven los pueblos. En consecuencia, es importante suprimir la categoría de ciudadanía excluyente que derivó de la colonización por el concepto amplio de persona o ser vivo el cual es más inclusivo. Al respecto, se destaca que en la Constitución de Montecristi no se reconocieron ampliamente las implicaciones de la plurinacionalidad, pues todavía se emplea el término liberal de ciudadanía que deriva de la individualidad y de la democracia representativa.

Asimismo, el autor destaca que durante el devenir de los tiempos a Ecuador se le ha impuesto una cultura hegemónica que desconoce e incluso margina a diversas culturas. Por tal motivo, con el establecimiento del concepto de interculturalidad se hace referencia a que en ese país subsiste una pluralidad de culturas, las cuales deben tener las facilidades para desenvolverse y compartir sus tradiciones, costumbre y su historia. En esta tesitura, es importante la participación de la sociedad en este proceso de transformación en el cual se considere el *sumak Kawsay*⁷ como un valor general.

Enseguida se explica que hoy en día, la laicidad no implica únicamente una separación entre la política y religión, sino que debe ser interpretada desde el ámbito de la moral crítica. En otras palabras, existen valores morales que se encuentran establecidos en la constitución como son la justicia, la dignidad, la democracia y los de-

⁵ Ávila Santamaría, Ramiro, op. cit., p.123.

⁶ Artículo 3° de la Constitución de la República del Ecuador.

⁷ El autor indica que "es un valor y una forma de entender la vida que, bien comprendido, sin duda puede ser compartido por cualquier persona o colectividad". Ávila Santamaría, Ramiro, op.cit., p. 215.

rechos humanos. En efecto, la moral crítica “tiene relación con lo más conveniente y aceptable para cualquier persona y grupo humano desde una perspectiva de cambio, mejoramiento o transformación”⁸. Una vez desarrollados tales términos, el autor considera que la Constitución de Montecristi proporciona un paradigma alentador porque contempla algunas figuras novedosas que son herramientas para construir un constitucionalismo transformador el cual puede contribuir a la solución de los problemas que han permanecido desde el siglo pasado.

En el cuarto apartado, se analiza el impacto que ha tenido la Constitución de 2008 y se observa que actualmente se han realizado algunas actividades y propuestas que no son compatibles con los fines constitucionales que se presentaron por el gobierno que la impulsó. En contraste, el autor destaca que se han logrado avances como son la atención a las exigencias de distribución, negociación de acuerdos regionales, expulsión de la base militar norteamericana de Ecuador y se ha regulado estatalmente las rentas mineras, petroleras y de transnacionales. No obstante, en este proceso han surgido algunas tensiones como son la deficiente participación social que provoca decisiones erróneas; subsiste un excesivo presidencialismo intolerante ante las críticas internas o extranjeras; se han emitido leyes que vulneran a la Constitución; permanecen prácticas que dañan desmesuradamente al medio ambiente; el gobierno ha sido invasivo con las comunidades indígenas sin consultar a la organización indígena nacional y no existe una genuina transformación de las instituciones hacia un compromiso social.

Ahora bien, los problemas en la aplicación garantista de la Constitución de Montecristi no implican que la misma deba invalidarse, por el contrario, el autor señala que es una necesidad primordial que se superen los siguientes retos i) la insuficiencia del sistema jurídico existente para cumplir la amplitud innovadora de los derechos establecidos constitucionalmente; ii) la falta de fortalecimiento de redes entre el estado y los movimientos sociales e indígenas que han sido marginados; iii) el estado debe ser un medio para que la sociedad materialice su transformación y emancipación; iv) el reconocimiento de la multiculturalidad para robustecer el proceso de democracia y v) el replanteamiento de la parte orgánica de la Constitución que todavía contempla conceptos de un estado liberal.

En suma el libro es una invitación al debate de las ideas antes plasmadas ya que el contenido de la Constitución de Ecuador requiere de una continua interpretación y aunque la misma aún presenta múltiples deficiencias or-

gánicas, sin duda es una gran contribución. Asimismo, es una inspiración para transformar los problemas sociales a través de postulados como la amplitud de los derechos y sus garantías, la preocupación por la preservación de la naturaleza, el valor de justicia y el reconocimiento de la plurinacionalidad e interculturalidad.

Elaborado por: *Clara Lucía Reyes Núñez*

⁸ *Ibíd.*, p. 230.