

## Teoría de la justicia para el constitucionalismo ecuatoriano contemporáneo

Theory of justice for contemporary  
Ecuadorian constitutionalism

Luis Cargua Ríos\*

### Resumen

*Ecuador, con un proceso constituyente encarnado en una Asamblea Nacional Constituyente, con el anuncio de la emisión de una nueva Constitución política sometida a referéndum al pueblo ecuatoriano, aspira así a superar una década de sucesivas crisis políticas de conflicto entre ejecutivo y legislativo.*

*Desde este contexto, el autor ubica al lector en el escenario de la justicia, concepto y relaciones, es así como surge la pregunta con la que inicia el texto: ¿Qué es justicia?, si esta es el camino que conduce hacia la felicidad, ¿Qué es la felicidad?, si para Kelsen “la justicia es la felicidad social garantizada por un orden social”, al mismo tiempo le lleva entonces a preguntarse, ¿Qué significa un orden social justo?, y es precisamente la construcción de un orden social justo, lo que ocupa el desarrollo de este trabajo. Avanzando en el diseño de un orden social justo o de instituciones justas, el desarrollo del texto comprende planteamientos desde Platón hasta grandes exponentes de la filosofía social contemporánea, como John Rawls y Jürgen Habermas.*

### Palabras clave

*Justicia, felicidad, orden social justo, pluralidad, derecho y filosofía.*

---

\* Sociólogo ecuatoriano.

**Abstract**

*Ecuador, with a constituent process embodied in a Constituent National Assembly, with the announcement of the issuance of a new Constitution submitted to a referendum the people of Ecuador, aiming thus to overcome a decade of successive political crises of conflict between executive-legislative branches.*

*From this context, the author places the reader in the scenario of justice, concepts and relationships, this is how the question arises which starts the text: What is Justice? If this is the path that leads to happiness, what is happiness? , if for Kelsen "Justice is social happiness guaranteed by a social order", at the same it leads then him to ask himself, what is a fair social order? And it is precisely the construction of a fair social order, which takes the development of this work. Advancing in the design of a fair social order or fair institutions, the development of this text includes approaches from Plato to great exponents of contemporary social philosophy, as John Rawls and Jürgen Habermas.*

**Key words**

*Justice, happiness, fair social order, plurality, right, philosophy.*

1.- Qué es justicia? Ha sido la interrogante que ha preocupado no solo a juristas sino a filósofos de todos los tiempos, aunque la materialización o no de la existencia de la justicia la ha tenido que disfrutar o sufrir el hombre de ayer, el de hoy, y lo soportará el de mañana; a pesar de ello es una pregunta que sigue sin respuesta o al menos sin respuesta única, pues múltiples han sido los acercamientos intelectuales para arribar a un concepto de justicia válido para la sociedad y que al menos esté basado en esfuerzos científicos ya sea desde la filosofía o desde el derecho. Si la justicia interesa a la filosofía y al derecho teorizar sobre la justicia, es propiamente dar contenido a la filosofía del derecho; en otras palabras, la justicia en último término es el telos de la filosofía del derecho.

2.- Resulta difícil un acercamiento teórico propio y específico de la justicia, pues inmediatamente nos conduce y nos ubica en el camino de la búsqueda de la felicidad que los individuos y la humanidad han trazado a lo largo de la historia. En efecto, desde Platón hasta algunos teóricos modernos se ha identificado el mundo de la felicidad como aquel en que reina la justicia y no solo a nivel terrenal sino en el mundo de la divinidad o de las divinidades de las sociedades antiguas, de ahí que no es sin sentido que en la divinidad griega Temis, la diosa de la justicia, desempeñaba un rol trascendente pues era quien convocaba a los dioses para sus deliberaciones.

Según Platón, la vida más justa es la más agradable y solo el hombre justo es feliz en el entendido que lo es quien cumple las leyes. Sin embargo, converger la justicia con la felicidad, en últimas es seguir manteniendo la misma interrogante, pues, entonces, ¿qué es la felicidad? y así seguiríamos manteniéndonos todavía en el plano de la formulación de una pregunta sin empezar todavía su respuesta o mejor dicho su aproximación teórica.

3.- Para avanzar en su planteamiento teórico y sin olvidar su concepción original distributiva de dar a cada quien lo suyo, es menester pasar de una concepción subjetiva o individual de la justicia hacia una concepción objetiva o social de la misma, pues si la búsqueda de la justicia es la eterna búsqueda de la felicidad humana, debemos aceptar que el individuo no puede encontrarla por sí solo y por eso la busca en la sociedad, lo que lleva a Kelsen (1881-1973) a decir que “la justicia es la felicidad social garantizada por un orden social” y al mismo tiempo le lleva entonces a preguntarse, qué significa un orden social justo? Significa que este orden social regula la conducta de los hombres de un modo satisfactorio para todos, es decir, que todos los hombres encuentran en él la felicidad.

Y es en este enfoque social cuando empieza el planteamiento teórico de la justicia con la crudeza que lo caracteriza, pues ha sido y es evidente que no habiendo un orden que haga feliz a todo el mundo, no puede existir un orden plenamente justo,

pues en lo social no desembocan individuos aislados ni individuos en agregación o en armonía sino también y principalmente individuos y grupos en conflicto, a tal punto que en ciertos casos es inevitable que la felicidad de un individuo esté en contradicción con la de otro y ante tal disyuntiva, un orden social que pretenda ser justo al menos debe procurar dar la mayor felicidad posible al mayor número de individuos y debe hacer que lo justo se imponga sobre los intereses contradictorios superando con justicia el conflicto, pues quizá ante la presencia del conflicto es que la justicia expresa su máximo vigor, pues para el mismo Kelsen “donde no existen intereses en conflicto no se necesita la justicia”; y al hablar de conflicto prácticamente nos proyectamos hacia la vida social en su conjunto, ya que puede decirse que hay conflicto de intereses no solo cuando hay choque directo entre ellos sino cuando una necesidad solo puede satisfacerse a expensas de otra, o cuando habiendo una escala de valores no es posible poner en práctica dos valores al mismo tiempo, siendo necesario decir y decidir cuál es el valor superior o más importante. Valga aquí mencionar que la función de los tribunales contemporáneos es, de manera simple y a la vez trascendente, la de pronunciarse por la supremacía de uno u otro valor en conflicto.

4.- Ya ubicados en un enfoque social de la justicia, es oportuno aquí acoplar el aporte sociológico de Max Weber (1864-1920), quien con gran precisión distingue lo social de lo simplemente plural, basándose en los conceptos de acción social y relación social.

La acción social se orienta por las acciones pasadas, presentes o esperadas de otros, es decir que no toda clase de contacto entre los hombres tiene carácter social, sino solo la acción con sentido propio dirigida a la acción de otros; así, en el choque fortuito de dos ciclistas hay un simple suceso, pero en el intento de evitar el encuentro hay una acción social.

Por su parte, la relación social es la conducta plural, es decir, de varios, que por el sentido que encierra se presenta como recíprocamente referida u orientada por esa reciprocidad del tipo que fuese: ya sea relación social de “lucha” para imponer la propia voluntad contra la resistencia de la otra parte; ya sea relación social de “lucha pacífica”; ya sea relación social de “competencia”; o, principalmente, ya sea relación social de “comunidad” cuando la actitud en la acción social se inspira en el sentimiento afectivo o tradicional de los partícipes de constituir un todo; o ya sea finalmente relación social de “sociedad”, cuando la actitud en la acción social se inspira en una compensación de intereses por motivos racionales de fines o de valores, o se inspira en una unión de intereses de igual motivación.

Si bien pueden persistir segmentos comunitarios en la trama de relaciones sociales de las sociedades modernas, son la compensación de intereses o la unión de intereses las características esenciales de las sociedades modernas; sin unión o sin

compensación de intereses, las sociedades simplemente se desintegrarían. Acaso el actual telos de la justicia no debería ser el de buscar aquella compensación sin un mínimo de la cual imperaría la injusticia?; hasta dónde la función de la sanción civil o la sanción penal pueden adecuarse a la necesaria compensación que requieren las sociedades actuales?

Si la justicia debemos buscarla en un orden social justo, hay que diseñarlo; y para ello no basta el acercamiento sociológico a las conductas de los individuos y de los grupos o la fría búsqueda de mecanismos de compensación de sus intereses, sino que es indispensable diseñar reglamentaciones sociales (externas a las conductas) o regulaciones sociales (que afectan a los factores internos de las conductas); en suma, diseñar instituciones e implementarlas, ajustarlas y mantenerlas siempre y cuando propicien la justicia.

5.- Pero diseñar un orden justo no es sencillo, quizá lo es en la teoría pero no en la práctica social, en todo caso es una tarea paradójica, pues proclamar la justicia plena igualitaria e intentar aplicarla en la totalidad social, puede generar un ambiente de adormecimiento del espíritu humano de libertad y de esfuerzo por el progreso individual lo cual sería injusto. Intentaré explicarme recurriendo a Tonnies (1855-1936) quien influenciado de una escuela psicológica de las ciencias sociales, analizó los fundamentos síquicos de las relaciones sociales, mientras que sus contemporáneos juristas Von Ihering y Gierke buscaban en su campo los fundamentos síquicos del derecho.

6.- Según Tonnies, de los múltiples criterios clasificatorios de las sociedades modernas, podemos clasificarlas según impere en ellas el sentido de la amistad o el sentido de la justicia.

En las sociedades que se orientan por el sentido de la amistad, su dinámica social, especialmente la movilidad y ascenso de sus asociados, depende en última instancia del ámbito y del nivel de relaciones y de amistades que un individuo pueda tener, mientras un individuo es relacionado, más puede ascender y progresar, lo cual es una evidente injusticia frente a los asociados que por no tener suficientes y buenas relaciones quedarían en la exclusión y rezagados del progreso, de las oportunidades y del bienestar.

Por su parte, las sociedades cuyo funcionamiento se orienta por el sentido de la justicia o de la igualdad plena, procuran dotar a todos los asociados de los mismos beneficios facilitándoles los bienes y servicios que todos necesitan; vale decir que en estas sociedades los individuos encontrarían al nacer todo ya dado, y al crecer con todas sus necesidades seguras de ser satisfechas, ya no requerirían de esfuerzo para progresar y lograr bienestar, pues está ya todo dado; pero al no necesitar

esforzarse para el progreso, el individuo puede perder el sentido de libertad para escoger y para forjar su propio destino, volviéndose rutinario y poco dinámico, lo cual tampoco es justo o al menos no es un contexto de plena justicia con libertad. Acaso esto puede explicar en parte la desaparición de las sociedades comunistas de planificación económica centralizada? Ambos sentidos-guía, el de la amistad y el de la justicia, expresados en sus extremos, al final son injustos.

7.- Se trata entonces de diseñar un orden social tal que no sacrifique la libertad individual en nombre de un supuesto bienestar material general, ni sacrifique este en nombre de una falsa libertad; he ahí el reto del diseño de un orden social justo, y todo ello en democracia y en democracia constitucional, pero de qué características? La sola democracia representativa no fue suficiente, como tampoco lo es la simple proclama de una democracia participativa, se requiere de una democracia deliberativa, de la cual hablaremos más adelante.

Avanzando al diseño de un orden social justo o de instituciones justas en el marco de una democracia deliberativa, me referiré a dos de los grandes exponentes de la filosofía social contemporánea, John Rawls y Jürgen Habermas; pero antes cabe mencionar a los precursores que anunciaron los mismos propósitos pero en el ámbito jurídico, me refiero a los franceses Leon Duguit y Maurice Hauriou, que aportaron en los inicios del siglo pasado.

8.- La denominación de los títulos de las principales obras de Duguit evidencian la crisis y la necesidad de cambios que requería el derecho, especialmente el derecho público en los inicios del siglo pasado: “La transformación del estado”, “Las transformaciones generales del derecho privado” y “Las transformaciones del derecho público”, siendo esta última obra la que mejor proclama el giro que debe darse al Estado no entendiéndole únicamente como un ente de poder y de autoridad, sino como un ente de servicio a los ciudadanos; de aquí se gesta la noción de servicio público, asignando al Estado la obligación de prestarlos o suministrarlos adecuadamente y por lo tanto atribuyéndole al Estado no la titularidad de derechos sino principalmente atribuyéndole deberes y obligaciones ante los ciudadanos; en otras palabras ya no se trata del solo poder de mando del Estado, sino de su obligación de servir, pues si se reconoce un poder a los gobernantes no es en virtud de un derecho primario de poder público, sino en razón de los deberes que cumplen, el poder no existe más que en la medida en que el poder cumple sus deberes y obligaciones de servicio público, y por lo tanto el derecho público no es sino el derecho objetivo de los servicios públicos. Al Estado hay que verlo como sujeto de obligaciones antes que como sujeto de derechos, no es su requisito ser una persona jurídica y si se lo concibe como tal, sería un ente de doble personalidad, y si bien no se niega su personalidad, debe eso sí limitarse su dominio. Esta es la diferencia con la concepción anterior del Estado como *imperium*, en la que era indispensable

que el Estado fuera una persona, ya que siendo un derecho el poder público requería un sujeto de ese derecho.

Por su parte, Hauriou es el creador de la teoría de la institución para quien una institución es una idea de obra o de empresa que se realiza y permanece jurídicamente en un medio social, acepta que hay un poder que manda, pero de ningún modo es un derecho subjetivo pues no hay persona jurídica titular de ese derecho de poder, pues tal poder no es sino un poder de dominación que desde luego tiene su función propia que es la de crear el orden y la estabilidad. Ve en el poder soberano una función más no un derecho subjetivo, por lo tanto la idea de personalidad no es indispensable sino cuando se trata de representar al Estado como sujeto de derechos. Por lo tanto es un gran error ver en el uso del poder un ejercicio de derechos.

9.- Volviendo a Rawls, en su teoría de la justicia sostiene que los principios de la justicia no se aplica acciones particulares sino a la estructura básica de la sociedad es decir a las instituciones fundamentales que regulan las relaciones entre individuos y entre ellos y el poder del Estado. Sostiene que no basta que tales instituciones sean ordenadas y eficientes sino que por sobre todo deben ser justas y si no lo son deben ser “reformadas o abolidas”, en suma la justicia debe ser la primera virtud de las instituciones sociales; entonces la pregunta concreta que ahora aparece es: ¿cuándo una institución funciona de un modo justo?

Rawls se ubica en un neocontractualismo cuyo contrato hipotético tiene como objetivo último el establecimiento de ciertos principios básicos de justicia a aplicarse en relación con la estructura básica de la sociedad en cuanto modo en que las instituciones sociales más importantes (constitución política, principales disposiciones económicas y sociales) distribuyen los derechos y deberes fundamentales y determinan la división de las ventajas provenientes de la cooperación social, cuya resultante es una sociedad bien ordenada en la que no existe ni una extrema escasez ni una abundancia de bienes, en donde las personas son más o menos iguales entre sí, aún en su vulnerabilidad, es decir no hay unos pocos privilegiados invulnerables frente a la generalidad de ciudadanos vulnerables.

La elección de los principios de justicia debe darse en condiciones procedimentales imparciales (no sesgados hacia intereses específicos particulares) a fin de garantizar que conduzcan a un sistema de justicia como equidad, cuyos principios resulten de una elección realizada por personas libres, racionales y auto interesadas (no envidiosas) situadas en una posesión de igualdad. Para modelar tales condiciones Rawls recurre a la denominada la “posición original”, respecto a la cual hay que determinar de modo muy preciso como se la va a construir, ya que desde ella se van a definir los principios de justicia que habrán de organizar a la sociedad. Sin embargo tales individuos en la posición original están situados detrás de un “velo

de ignorancia” que les impide conocer su lugar de clase o su status social, su verdadera inteligencia, su fuerza, la identidad de su raza, la pertenencia a su generación, su potencialidad de capacidades naturales, etc; es decir carecen de información para orientar la decisión en su propio favor, pero no por ello han perdido lo intuitivo de la equidad, por lo tanto tales individuos imaginarios se encuentran motivados por obtener al menos cierto tipo particular de “bienes primarios” básicos indispensables para satisfacer cualquier plan de vida. Tales bienes primarios pueden ser de tipo social directamente distribuidos por las instituciones sociales (riqueza, oportunidades, derechos) o de tipo natural que no son distribuidos directamente por las instituciones sociales (talento, salud, inteligencia). En tales condiciones de posición original, en todo caso los sujetos terminarían comprometiéndose con los dos principios de justicia básicos siguientes: a).- Cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas iguales que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás; b).- Las desigualdades sociales y económicas habrán de ser conformadas de modo tal que a la vez que se espere razonablemente que sean ventajosos para todos, se vinculen a empleos y cargos asequibles para todos; de esto último se deriva el denominado “principio de diferencia” por el cual las desigualdades sociales y económicas han de ser dispuestas de manera que sean para el mayor beneficio de los menos beneficiados.

En esta concepción hipotética de Rawls subyacen elementos de una democracia deliberativa en que los individuos debaten.

10.- Habermas con su teoría de la acción comunicativa, de frente se orienta hacia una democracia deliberativa, incluso desde sus conceptos iniciales respecto a que la práctica social está constituida por interacciones comunicativas, hasta la proclama de que solo la discusión colectiva en la búsqueda cooperativa de la verdad es la forma confiable de acceder al conocimiento moral, se nota que es una concepción que no acepta que hayan minorías aisladas, aunque la composición de mayorías y minorías cambie con las diferentes materias, y que exige que todas las partes interesadas participen en la discusión y decisión, pues la verdad no surge necesaria y mecánicamente de la sola mayoría sino del debate, escuchando aún a la minoría, pues no siempre el eslogan “vox populi, vox dei” es el correcto, al contrario, puede ser demagógico. La democracia no puede ser la simple regla de la mayoría, tiene que ser la deliberación o el plebiscito diario de la sociedad. Vale traer un ejemplo figurado que el profesor Roberto Gargarella expone para demostrar que no siempre la decisión mayoritaria y sin debate es la más justa y la más correcta: en una sala las decenas de concurrentes de pronto deben manifestarse respecto a si se permite o no fumar cigarrillo; una abrumadora mayoría que no tiene dificultades se pronuncia por el sí fumar, pero la ínfima minoría de un individuo se pronuncia por el no fumar; de aplicarse sin más la regla de la mayoría, la sala democráticamente decidiría si fumar, sin importar la suerte del individuo minoritario; pero si al menos



se le permite exponer sus razones al individuo minoritario quien manifiesta que ante su seria enfermedad pulmonar el humo del cigarrillo poco menos que le provocaría casi la muerte, seguramente haría reflexionar a la mayoría y muy probablemente democráticamente la sala se pronunciaría por el no fumar; he aquí la importancia y la trascendencia de al menos escuchar a la minoría.

Si esta concepción la ampliamos a la sociedad democrática en su conjunto, surge la necesidad de implementar la democracia deliberativa mediante mecanismos y figuras de nivel constitucional. Retomar la democracia directa que fue en sus orígenes, entendiéndola no solo como un mecanismo electivo sino sobre todo como una virtud que impregna a los individuos y a la sociedad, y que por lo tanto exige de mecanismos de superación de la apatía política, que entabla una comunicación colectiva y de debate público, y que moldea el poder descentralizándolo en la geografía y descendiéndolo a sus verdaderos titulares que son los ciudadanos, lo cual exige una democratización de los mecanismos de gestación de la representación, vale decir de los sistemas electorales, que al menos en el Ecuador no han sido de los más adelantados en comparación a otros países de la región.

11.- Desde luego que no hemos pretendido ni de lejos agotar una teorización de la justicia pero sin duda no nos equivocamos al decir que los intelectuales contemporáneos que abordan el tema de la justicia han gestado importantes enfoques, principios y conceptos que, por supuesto, y de haber agentes de poder con suficiente cualidad receptiva, definitivamente son aportes útiles para el diseño de un orden social justo, especialmente en momentos críticos de determinados países y concretamente en el Ecuador, que actualmente vive un proceso constituyente, encarnado en una Asamblea Nacional Constituyente que ha anunciado para el próximo 24 de mayo la emisión de una nueva Constitución política que será sometida a referéndum al pueblo ecuatoriano, aspirando así superar una década de sucesivas crisis políticas de conflicto entre ejecutivo y legislativo y que en medio de reacciones de sectores sociales han sido derrocados tres gobiernos democráticamente electos, aun a pesar de que la actual Constitución, fruto de una Asamblea Constitucional, rige apenas desde 1998.

Es irrelevante que la actual Asamblea Nacional Constituyente no sesione en la capital sino en una provincia, pero sin duda que le sería saludable insumir los elementos de la teoría de la justicia y de la concepción de la democracia deliberativa, practicando sobre todo el debate en su interior, y para ello la responsabilidad recae principalmente en el sector político mayoritario afín al Gobierno, y ciertamente el debate es indispensable a pesar del tiempo reducido de que dispone.

Si bien metodológicamente es correcto que el grupo mayoritario de la Asamblea Constituyente haya propuesto y aprobado lo que será la estructura de la nueva

Constitución en cuanto a sus títulos y capítulos, a fin de conducirse con una visión global del cuerpo normativo constitucional, ello no debe significar que se eluda el debate, que por su propia naturaleza jurídica y política requieren todos y cada uno de los temas constitucionales ya sea de su parte dogmática o de su parte orgánica.

La realidad sociopolítica del Ecuador en su última década ha sido de divorcio con respecto a la norma constitucional en lo político, si la realidad política se ha comportado fuera de lo previsto en la norma constitucional, caben dos alternativas, o procuramos transformar la realidad ordenándola para que se adecue a la norma, o cambiamos la norma para que se adecúe a la realidad reordenándola; mediante plebiscito el Ecuador decidió lo segundo, y ciertamente nuestro país requiere un nuevo orden constitucional, que asuma en consenso y con técnica constitucional la implementación amplia de la justicia en todos sus aspectos especialmente en materia económica, pues las crisis antes mencionadas condujeron incluso a erradicar la moneda nacional.