

**ECUADOR**

# Debate

## CONSEJO EDITORIAL

José Sánchez-Parga, Alberto Acosta, José Laso Ribadeneira,  
Simón Espinosa, Diego Cornejo Menacho, Manuel Chiriboga,  
Fredy Rivera Vélez, Marco Romero.

**Director:** Francisco Rhon Dávila. Director Ejecutivo del CAAP  
**Primer Director:** José Sánchez Parga. 1982-1991  
**Editor:** Hernán Ibarra Crespo  
**Asistente General:** Margarita Guachamín

## REVISTA ESPECIALIZADA EN CIENCIAS SOCIALES

Publicación periódica que aparece tres veces al año. Los artículos y estudios impresos son canalizados a través de la Dirección y de los miembros del Consejo Editorial. Las opiniones, comentarios y análisis expresados en nuestras páginas son de exclusiva responsabilidad de quien los suscribe y no, necesariamente, de ECUADOR DEBATE.

© ECUADOR DEBATE. CENTRO ANDINO DE ACCION POPULAR

Se autoriza la reproducción total y parcial de nuestra información, siempre y cuando se cite expresamente como fuente a ECUADOR DEBATE.

## SUSCRIPCIONES

Valor anual, tres números:

EXTERIOR: US\$ 45

ECUADOR: US\$ 15,50

EJEMPLAR SUELTO: EXTERIOR US\$. 15

EJEMPLAR SUELTO: ECUADOR US\$ 5,50

## ECUADOR DEBATE

Apartado Aéreo 17-15-173B, Quito-Ecuador

Tel: 2522763 . Fax: (5932) 2568452

E-mail: caaporg.ec@uio.satnet.net

Redacción: Diego Martín de Utreras 733 y Selva Alegre, Quito.

## PORTADA

PuntoyMagenta

## DIAGRAMACION

Martha Vinuesa

## IMPRESION

Albazu Offset

# ECUADOR DEBATE 83

---

Quito-Ecuador, Agosto del 2011

PRESENTACION / 3-6

## COYUNTURA

Diálogo sobre la coyuntura / 7-24

Conflictividad socio-política Marzo-Junio 2011 / 25-34

## TEMA CENTRAL

Independencia Judicial y derechos en Ecuador

*Agustín Grijalva / 35-42*

Abogados, justicia y poder: una aproximación empírica

*Luis Pásara / 43-60*

¿Cambio de personas para cambiar la justicia?

Cultura jurídica, neoconstitucionalismo y transformación social

*Ramiro Ávila / 61-74*

Entre el derecho y la protesta social

*Roberto Gargarella / 75-94*

Economía y política como determinantes del voto judicial: explorando la toma de decisiones en la Corte Suprema del Ecuador (1993-2009)

*Santiago Basabe / 95-108*

Cambios en la administración de justicia indígena en Ecuador

después de la Reforma Constitucional de 1998

*Solveig Hueber / 109-126*

## DEBATE AGRARIO-RURAL

La relación del gobierno de Rafael Correa y las bases indígenas: políticas públicas en el medio rural

*Luis Tuaza / 127-150*

## 2 Índice

### **ANÁLISIS**

La huelga de los mineros de la Escondida de Agosto de 2006

*Francisco Zapata* / 151-170

La reforma al mercado de valores (I)

*Luis Rosero* / 171-186

### **RESEÑAS**

Los trabajos de la memoria / 187-190

# ¿Cambio de personas para cambiar la justicia?

## Cultura jurídica, neoconstitucionalismo y transformación social

Ramiro Ávila Santamaría<sup>1</sup>

*Los cambios en la justicia implican un necesario cambio en la cultura jurídica, entendido como una renovación de las concepciones que vinculan de modo transformador el papel del derecho. Por eso se propone que el neoconstitucionalismo constituye una corriente clave en la concepción del derecho que apunta a la transformación social modificando el papel de los jueces y de los abogados desde la perspectiva de quienes sufren los abusos del poder.*

### Introducción

**L**a relación entre cultura jurídica y transformación social me ha parecido siempre importante, particularmente en estos tiempos en los que se habla de revolución, cambios profundos y reforma integral a la justicia. Sostengo que el cambio de personas en los ámbitos de influencia jurídica, aún siendo o diciéndose de izquierda, no cambia nada si es que la cultura dominante en el derecho sigue siendo la privatista-formal-inquisitiva. Sólo cambiando la cultura jurídica, podremos cambiar la relación estrecha entre derecho y *status quo*.

Sin embargo, lo que se propone en Ecuador es cambiar a las personas como

si eso fuera suficiente para cambiar la administración de justicia. En el país se ha aprobado mediante referéndum (mayo 2011) una pregunta en la que se pretende reformar a fondo la administración de justicia. Durante la campaña, el proponente del referéndum, el Presidente de la República, ha insistido que pondrá gente con liderazgo para cambiar la justicia. De igual manera, por poner algunos ejemplos semejantes, las personas feministas proponen la integración de mujeres, sin importar el bagaje cultural patriarcal, en los espacios públicos. También he visto juristas indígenas, que tienen discursos reivindicatorios étnicos, que sostienen tesis derivadas del derecho privado que, aplicadas, afirman sistemas

---

1 Doctor en Jurisprudencia PUCE, Master en Derecho por Columbia University (New York), Docente Universidad Andina Simón Bolívar-Sede Ecuador, profesor de Constitucionalismo Contemporáneo y Teoría General de los Derechos Humanos. ravila@uasb.edu.ec

de exclusión. Finalmente, sin ánimo de agotar los ejemplos, he podido escuchar a distinguidos juristas de partidos o de movimientos de izquierda, que quizá sin darse cuenta –o quizá profundamente concientes– sostienen posiciones jurídicas liberales aún cuando políticamente aparezcan como políticos radicales. Ni personas con liderazgo ni mujeres ni indígenas ni comunistas, cuando están cargadas de la ideología dominante en el derecho, transformarán la justicia, la discriminación, el patriarcalismo o la opresión, si es que no tienen una teoría alternativa fuerte, a prueba de cualquier ataque, capaz de ponerse en práctica y disputar con la ideología formal dominante.

Los espacios de producción de una teoría alternativa a la dominante, lamentablemente no existen o son precarios. En cambio, la reproducción de la teoría formal que mantiene el *status quo*, se difunde y se aprende de memoria en cada espacio y cada minuto en las facultades de derecho.

Este ensayo, dividido en cuatro partes, reflexiona sobre la cultura jurídica dominante. En la primera, se establece la estrecha relación que existe entre realidad, estado y derecho. En la segunda, se describe al nominalismo o formalismo jurídico, que tiene que ver con “positivismo ‘light’”, y se caracteriza por ser un derecho privado, burocrático e inquisitivo. En la tercera, se dibuja a grandes rasgos, lo que serían algunas alternativas para el cambio. Finalmente, en una

cuarta parte, se señalan los retos para el cambio de la cultura jurídica.

### **La relación entre derecho y realidad social**

Thomas Pogge, filósofo de la Universidad de Columbia (New York), autor de una exquisita obra titulada *Pobreza y derechos humanos*, propone una relación interesante entre derechos humanos y estado, que la denomina “interrelacional”, que es una teoría distinta a la institucional.<sup>2</sup> A la primera perspectiva también la podemos llamar horizontal y a la segunda vertical.

La perspectiva institucional o vertical sostiene que hay una relación jerárquica y diferenciada entre estado y ciudadanía. Esta es una forma tradicional de ver los derechos humanos, que ha contrapuesto el estado a la ciudadanía. Las luchas y los movimientos sociales se han visto como diametralmente contrarios al estado, éste último que ha sido caracterizado como el único violador de derechos, al que hay que obligar y limitar para que no cometa excesos. Por su parte, la ciudadanía siempre está bajo el riesgo del sometimiento, opresión, represión por parte del estado. Es decir, hay una tensión innata, medio maniquea, entre estado y ciudadanía: si es el estado hay que sospechar que es intrínsecamente malo y si es ciudadanía que es bueno. De alguna manera, cuando fui funcionario público, sentí esta sospecha y tensión. De pronto, para algunas per-

---

2 Thomas Pogge, “Los derechos humanos” y “Cosmopolitismo institucional fundamentado en derechos humanos”, en *La pobreza en el mundo y los derechos humanos*, Paidós, Barcelona, 2005, pp 65-73; pp 216-226.

sonas, era yo el “malo”, el cargado de obligaciones, el co-responsable por todas las barbaridades que hacía el gobierno, el perverso que debe estar maquinando el desmantelamiento de los derechos de algunos grupos o atentando contra las conquistas históricas de las mujeres.

La perspectiva interrelacional u horizontal, en cambio, reconoce la estrecha relación que existe entre el estado y los ciudadanos. De hecho, no puede existir estado sin ciudadanos que lo conformen. El estado, en otras palabras, no es más ni menos de lo que es la sociedad. En este sentido, si la sociedad es patriarcal, conservadora, racista, xenófoba, punitivista, lo mismo se debe esperar del estado. Cuando uno es funcionario público lleva consigo todo su bagaje, desde que uno era un chico de barrio en la Magdalena hasta las lecturas más exquisitas de filósofos contemporáneos, desde los resentimientos por maltrato escolar hasta las ternuras maternas. El estado es un espacio de la ciudadanía a disputar, que refleja no solo los valores dominantes sino también las estructuras sociales de poder.

Desde la primera perspectiva, yo nunca soy responsable por lo que pasa en el estado y toda la maldad o bondad es por culpa o gracias al estado. Desde la segunda perspectiva, yo soy corresponsable de lo que pasa en el estado, ya por acción, al ser tarde o temprano funcionario público o tener mi consultoría pagada con fondos públicos, o por omisión, por no hacer nada para que el estado cambie.

Las razones que explican la realidad en la que vivimos pueden ser diversas. La perspectiva vertical diría que nuestra realidad es fruto de muchos años de go-

biernos irresponsables, insensibles, corruptos, que se embolsicaron la plata del petróleo y que solo gobernaron para su grupo de interés; también, cierta vertiente de esta corriente, diría que así es la vida y que en este valle de lágrimas no nos toca más que sufrir y esperar nuestra recompensa eterna.

Desde la lógica interrelacional u horizontal, la realidad ha sido construida, de a poquito, por muchas personas y con mucho esfuerzo. Así como se hacen las ciudades, así se construye la realidad de un país, con el esfuerzo de todos. Hay veces, pensando en las ciudades, cuando estoy en un mirador del tipo Panecillo o las Antenas del Pichincha, o cuando se mira Quito o cualquier ciudad desde una ventana del avión, siempre se me ocurre pensar en cada ladrillo, teja, pedazo de madera, ventana, o paleteada de cemento, que implicó poner para hacer una ciudad de millones de habitantes. Todo fue construido, de a poquito, hasta hacer algo grande e impresionante. De igual modo la realidad social.

Llevando al extremo la metáfora, para llegar a sociedades con unos índices de pobreza tan grandes, llenas de violencia e inseguridad, opresión, discriminación, como suele proyectarse en nuestras ciudades y en las relaciones entre zonas urbanas y rurales, tuvo que haber habido la contribución, por acción u omisión, de mucha gente. De igual modo, si uno piensa en lo que significaría construir Utopía de Moro, la ciudad de Campanella o un kibutz, uno tiene que imaginar esa ciudad de los sueños, de la solidaridad, de la igualdad, de la justicia, construida por todos y cada uno de sus miembros, con mucho tiempo y paciencia.

En esta lógica, ¿juegan algún rol los abogados y la cultura jurídica? Sin duda alguna. Sin ánimo de exaltar mi profesión, tengo que reconocer que no hay acto público o relación privada con consecuencias económicas, que no haya sido redactada, avalada, promovida o exigida por un abogado o abogada. El régimen más dictatorial, genocida, violento, terrorífico, no pudo haber ejercido sus funciones atrofiadas sin la contingencia ni las formas dadas por los juristas. Sin irnos a estos extremos, la “naturalización” de sociedades liberales atrofiadas, que generan pobreza y acumulación de riqueza en pocas manos, también tiene la garantía de la mano jurídica atrás. Lo mismo se podría predicar de los estados socialistas reales del siglo XX que fracasaron o los estados que lograron establecer un verdadero estado de bienestar. No hay forma, aunque no nos demos cuenta, de actuar sin juristas. De ahí la importancia de entender para qué y para quiénes trabajamos. Esta distinción sólo se hace con pensamiento crítico.

Lo que más conviene a un sistema desequilibrado, que favorece a poca gente, es la cultura privatista-formalista-burocrática, que denominaré nominalismo jurídico y que paso a describir.

### **El positivismo, el neoconstitucionalismo y el nominalismo jurídico**

El nominalismo, como lo llamó Dworkin<sup>3</sup>, o formalismo jurídico, como

lo voy a describir, no es sinónimo de positivismo jurídico. El positivismo jurídico es una escuela de pensamiento jurídico bastante importante, a la que no se la puede despreciar por haber sido la dominante en el derecho. El positivismo, en el contexto histórico, ha sido el esfuerzo más importante para evitar la arbitrariedad a la que se puede llegar con un mal entendido iusnaturalismo. De hecho, el iusnaturalismo, como tendencia dominante en la historia, ha sustentado el poder más autoritario, centralizado y vertical que uno se pueda imaginar.<sup>4</sup> Someter el poder y la autoridad al derecho ha sido, sin duda alguna, un esfuerzo civilizatorio. El principio de legalidad, que es quizá la conquista más importante del positivismo, puso un freno enorme al poder del estado para juzgar y sancionar de forma discrecional; la división de poderes, el condicionar a procedimientos legislativos y a competencias determinadas por normas la validez de las leyes, la institucionalización del principio de la seguridad jurídica basada en reglas previas, generales y abstractas, la igualdad ante la ley, las normas de reconocimiento para saber qué derecho está vigente y debe ser aplicado... ¡Cómo despreciar estos avances!

Que el positivismo jurídico tiene límites, también lo demuestra la historia. El sometimiento a la ley sin cuestionamientos ha generado más de una injusticia. El deber por el deber que pregona Kant como un imperativo categórico,

3 Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1978, p.15.

4 Para Kelsen, por ejemplo, es necesario establecer un derecho positivo en contraposición a un derecho conservador y que ha dado paso a tanta discrecionalidad y arbitrariedad, como es el iusnaturalismo. Véase Han Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, Eudeba, Buenos Aires, 4ª. edición, 2003.

tuvo eco en la forma de concebir las leyes. Las leyes debían cumplirse y la justicia debía presumirse. Es más, Kelsen sostuvo que el análisis de la justicia no debía ser siquiera motivo de estudio por parte de la ciencia jurídica.<sup>5</sup> Kelsen diría algo así: si usted quiere estudiar y cuestionar la justicia de las leyes, sálgase de la ciencia jurídica y métase en la filosofía, sabiendo que eso no es derecho o hágase político y váyase al parlamento. Las consecuencias de este dogmatismo están a la vista: mediante leyes y su aplicación el estado asesinó, en Europa, durante la Primera y Segunda Guerra Mundial, y en Latinoamérica durante las guerras contra el enemigo interno en los años 60, 70 y 80, a millones de personas. Por el corolario del principio de legalidad, los jueces no se podían apartar de la letra de la ley. Si lo hacían, prevencaban; o sea, podían ir a la cárcel. De ahí el respeto y temor reverencial por la letra de la ley, sin importar si ésta era justa o no.

La teoría neconstitucional del derecho, que está en construcción y en permanente disputa, pretende corregir estos defectos del positivismo con diversos matices.<sup>6</sup> Unos más cercanos al positivismo, como el profesor Ferrajoli, introducen el concepto de validez sustancial distinguiéndolo de la validez formal o vigencia.<sup>7</sup> Los contenidos de las leyes son importantes y si violan los derechos fun-

damentales pueden ser inaplicados por parte de los jueces y hasta expulsarlos del sistema jurídico por parte de las cortes constitucionales. Otros más cercanos al iusnaturalismo, como el profesor Nino, Alexy o Dworkin<sup>8</sup>, consideran que el análisis de la justicia, que antes era propia de la filosofía, es parte ya del sistema jurídico y, por tanto, de la ciencia del derecho. De cualquier modo, la idea es que el positivismo puro parecería que ya no tiene cabida. Sin embargo, los postulados del positivismo siguen siendo importantes. Por ejemplo, la idea de reglas, seguridad jurídica y principio de legalidad siguen siendo pilares del derecho, pero con matices. Los principios, a los que da tanta importancia el neoconstitucionalismo, se aplican mediante reglas; la seguridad jurídica implica tener normas predecibles y se puede determinar que una norma vigente manifiestamente injusta no será aplicada por ser contraria a valores y principios constitucionales; la mera legalidad, que es el requisito formal para la vigencia de una norma, se torna en estricta legalidad, que es el requisito sustancial para la validez de una norma.<sup>9</sup> El positivismo, en otras palabras, ha evolucionado y se está corrigiendo para estar a la altura de la complejidad de nuestras sociedades globalizadas.

Pero el formalismo o nominalismo es otra cosa, al menos como lo vamos a en-

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

6 La palabra misma "neoconstitucional" no es pacífica. Unos la niegan, como el mismo profesor Ferrajoli, y otros la promueven como un motor esencial de cambios, como Miguel Carbonell.

7 Luigi Ferrajoli, *Principia iuris. Teoría del derecho y la democracia*, Editorial Trotta, Madrid, 2011, p. 502.

8 Véase Carlos Santiago Nino, *Introducción al análisis del derecho*; Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*; Ronald Dworkin, *El imperio de la justicia*.

9 Luigi Ferrajoli, op. cit., p. 412.

tender, por oposición al positivismo y a cualquier otra escuela del derecho. El formalismo se caracteriza por ser más que una teoría una práctica burocrática, que se manifiesta por la discrecionalidad y arbitrariedad en la toma de decisiones, por transmitirse de forma neutra y seguir sin cuestionarse la letra de la ley y, en suma, por aferrarse al sistema inquisitivo, que concentra todas estas características.

El sistema inquisitivo, al igual que el régimen colonial, no es un período en la historia terminado ni superado. Se supone, desde la historia tradicional, que el sistema inquisitivo fue la forma de juzgamiento penal propia de las monarquías absolutas que estaban íntimamente relacionadas con la Iglesia. También se supone que con la Revolución Francesa, con Beccaria a la cabeza en términos penales, se superaron todas las formas de juzgamiento penal cruel y arbitrario, mediante la creación de leyes penales proporcionales y humanizadas. Así mismo se supone que el régimen colonial se terminó con la independencia de España y con la instauración de la república. Pero nada de eso realmente pasó. El sistema inquisitivo en el derecho penal sigue estando en las cabezas, el corazón y las prácticas de nuestros operadores judiciales, tal como la colonización política, económica, cultural y social no terminó en 1830.<sup>10</sup>

El sistema inquisitivo se caracteriza por ser (a) escrito, (b) secreto, (c) irresponsable y (d) discrecional. No sé si al-

guna vez alguno de ustedes ha podido estar en los museos de la inquisición de Lima o México D.F., que conservan lo tétrico del lugar donde se juzgaba a la gente y las terribles formas de sanción, que se basaban en la tortura y en tratos crueles, inhumanos y degradantes, o si han visto alguna película relacionada con la inquisición, del tipo *El Greco* o *el Nombre de la Rosa*. Ahí se ven los folios donde constaba la acusación, todo por escrito, no se podía conocer al acusador ni al juez, algunos de ellos encapuchados, las terribles salas de investigación, que eran aparatosas máquinas de tortura, las celdas. Todo tétrico, que un despidado observador contemporáneo podría decir, aliviado, que por suerte todo pasó. Pero da lástima pensar que todos estos procedimientos que acababan en la ejecución penal pública, ya sea la muerte del condenado o los suplicios, siguen vigentes pero de forma más socapada y quizá más cruel y tolerada.

(a) Sistema escrito. La mejor forma de garantizar el secreto, la irresponsabilidad y la discrecionalidad es basar el procedimiento en la escritura. El expediente es lo importante, no las personas que tienen el conflicto social. El expediente tiene que tener carátula, escritos ordenados, foliados, con firmas, fechas y sellos que lo solemnizan y dan fe de su veracidad. No importa, insisto, el conflicto humano que está atrás. Cualquiera de nosotros que alguna vez nos ha tocado hacer un trámite judicial y ver la

---

10 Sobre la colonialidad, véase Catherine Walsh, *Interculturalidad, Estado, sociedad. Luchas (de) coloniales de nuestra época*, UASB-Abya Yala, Quito, 2009; Anibal Quijano, "Des/colonialidad del poder. Horizonte alternativo", en Alberto Acosta y Esperanza Martínez, *Plurinacionalidad. Democracia en la diversidad*, Abya Yala, 2009.

manera “profesional” como reducen a escrito nuestra petición, demanda, testimonio, audiencia o sentencia. Primero hay que esperar, siempre esperar, como que el tiempo de la burocracia es lo más importante y sirviera para subsistir. Segundo, su versión se traduce a fórmulas legales, repetidas día a día, que sacralizan el contenido pero despersonalizan al usuario. Un día fui a hacer una denuncia por el robo de nuestro departamento. Me daba tanta gracia cuando mis palabras, al narrar los hechos, eran graciosamente traducidas por la amanuense. Yo no dije eso, afirmaba. Pero hay que poner así, me decían, para que entiendan que fue un robo. Tercero, le van domesticando al sistema. Finalmente, le despojan de toda humanidad al conflicto y se convierte en un número. Si no tiene influencias o dinero, el caso es condenado a ser arrumado en una pila interminable de juicios en trámite y con suerte a ser archivado.

(b) Secreto. Cuando el procedimiento se basa en la escritura, el tiempo y el espacio de ese procedimiento depende de un funcionario burocrático, que puede añadir y quitar hojas, perder o encontrar el expediente, alterar o suprimir palabras, en el más absoluto secreto, sin que nadie, el juez, el acusador, el acusado, pueda controlar. Todo sistema escrito acaba siendo secreto. Esta forma de procedimiento conspira contra uno de los principios más importantes pregonado por el estado contemporáneo: la publicidad y la transparencia. Cuando el procedimiento está en manos de un

funcionario, ese funcionario puede actuar fuera de audiencia y de los espacios públicos. En el secreto se produce la corrupción, la traición, la infidelidad, el chisme, lo vergonzoso, el delito, la trampa. Si se quiere evitar estos espacios que propician valores inaceptables en democracias constitucionales, se debe evitar el secreto y la escritura.

(c) Irresponsable. La consecuencia de un proceso basado en lo escrito y en el secreto, es que no se puede identificar al responsable. La responsabilidad implica que los funcionarios públicos deben rendir cuenta de su proceder. Así, quien actúa de forma inadecuada debe tener su correspondiente sanción y quien ejerce la función pública de forma correcta, debe tener estímulos administrativos. Un funcionario público en un estado democrático constitucional debe estar sometido al escrutinio público, por muchas razones: el pago de sus remuneraciones proviene de la ciudadanía a través de los impuestos y de fondos públicos; se espera que esas personas estén al servicio de la comunidad y del interés general, en consecuencia no deben actuar con favoritismos o concediendo privilegios; el principal deber del estado, y por tanto de todas las personas que lo conforman, es promover el ejercicio y la satisfacción de los derechos fundamentales<sup>11</sup>; finalmente, se impone el deber de responder públicamente por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones.<sup>12</sup>

(d) Discrecional. Todo sistema que es discrecional acaba inevitablemente siendo arbitrario. Sin duda, en la esfera

11 Constitución, Art. 3 (1) y 11 (9).

12 Constitución, Art. 83 (7), (8) y (11).

pública, cuando se ejercen competencias constitucionales y legales, es inevitable el ejercicio de la discrecionalidad. Ese margen de discrecionalidad es el que ha llevado a personas como Ferrajoli a elaborar teorías que cierran lo más posible el margen de decisionismo, a través de mecanismos tales como leyes claras, argumentaciones transparentes y contundentes y motivación en cada decisión.<sup>13</sup> Sin embargo, no puede existir sistema jurídico en el que la autoridad no tenga la capacidad de denotar (apreciar los hechos) y connotar (apreciar el derecho aplicable) y esto implica sin duda aperturas a la discrecionalidad. Reconociendo entonces que la discrecionalidad es inevitable, existen sistemas que abren las puertas y otros que la cierran. Los primeros siempre son abiertamente autoritarios y los segundos son sistemas garantistas. Los sistemas que promueven el sistema escrito están entre los primeros. Aunque esta afirmación tiene matices. Por ejemplo, esto no significa que sistemas con tendencias orales no tengan momentos o ciertas prácticas necesarias escritas; tampoco significa necesariamente que el sistema escrito sea siempre arbitrario: hay instancias, como la casación y ciertos re-

cursos judiciales en los que predomina el sistema escrito.

### El neoconstitucionalismo transformador

El neoconstitucionalismo transformador<sup>14</sup> pretende comprender la combinación de tres elementos: (1) la elaboración de una teoría necesaria para el cambio basada en la constitución materializada y con elementos interculturales, (2) la transmisión de esa teoría y (3) la aplicación de la teoría, todo con (4) el objetivo de cambiar realidades que son coloniales y excluyentes.

(1) Latinoamérica, como insistía el maestro Roig<sup>15</sup>, requiere pensar y fuerte. Los problemas no se pueden resolver con la intuición, la indiferencia o la práctica irreflexiva. Se requiere de teoría en muchos sentidos; por ser mi campo de estudio, me limitaré a comentar la perspectiva jurídica. La teoría debe intentar ser la apropiada para nuestra realidad y nuestras necesidades. El hecho de que la teoría deba ser original no significa que no deba nutrirse de todos los pensamientos que han pretendido ser emancipadores, vengan de donde vengan. Desde Europa se ha elaborado una teoría, que sintetiza varios procesos revolu-

---

13 Esa es la obsesión de Luigi Ferrajoli en su *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*: reducir al máximo el margen de discrecionalidad, que siempre amenaza a la libertad, y maximizar el grado de racionalidad, que es la garantía que puede ofrecer un proceso penal que busca verdad y minimizar el dolor que produce el poder punitivo.

14 Sobre los matices, potencialidades y limitaciones de la teoría neoconstitucional y transformadora, véase Ramiro Avila Santamaría, *Neoconstitucionalismo transformador. El estado y el derecho en la Constitución de 2008*, UASB-Ecuador y Abya Yala, Quito, 2011.

15 Esta idea de pensar fuerte, en el contexto de una búsqueda de un pensamiento latinoamericano emancipatorio, lo encontramos insistentemente en Arturo Andrés Roig, *Ética del poder y moralidad de la protesta, la moral latinoamericana de la emergencia*, Corporación Editora Nacional-Universidad Andina Simón Bolívar, Colección Temas, Vol. 10, 2002.

cionarios que se materializaron en las constituciones contemporáneas, y que intentan evitar graves violaciones a los derechos humanos por parte del Estado y fortalecer el cumplimiento de normas que limiten y vinculen a los poderes. Esta teoría se conoce, con muchos matices y disensos, como neoconstitucionalismo. El neoconstitucionalismo tiene muchas virtudes. Quizá la que a mí me parece más atractiva es la centralidad del discurso de los derechos fundamentales y la relación con la democracia constitucional. Tiene, además, algunos elementos que no fueron considerados por otras teorías del derecho, tales como la aplicación directa de los derechos fundamentales por parte de cualquier autoridad pública incluidos jueces y juezas, la vinculación de los derechos fundamentales a la creación legislativa y normativa, la elaboración de garantías de diversa índole para hacer de los derechos una realidad en todo caso de dolor o sufrimiento humano.

La teoría europea tuvo una recepción importante en Latinoamérica y tiene algunos matices que le hacen aún más atractiva a la teoría neconstitucional, que es un conjunto interrelacionado de textos normativos, prácticas jurisprudenciales y elaboraciones doctrinarias<sup>16</sup>, y es la ampliación de los derechos, la expansión de los controles jurisdiccionales, la participación social en la definición de los derechos (asambleas constituyentes),

la creatividad en la elaboración jurisprudencial<sup>17</sup> y la ampliación de la intervención ciudadana en procesos constitucionales.

Si a estos avances les sumamos el constitucionalismo andino, que se caracteriza por reconocer y valorar los aportes de culturas no occidentales, el potencial transformador es mucho mayor. Ecuador y Bolivia, por ejemplo, reconocen el buen vivir, la pachamama y la Plurinacionalidad, que son rupturas importantes con el constitucionalismo clásico y europeo, y que invitan a pensar y a aplicar un nuevo derecho. Estos tres elementos, a los que se podría incorporar otros de relevancia, tales como el régimen de desarrollo encaminado hacia la equidad o la consideración del estado como un garante, medio para el cumplimiento de los derechos, que es el fin primordial del Estado, nos ofrecen un modelo distinto al capitalismo económico, a la mera democracia representativa, a la moderna organización nacional política y, en suma, nos proponen una transformación profunda a nuestra realidad.

Así, por mencionar algunas lecturas de las nuevas propuestas constitucionales andinas, el buen vivir promueve sistemas solidarios, colectivos, basados en la riqueza de los vínculos de los seres humanos consigo mismo, con los otros y con la naturaleza, por oposición a un sistema basado en la competencia, el individualismo, la acumulación y el des-

16 Véase las obras compiladas por Miguel Carbonell, publicadas todas por Trotta: *Neoconstitucionalismo(s), Teoría Neoconstitucional, El Canon neoconstitucional*.

17 Sobre la creatividad judicial, con particular énfasis en los derechos sociales, véase Christian Curtis y Ramiro Avila Santamaría, *La protección judicial de los derechos sociales*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2010.

echo, que genera soledad. La Pachamama nos propone un sistema de interrelación e interdependencia, basado en el mutuo respeto y complementariedad, con la naturaleza; bien entendido y aplicado significa una salida al sistema extractivista o de explotación intensiva de la naturaleza, que no ha sido sino un mecanismo de concentración de riqueza, de contaminación irreversible del medio ambiente, de fortalecimiento de la pobreza, de ahí que Alberto Acosta denomine a este mecanismo como la “maldición de la abundancia”<sup>18</sup>. Por su lado, la plurinacionalidad que va de la mano de la interculturalidad es un llamado a recuperar y a crear una utopía nuestra, pre hispánica, a mirar a nuestras raíces profundas y a lo que ha resistido después de tantos años de colonización política, cultural, económica y social. Si se toma en serio la plurinacionalidad, la estructura del estado debe ser diferente, la democracia representativa se complementaría con la comunitaria, el derecho se inspiraría, corregiría, se alimentaría, aportaría y más virtudes provenientes de la revalorización de saberes ocultos por el derecho indígena.<sup>19</sup>

(2) La transmisión de la teoría requiere profundos cambios. Existe mucha resistencia a una teoría que, de ser asumida y aplicada, cambiaría los ejes del poder. De ahí, que se la intente invisibilizar y menospreciar. En el campo del derecho significa el desplazamiento de una cultura que gira alrededor del dere-

cho privado y de su estudio memorístico, casi como si fuera un dogma incuestionable, del derecho a la propiedad y del ser humano que gira alrededor de ella, como si lo importante fueran los bienes y no los sujetos. La enseñanza debe centrarse en las personas, los colectivos y la naturaleza y en ella el derecho privado es una parte y no la más importante.

Las metodologías de enseñanza también tienen que cambiar. Si bien los juristas hemos estado con la cabeza en las nubes, es momento de tener los pies en la tierra. El derecho debe dejar de ser sólo descrito y por personas neutras, que lo que la dogmática jurídica ha promovido tradicionalmente, comenzar a ser valorado y por personas comprometidas con la transformación. La Constitución y las demás normas jurídicas deben ser interpretadas y aplicadas de tal forma que protejan y emancipen a los más débiles de las relaciones jurídicas. Esto implica que los juristas no sólo deben aprender a realizar análisis semánticos de las normas sino que deben aprender a mirar y a conocer la realidad, con las múltiples metodologías que han desarrollado las ciencias sociales.

La transmisión de la teoría no debe estar desvinculada de la práctica. Como siempre recordaba el maestro Paulo Freire, praxis sin teoría son palos de ciego y teoría sin praxis es inútil. De ahí que las facultades de derecho deban producir pensamiento y ofrecer espacios para que realmente se difunda la teoría,

18 Véase Alberto Acosta, *La maldición de la abundancia*, Abya Yala, Quito, 2009.

19 Véase Raúl, Llasag Fernández, “Plurinacionalidad: una propuesta constitucional emancipatoria”, en Ramiro Avila Santamaría (Editor), *Neoconstitucionalismo y sociedad*, Serie Justicia y Derechos Humanos, V&M Gráficas, Quito, 2008.

y no meros reproductores de normas jurídicas, y crean los espacios para la práctica asistida. Yo siempre he sido un promotor de lo que se ha conocido como la “rural de los abogados” que consiste en dos momentos. El uno es que todos los estudiantes de derecho deben brindar servicios jurídicos durante la carrera de jurisprudencia y, al finalizar, deben trasladarse a lugares donde el acceso a la justicia ha sido denegado por barreras físicas, económicas o sociales. En la primera parte están siendo asistidos por profesores y se enfrentan a la resolución de casos reales. En la segunda parte deben percibir con sus ojos, mentes y corazones la realidad profunda de nuestro país y mirar las cotidianas y sistemáticas violaciones a sus derechos. Alguna vez al dar una charla en una universidad privada, me preguntaban qué es lo que iban a hacer los graduandos si es que en el lugar no había jueces ni notarios. La pregunta denotaba la idea de que los únicos conflictos jurídicos que pueden captar los abogados se relacionan con la aplicación del Código Civil y del derecho a la propiedad. Yo sugería, en la respuesta, que precisamente de eso se trataba, de poder traducir la realidad a conflictos de derechos fundamentales en los que seguramente la falta de jueces es una de las violaciones, otras se relacionarán con la desnutrición, la mortalidad infantil, la calidad de la educación, la falta de agua para el riego, la violencia doméstica, la discriminación, la crimi-

nalización de la pobreza y mil conflictos más que la gente no los ve como problemas jurídicos simplemente porque no conocen sus derechos.

Un conocimiento aprendido en los libros, los derechos, las entrevistas, en la realidad, sin duda germinará en un Derecho que no dejará de transformar. De este modo, cambiando la cultura jurídica, cambia la realidad en lo que toca. Más de un jurista, con una renovada y crítica cultura jurídica, seguramente no se prestará para dar forma jurídica a actos de carácter arbitrario y que tengan como consecuencia la violación de derechos.

Este ideal de enseñanza jurídica no se puede seguramente pedir, con el compromiso que el Ecuador demanda, a todas las universidades. Habrá unas, privadas, que legítimamente promuevan el ejercicio del derecho empresarial, financiero o privado. Pero esta perspectiva es imperdonable en las universidades públicas, que reciben fondos del Estado y que deben estar comprometidas con el cambio y con la consideración de que el derecho es realmente un instrumento de opresión o emancipación. Si el derecho sigue tal cual, o sea invisibilizando las graves violaciones a los derechos y a sus titulares, este derecho está oprimiendo. Por el contrario, si el derecho aprende a mirar la dura realidad de nuestras sociedades asimétricas y a servir al más vulnerable, entonces el derecho puede ser un potente instrumento de emancipación y transformación social.<sup>20</sup>

20 Véase más detalles sobre estas afirmaciones en Ramiro Avila Santamaría, “Cultura jurídica, facultades de derecho y función judicial”, en Santiago Andrade y Luis Avila, *La Transformación de la Justicia*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie Justicia y Derechos Humanos, 2009.

(3) La aplicación de la teoría tampoco puede ser neutra o avalorativa. En la aplicación de la teoría estamos todos, asesores, litigantes, operadores de justicia, autoridades públicas, académicos. Existen personas que por dinero, cumplimiento de un contrato, ejercicio de sus funciones burocráticas, ejercen el derecho en función de intereses privados o en función de una práctica inquisitiva y burocrática. Estas personas mantienen el *status quo* y seguramente su alteración podría significar cambios sustanciales a sus formas de vida. El constitucionalista transformador está conciente de lo poderoso que puede ser el derecho para mantener la realidad o para transformarla, conoce la realidad y se inquieta, y cuando le toca aplicar la ley, busca las normas más favorables a los derechos, las llena de contenido, interpreta creativamente y ofrece soluciones posibles que tienen que ver con el cambio.

Que estoy soñando no lo dudo. Que sin sueños nunca ha habido cambios, tampoco lo dudo. Que la tendencia del derecho es ser conservadora, que alaba el pasado y que está de lado del más poderoso, tampoco lo niego. Que el derecho más de una vez ha sido producido por procesos profundos de cambio, que las personas y los movimientos sociales tarde o temprano utilizan el derecho para sus conquistas y reivindicaciones, no puede ser dejado de lado. Que la teoría, la transmisión y la aplicación es un espacio de disputa, es una realidad con la que hay que convivir y luchar. Que hay un momento en que la vida nos pone ante un caso que puede ser importante y es donde se mide nuestro saber, compromiso y poder transformador.

Siempre me acuerdo algún artículo que leí a propósito de los cincuenta años del caso Brown contra el Board of Education, que en los años sesenta transformó, al menos jurídicamente, la manera de concebir las relaciones entre blancos y afrodescendientes. En ese artículo se decía que no era casual que en ese momento histórico, en que aparentemente coincidían un demandante inquieto, el Sr. Brown al que le negaron la matrícula de su hijo en una escuela para blancos que quedaba cerca de su domicilio, un abogado inquieto, “transformador” diría, que más tarde se convertiría en un prestigioso magistrado de la Corte Suprema de los EEUU, el Sr. Marshall, y un juez que aparentemente comulgaba con los ideales republicanos-conservadores, el Sr. Warren. Tres hombres que, quizá en otras circunstancias pasaban desapercibidos, lograron uno de los precedentes más importantes en la jurisprudencia norteamericana que tenía la intención de cambiar un sistema social basado en la segregación. Lo que quiero decir es que la aplicación y las personas a quienes les corresponde hacerlo juegan un papel fundamental en el cambio. A más personas sensibles, teorizadas, entrenadas para interpretar y aplicar de forma comprometida las normas de derechos fundamentales, sensibles ante la realidad de las personas que más sufren, más posibilidades para el cambio.

(4) La teoría, la enseñanza y la aplicación del derecho siempre tienen una intencionalidad, aunque a veces no sea explícita. Cuando les pedimos a nuestros juristas que idealicen al legislador y a la ley, que se aprendan de memoria las normas y no las cuestionen, que apliquen mecánicamente la ley, en el fondo la in-

tencionalidad es mantener y reproducir la realidad tal cual la vivimos. Ni más ni menos. Metidos en nuestra burbuja la realidad no nos afecta ni nosotros alteramos la realidad. Esta forma de comprensión del derecho puede ser muy funcional para la acumulación de riquezas y chances sociales, para evitar sentir culpa cuando realizamos actos corruptos, para no complicarnos la vida.

El derecho solo tiene sentido, como enfáticamente lo sostiene Ferrajoli<sup>21</sup>, si es que es útil para evitar el dolor o amminorarlo. De ahí su obsesión por construir una teoría integrada del derecho con la sociología y la filosofía y un sistema de garantías que sea eficaz para eliminar todas las contradicciones entre los derechos fundamentales reconocidos en las constituciones democráticas contemporáneas y la realidad de su incumplimiento. El rol del jurista, en este sentido, es encontrar y denunciar las lagunas que existen entre realidad y sistema jurídico, y colmar esas lagunas con garantías.

La intencionalidad entonces debe ser siempre crítica, entendiendo por crítica el compromiso con los más débiles, vulnerables, sometidos, excluidos... en fin, como decía Galeano, con los “nadies, que valen menos que las balas que los mata”, y con la transformación de su realidad.

La realidad no es fácil de comprender en un contexto global y colonial, donde las fuerzas que oprimen a veces son imperceptibles y son transnacionales, de ahí que el esfuerzo por teorizar y por encontrar el mejor y más adecuado derecho no sea fácil.

## Los retos

Todo lo anterior tiene sentido para afirmar el título de este ensayo: el cambio de personas no garantiza el cambio de la justicia, como parece apostar la reforma planteada por el gobierno de la revolución ciudadana. Las personas, en este caso los juristas que reemplazarán a los operadores de justicia, vienen cargados de una cultura jurídica nominalista e inquisitiva. De esto estoy seguro porque trabajo en varias universidades del país y no he dejado de dar clases desde los años noventa.

Aprecio tanto a la Constitución del 2008 y a la teoría neoconstitucional que la explica, a pesar de que es un debate no cerrado o una teoría no acabada y hasta contradictoria en muchos aspectos, porque como nunca antes desde que soy abogado, he podido sentir aires frescos de discusión y debate, interés en la teoría, rupturas de esquemas, posibilidades de hacer justicia y sentir que el derecho realmente puede transformar. Más de una vez he escuchado a estudiantes, cansados y decepcionados por un derecho en burbuja, decir que realmente el derecho puede asociarse con la justicia.

El reto es enorme por el cambio de cultura y por suerte tenemos una Constitución que, aún si es para criticarla, ha removido el pensamiento jurídico anquilosado. Es decir, la teoría neconstitucional está regándose firmemente por las facultades y librerías. Cada vez hay más libros, más foros, más maestrías, más debates. El derecho no es indiferente a la

21 Véase Luigi Ferrajoli, “La crisis del paradigma constitucional”, en Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo, *El canon neoconstitucional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, pp. 145-155.

realidad. Sin embargo, todavía estamos en una fase de transición en la que la Corte no ha dado su mejor potencial, los jueces no han hecho las mejores sentencias, los juristas no hemos publicado nuestras inquietudes ni nuestros mejores ensayos, las facultades de derecho no han cambiando sus planes de estudio... Queda mucho por hacer.

Lo cierto es que podría cambiar la justicia sin cambiar a una sola persona (salvo de esta afirmación a las personas corruptas que en cualquier sistema, aplicando cualquier teoría, van a preferir el beneficio personal que la justicia sustancial), si es que cambia la cultura jurídica. Cuando en Chile cambiaron el sistema inquisitivo por un sistema penal adversarial, la gran mayoría de las personas permanecieron en sus cargos. Es un error pensar que por ser gente joven se tiene una nueva cultura jurídica. Me encantaría equivocarme, y pensar, por ejemplo, que las personas recién graduadas tienen teorías renovadas, que por el solo cambio de Constitución tenemos herramientas que están siendo implementadas, que solo cambiando personas cambia la jus-

ticia, que las personas izquierdistas o "revolucionarias" están comprometidas y tienen la teoría necesaria para el cambio. Pero, como se dice, "conozco a mi gente". He visto, como he dicho al principio de este ensayo, gente joven terriblemente conservadora, indígenas que detestan y niegan su sistema jurídico ancestral, activistas que apuestan por el sistema represivo penal como forma de solución de los conflictos sociales, constitución que no se entiende y rechaza por no tener categorías conceptuales actuales y adecuadas, izquierdistas y revolucionarios que teniendo ideas de izquierda son profundamente conservadores en la concepción del derecho.

El cambio de cultura, que va de la mano con la adecuada interpretación y aplicación de la Constitución, es indispensable si queremos hacer transformaciones profundas en la justicia. Sólo así cambia el sistema, de lo contrario, el sistema absorbe a las personas, por revolucionarias o jóvenes que se crean. Cambiemos la forma de pensar de las personas, no unas personas por otras con el mismo pensamiento.