

El neoconstitucionalismo en el Ecuador

Regis Parra



ESPOCH
2019

EL NEOCONSTITUCIONALISMO EN ECUADOR

EL NEOCONSTITUCIONALISMO EN ECUADOR

REGIS PARRA



EL NEOCONSTITUCIONALISMO EN ECUADOR

©2019 Escuela Superior Politécnica de Chimborazo

Panamericana Sur, kilómetro 1 ½
Dirección de Publicaciones Científicas
Riobamba, Ecuador
Teléfono: (593 03) 299 8200
Código postal: EC0600155

Aval ESPOCH

Este libro se sometió a arbitraje bajo el sistema de doble ciego

(peer review)

Corrección y diseño

La Caracola Editores

Impreso en Ecuador

Prohibida la reproducción de este libro, por cualquier medio, sin la
previa autorización por escrito de los propietarios del *copyright*.

CDU:342

EL NEOCONSTITUCIONALISMO EN ECUADOR

Riobamba: Escuela Superior Politécnica de Chimborazo

Dirección de Publicaciones, 2019

140 pp. vol: 17 x 24 cm

ISBN: 978-9942-35-647-5

1. Derecho Constitucional
2. Derecho Constitucional en el Ecuador
3. Nueva Constitución del Ecuador (2008)

CONTENIDO GENERAL

EL NEOCONSTITUCIONALISMO EN ECUADOR	6
Introducción	6
CAPÍTULO I. LA CONSTITUCIÓN COMO FENÓMENO POLÍTICO NORMA- TIVO PROPICIO PARA EL CONTROL POLÍTICO Y LA SALVAGUARDA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	13
I.1.- Significado y rol de la Constitución. Acercamiento histórico.....	13
I.1.1. El neoconstitucionalismo como reabordaje del contenido y alcance de las constituciones.....	22
I.2. Poder, Derecho y Constitución: relación desde los paradigmas neocons- titucionales.	27
I.3. La concepción normativa de la Constitución bajo paradigmas neocons- titucionales	35
I.4. Los derechos fundamentales en el neoconstitucionalismo: ejes del con- trol en la relación individuo - comunidad política	40
Conclusiones parciales.....	47
CAPÍTULO II. LA ACTUACIÓN JUDICIAL EN EL NUEVO CONSTITUCIONA- LISMO	48
II.1. Los modelos de la interpretación jurídica: hasta la propuesta neocons- titucional	48
II.1.2. El rol del juez en la organización pre moderna y el iusnaturalis- mo	48
II.1.3. La organización judicial y el positivismo.....	51
II.1.4. La organización posmoderna y la propuesta neoconstitucional	55
II.2. La interpretación de la Constitución bajo el esquema neoconstitu- cional.....	59

II. 4. El activismo judicial y la legitimidad democrática, en el Estado constitucional de derechos y justicia.	64
Conclusiones parciales.....	73
CAPÍTULO III. PRESUPUESTOS QUE CONDICIONAN LA ACTUACIÓN JUDICIAL EN EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO ECUATORIANO	75
III.1. El Constitucionalismo en Latinoamérica y Ecuador.....	75
III.1.1.La constitucionalización de un modelo alternativo de desarrollo.	78
III.1.2. La dialéctica social y los actores del cambio en la sociedad ecuatoriana	83
III.2.Cambios cualitativos del Estado liberal, al Estado de justicia social en Ecuador	89
III.2.1. El Estado de justicia social en Ecuador: presupuestos de las actuaciones jurisdiccionales	94
III.3. Los presupuestos básicos de funcionalidad del Estado Constitucional de derechos y justicia en Ecuador.....	102
III.4. Influencia del neo constitucionalismo en la concepción del Estado Constitucional de derechos y justicia en la República del Ecuador	105
III.4.1. La interpretación constitucional en la República del Ecuador ..	115
Conclusiones parciales.....	124
CONCLUSIONES.....	126
RECOMENDACIONES.....	129
BIBLIOGRAFÍA.....	130

EL NEOCONSTITUCIONALISMO EN ECUADOR

INTRODUCCIÓN

La República del Ecuador aprobó una nueva Constitución el 28 de septiembre de 2008 a través de referéndum, la misma que, a diferencia de todas las constituciones en la historia republicana del país de más de 200 años, estableció que Ecuador es un Estado Constitucional de derechos y justicia. Esta declaración junto al extenso contenido de la carta magna¹, tiene diferentes fundamentos, entre los que se encuentran principalmente: la influencia de las corrientes neoconstitucionales, el pensamiento ancestral, la ecología, la economía social y solidaria, la concepción de la revolución ciudadana y la democracia participativa, todos con alto contenido teórico, recogidos por los constituyentes ecuatorianos de forma tácita o expresa, como valores o principios en calidad de cimientos constitucionales.

La trascendencia de la comunión de tales fundamentos, significan un cambio cualitativo que superan los contenidos del Estado social de derecho, reconocidos en la mayor parte del mundo occidental.

Con los cambios que introduce el neoconstitucionalismo en las más recientes constituciones latinoamericanas, se supera la noción moderna de Constitución, concibiéndose los fines de sus normas, no solo como límites al poder constituido, sino como resultado sucinto de los intereses y voluntad del poder constituyente expresado en los fines y objetivos que persigue el Estado. En ese sentido, es necesario distinguir entre la concepción del constitucionalismo occidental de inspiración europea, las posiciones del constitucionalismo inglés y las del constitucionalismo francés o latino, frente al cual se presentan cambios esenciales que influyen en la evolución del constitucionalismo latinoamericano. En relación con ello, el constitucionalismo no se limita a fórmulas retóricas, dedica sus principales esfuerzos a encauzar, limitar y ejercer un control² estricto del poder, funda-

1 La Constitución ecuatoriana de 2008, conocida como Constitución de Montecristi por el lugar donde se creó y laboró la Asamblea Nacional Constituyente, cuna del Gral. Eloy Alfaro Delgado, revolucionario y presidente de la República, cuyo legado le ha hecho merecedor de ser catalogado el mejor Ecuatoriano de la historia, se encuentra compuesta por 444 artículos divididos en 9 títulos con 30 disposiciones transitorias.

2 Corresponde a Karl Loewenstein el mérito doctrinal de haber destacado el lugar central que le corresponde a la teoría del control, en el Estado constitucional. Ver: Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*. (Barcelona, Ariel: 1983), pp. 149 y ss.

mento imprescindible para que pueda existir el Estado de derecho y el régimen democrático.³

La influencia del neoconstitucionalismo en la Constitución del Ecuador se aprecia en modificaciones al sistema jurídico tradicional: del Estado legislativo de derecho, al Estado constitucional de derecho; de la prevalencia del principio de legalidad como criterio exclusivo de existencia y validez del derecho, al principio de constitucionalidad como criterio rector de la juridicidad; de la reducción del derecho a la ley y el predominio de esta sobre las restantes fuentes del derecho, al reconocimiento de la fuerza normativa de la Constitución y el carácter obligatorio de la jurisprudencia emanada del máximo órgano de control, interpretación y administración de justicia en materia constitucional.

Como consecuencia de esas modificaciones, se da un acercamiento de las corrientes universales del derecho entre sí, de las que es menester destacar las concepciones relacionadas con el activismo judicial propias del modelo anglosajón, a partir de lo cual el llamado Estado legislativo ha dado paso al llamado Estado judicial o de gobierno de los jueces.

En el ámbito judicial, las corrientes neoconstitucionalistas han influido en el cambio de la naturaleza de la función judicial, que ya no se presenta como la simple sujeción del juez a la ley, sino extiende además el análisis crítico de su significado al control de la legitimidad constitucional,⁴ convirtiéndose de esta forma en un vehículo sustancial y no meramente formal, para la práctica de la justicia social.⁵ Es decir, actualmente se le “otorga a los jueces una inmensa capacidad de transformación de la sociedad por medio de la creación de nuevo derecho, función que aleja a los jueces de esa imagen de aplicadores mudos de la ley que la doctrina liberal clásica les había impuesto”⁶.

En ese contexto, esas nuevas concepciones encuentran dificultades de orden teórico y práctico que pueden afectar la funcionalidad del Estado, específicamente

3 Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho Constitucional Mexicano Comparado*, (México, Porrúa: 2005), p. 30.

4 Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los Derechos fundamentales. Debate con Luca Baccelli, Michelangelo Bovero, Riccardo Guastini, Mario Jori, Anna Pintone, Ermanno Vitale Danilo Zolo*, (Madrid, Trotta: 2013). p. 55.

5 Estrella Vintinilla, Pablo, *Filosofía, Derecho y Sociedad en América Latina*, (Cuenca, El Conejo: 2007), p. 60.

6 Montaña Pinto, Juan (editor), PORRAS VELASCO, Angélica, LOZADA PRADO, Alí, et al: “Apuntes de Derecho Procesal Constitucional”, Corte Constitucional para el período de transición, Tomo I, (Quito, 2011), p. 37.

EL NEOCONSTITUCIONALISMO EN ECUADOR

cuando es el juez y no el legislador quien debe desarrollar los principios constitucionales. El debate político se traslada desde los órganos legislativos a las cortes, y en consecuencia, el juez adquiere un poder que no ha sido totalmente delegado por el constituyente.

De esta forma, la influencia de las corrientes neoconstitucionales, en lo referente al análisis del ordenamiento jurídico ecuatoriano permite comprender la carta magna como un instrumento no solamente formal sino material, tal cual lo analiza PRIETO SANCHÍS, quien señala que la rematerialización constitucional, consiste en la incorporación al texto no solo de normas formales de competencia o procedimiento destinadas a regular el ejercicio de los poderes y la relación entre los mismos, sino también la inclusión de normas sustantivas que pretenden trazar límites y vínculos positivos a los que dichos poderes están en condiciones de decidir legítimamente.⁷

En correspondencia con lo anterior, dado el caso de que la Constitución ecuatoriana de Montecristi, contiene suficientes normas, enunciados, reglas, mandatos de orden sustantivos y adjetivos, que disciplinan la organización del Estado, su relación con los ciudadanos; la regulación de las relaciones entre particulares, y sobre todo hace posible la intervención del juez aplicando directamente la carta magna, como si sus normas jurídicas fueran comunes o reglas de aplicación, es posible caracterizarla como una Constitución rematerializada y en consecuencia reconocer ese nuevo significado.

A partir de la interpretación coherente de los postulados de la Constitución de 2008,⁸ como soporte teórico para explicar el ordenamiento jurídico ecuatoriano, se plantea una nueva actitud en relación con la práctica judicial y el papel de los jueces como garantes esenciales del modelo de Estado constitucional de derechos y justicia, de lo que se deriva además, una nueva visión sobre la ciencia jurídica, sus fines, ontología y epistemología.

En relación con lo apuntado, la Corte Constitucional del Ecuador sistematiza los siguientes *rasgos característicos* del Estado constitucional de derechos y justicia que proclama el Art. 1 de la Constitución de Montecristi: a) la existencia de una Constitución no modificable por medio de la ley; b) el carácter normativo y la fuerza vinculante de toda la Constitución; c) el control judicial de la constituciona-

⁷ Ver: Prieto Sanchís, Luis, *El constitucionalismo de los Derechos, ensayos de filosofía jurídica*, (Madrid, Trotta: 2013), p. 26.

⁸ Ver principalmente la declaración de principios, contenidos en el preámbulo de la carta, en concordancia con el Título IX a partir de 424 hasta 444.

lidad, a través de la existencia de garantías jurisdiccionales que permiten vigilar la conformidad de las normas infraconstitucionales respecto de la Constitución; d) la directa aplicación de la Constitución para resolver todos los conflictos jurídicos que se presentan en la sociedad; y, e) la facultad de interpretar todo el ordenamiento, a la luz de la Constitución, a través de un órgano especializado del poder público denominado Tribunal o Corte Constitucional”.⁹

El neoconstitucionalismo, a partir del derecho positivo constitucionalizado, busca su validez también en valores de moral y de justicia, así como en otro tipo de referentes de institucionalidad democrática, aspecto que unido al hecho de que los enunciados constitucionales sean abiertos, hacen que el juzgador no tenga exclusivamente la norma como punto de referencia, sino que su indeterminación, en casos de aplicación de principios, por ejemplo, lo inste a la búsqueda de posiciones que ayuden a resolver mejor cada caso en concreto, algo que se presenta, de forma muy diferente al positivismo jurídico.

En la Constitución de Montecristi, los valores que movieron al constituyente, expresados en su texto, fueron: el respeto de género, la relación con la naturaleza, la aceptación de diferentes formas de religiosidad, el reconocimiento de la diversidad de pueblos y culturas aspirando a una nueva forma de vida, cuyas características se fundamentan entre otros aspectos en la democracia, la diversidad, el respeto a la naturaleza y una posición anticolonialista e integracionista a escala latinoamericana. En tal sentido, cuando el juzgador interpreta la norma atendiendo a la voluntad del constituyente, esta se debe concretizar también en torno a los valores que la Constitución articula y consagra, por lo que la práctica judicial se ha transformado de forma significativa. Los jueces constitucionales realizan su función bajo parámetros interpretativos nuevos, en los que el razonamiento judicial se complejiza. Juegan un papel relevante las técnicas interpretativas propias de los principios constitucionales: la ponderación, la proporcionalidad, la razonabilidad, la maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales, el efecto irradiación, la proyección horizontal de los derechos, el principio *pro personae*, entre otros. Trabajar con valores constitucionalizados le otorga una dificultad diferente al trabajo del juez, demanda una tarea hermenéutica para aplicarlos a determinados casos de forma justificada y razonable, dotándolos de esa manera de contenidos normativos concretos.

Conforme a lo expuesto hasta el momento, las tesis relacionadas con el neoconstitucionalismo pueden contravenir tradicionales concepciones sobre la aplicación del

⁹ Corte Constitucional de Transición, *Sentencia Interpretativa 001-08-SI-CC*, R.O., 479-S-, 2-XII-2008, p. 14.

EL NEOCONSTITUCIONALISMO EN ECUADOR

derecho, el principio de soberanía, la ley, la interpretación jurídica y otras, y reflejar los intereses que persigue el Estado constitucional, en particular en lo vinculado a la posible dictadura de la judicatura, como nuevo ungido de verdad.

La problemática planteada, con repercusiones teóricas y prácticas¹⁰ para la realidad jurídica ecuatoriana ameritó realizar esta investigación, en tanto surgieron interrogantes como el hecho de si los administradores de justicia, para poseer legitimidad, deberían sobre la base de esta posibilidad de creación de derecho, ser delegados directos del pueblo, o conformarse tribunales populares para la emisión de veredictos, o cómo los efectos de fallos que resuelven asuntos particulares pueden llegar a tener efecto *erga omnes* y también, desde luego, saber si esta capacidad interpretativa de la Constitución debe tener rango de ley, o incluso rango de norma Constitucional, lo cual significaría, en términos reales, un reemplazo por parte de los jueces al poder constituyente. Igualmente convoca a preguntarse acerca de si la alteración del sistema de fuentes provoca que la jurisprudencia ya no tenga la calidad de supletoria para la aplicación de justicia y sea considerada primaria.

A partir de inquietudes como las señaladas, en la práctica se procura de modo general justificar la exigencia del derecho a través de la jurisprudencia constitucional¹¹ y no de los contenidos legales, lo que, en términos extremos, puede conducir a la negación del principio de soberanía y podría convertir en inútil la existencia de una Asamblea Legislativa, al imponerse preferencias judiciales individuales, sobre decisiones legislativas de bases mayoritarias.

Ha sido interpretación de la Corte que el nuevo modelo de Estado constitucional de derechos y justicia entraña esencialmente los siguientes efectos: 1) el reconocimiento de la Constitución como norma vinculante, valores, principios y reglas constitucionales; 2) el tránsito de un juez mecánico aplicador de reglas a un juez garante de la democracia constitucional y de los contenidos axiológicos previstos en la Constitución; 3) La existencia de garantías jurisdiccionales vinculantes, adecuadas y eficaces para la protección de todos los derechos consti-

10 BENAVIDES ORDOÑEZ, Jorge, ESCUDERO SOLIZ Jhoel (coordinadores), MONTAÑA PINTO, Juan, NÚÑEZ

SANTAMARÍA, Diego, et al: "Manual de Justicia Constitucional Ecuatoriana", Corte Constitucional del Ecuador, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, Cuaderno de trabajo No. 4, Quito, 2013, pp. 41, 42.

11 La importancia del precedente judicial de la Corte Constitucional se puede verificar en varios fallos, entre ellos uno en el cual cita varios precedentes: Sentencia 002-16-SEP-CC, *Caso Nro. 2209-11-EP*, dada en Quito, 6 de enero de 2016, Corte Constitucional del Ecuador.

tucionales.¹² De tal forma, aunque el neoconstitucionalismo como fundamento de la Constitución de Montecristi convoca a que el protagonismo fundamental continúe correspondiendo al legislador democrático, irremediablemente en la concreción y garantía de los derechos fundamentales la realización efectiva les compete a los jueces.

De igual manera, surgen interrogantes sobre si el Estado constitucional de derechos y justicia en la República del Ecuador, supone la construcción de una sociedad democrática, equitativa, igualitaria, donde se promueva una existencia digna, sobre la base de la supremacía de la Constitución, el respeto y aplicación irrestricta de los derechos configurados en ella, a través de la actuación de los jueces, quienes, en aplicación de la Constitución, llegan a concretar un Estado de justicia social, o por el contrario, su actuar extralimitado puede quebrantar la funcionalidad de la institucionalidad estatal.

La carta fundamental refiere un modelo que permite la realización del Estado de Justicia, a partir del rechazo a las políticas económicas señaladas en el consenso de Washington y los postulados del liberalismo clásico, referente al egoísmo como máxima de los sistemas de libre mercado, generando un pensamiento propio para la región andina, un socialismo cristiano propugnado por la teoría de la liberación, que tiene como fuente a teólogos patrios, como es el caso del Monseñor Leonidas Proaño,¹³ el socialismo autogestionario¹⁴ de los anarquistas en la guerra civil española, e incluso el socialismo de la Revolución cubana, con la interpretación martiana de Fidel Castro y del Che Guevara.

En ese sentido es importante destacar que el neoconstitucionalismo en Latinoamérica llega de la mano con el socialismo del siglo XXI, lo que constituye una tesis todavía invertebrada en la práctica, seguida más como principio que como modelo estatal, que cada sociedad receptora ha ido adaptando conforme a intereses y características propias, y de igual forma genera interrogantes que, en relación con los propósitos de este trabajo, también requiere precisiones, en pos de determinar de qué manera los nuevos paradigmas jurídicos incorporados por la nueva Constitución son capaces de condicionar la actuación de los operadores

12 Corte Constitucional de Transición, *Sentencia de jurisprudencia vinculante No. 001-10-PJO-CC.*, R.O. 351-S- de 29-diciembre-2010, pág. 4.

13 Ver Mena, Marcelo, Chalco, Soledad, et al, *Aportes al debate del socialismo del siglo XXI, el pensamiento de Monseñor Leonidas Proaño y Fernando Velasco*, <http://www.flacsoandes.edu.ec/libros/digital/43301.pdf>, Quito (consultado 15/03/2016), p. 39.

14 Ver: Texter, Jacques. *Democracia, socialismo, autogestión*, Madrid, (Biblioteca Omegalfa: 2000), p. 15.

EL NEOCONSTITUCIONALISMO EN ECUADOR

judiciales, en términos de exigencia a no seguir interpretando, aplicando y argumentando el derecho como se lo hacía antes de su promulgación. En los actuales momentos, en Ecuador se dan una serie de transformaciones en todos los órdenes, similares a los que sucedieron en la humanidad producto de la Revolución francesa y la Revolución industrial, con fundamento en los avances en la ciencia del siglo XVII, a tal punto que se dice que se está en transición de época. Los planteamientos anteriores le imprimen novedad e importancia científica teórica y práctica a estudios de esta naturaleza.

Las corrientes neoconstitucionales difieren de los fundamentos de los dos sistemas jurídicos históricamente conocidos, tanto del *Common Law*, como del Europeo Occidental. Este último, al que se suscriben los países latinos reconoce la primacía de la ley frente a la administración, la jurisdicción y los propios ciudadanos. Sin embargo, “así como el siglo XIX ha sido el siglo del Poder Legislativo y el siglo XX el del Poder Ejecutivo, el siglo XXI será, de acuerdo con una profecía neoconstitucionalista, el del Poder Judicial. No se atiende ya tanto a quién y cómo se decide, sino qué se decide,”¹⁵

15 Santiago, Alfonso, *Neoconstitucionalismo*. www.ancmyp.org.uy/user/files/02neoconstitucionalismo.pdf, Argentina 2008. pp.8 -15

CAPÍTULO I. LA CONSTITUCIÓN COMO FENÓMENO POLÍTICO NORMATIVO PROPICIO PARA EL CONTROL POLÍTICO Y LA SALVAGUARDA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La reconstrucción y replanteamientos teóricos sobre la fuente y origen constitucional, la organización política, los distintos derechos del hombre desde la antigüedad, sirvieron de base a lo largo de la historia para elaboraciones doctrinales que contribuyeron a que se configurara la Constitución como un elemento fundante en unos casos y regulador de la sociedad civil, en otros.

I.1.- Significado y rol de la Constitución. Acercamiento histórico

En la medida en que las sociedades han evolucionado, el constitucionalismo las ha acompañado. Al igual que en otras regiones, en América Latina el constitucionalismo ha tenido que enfrentar desafíos enormes. En el subcontinente, han tenido un gran peso la experiencia colonial, así como los regímenes autoritarios hostiles a cualquier forma de control y, por tanto ajenos a los valores del constitucionalismo.¹⁶

En la evolución del Derecho Constitucional, es posible distinguir varias etapas antes de la conocida como neoconstitucionalismo, corriente esta última, que enmarca una etapa particular y se analizará de forma especial.

Para alcanzar una visión precisa del tema constitucional, se impone abordar el nacimiento y evolución del constitucionalismo a partir incluso de la premodernidad, ya que este es un proceso, como todo hecho social, que tiene una deuda crucial con la historia.

Como herencia cultural y por el reservorio de preceptos, doctrinas jurídicas, leyes de las que se alimentó el constitucionalismo, la importancia de la Constitución tiene su génesis en la época grecorromana, en la que el término constitución calificaba a las disposiciones del poder imperial.¹⁷

¹⁶ Ver Carbonell, Miguel, "Prólogo". En Villabella, Carlos Manuel *Nuevo constitucionalismo latinoamericano ¿Un nuevo paradigma?*, (México, Mariel: 2014) p. 10.

¹⁷ Ver Peraza Chapeau, José, *Derecho Constitucional General y Comparado*. (Félix Varela, La Habana: 2002), p. 17.

EL NEOCONSTITUCIONALISMO EN ECUADOR

Bajo la denominación de *Politeia*,¹⁸ se pueden encontrar orígenes materiales con significado paradigmático por las formas políticas que constituyeron la ciudad Estado, la vida sociopolítica de la época, los papeles que cada ciudadano jugaba en la polis, y en especial a partir de las vías y medios por medio de los cuales se daba la creación y reforma de la legislación. “En Roma se conoció como *constitutio* al “ordenamiento de las magistraturas de poder, la estructura que da orden a la ciudad estableciendo el funcionamiento de todos los cargos y sobre todo de la autoridad soberana”.¹⁹

En la Edad Media, no se supera la noción de constitución con relación a la comunidad, pero se añade un nuevo significado como elemento de gobierno. “Podemos señalar que Constitución significa un instrumento, generalmente de tipo legislativo, por medio del cual se otorgaban ciertas franquicias o privilegios – estimados como derechos reales – a los individuos de una comunidad política – burgos, villas o ciudades”,²⁰ los que podría considerarse como embriones de los derechos individuales y ciertos límites a las atribuciones del gobernante.²¹

El régimen feudal para viabilizar su organización y gobierno, confiere potestades tanto a gobernantes, como privilegios y libertades a través instrumentos calificables como constituciones, a ciudadanos que vivían en los burgos, estas libertades jerárquicamente establecidas podían ser exigidas por sus titulares, uno de esos instrumentos fue la Carta Magna de Juan Sin Tierra,²² de 12 de junio de 1215, en Inglaterra, la que en su artículo 39 rezaba: “Ningún hombre libre podrá ser detenido o encarcelado, o privado de sus derechos o de sus bienes, o puesto fuera de la ley o exiliado, o privado de su rango de cualquier otro modo ni usaremos la fuerza contra él, o enviaremos a otros para que lo hagan, excepto por sentencia judicial de sus pares y según la ley de su país”.²³ “Estos estatutos fueron fruto de

18 Ver Tamayo y Salmorán, Rolando, *Introducción al estudio de la Constitución 1re edición corregida* (México: Distribuidores Fotamara S.A., 1998), p. 24.

19 Aristóteles, *La Política* (Paris: Casa Editorial Garnier Hermanos, 1920), p. 96.

20 *Ibidem*, p. 54.

21 En Inglaterra de 1215, la nobleza, la Iglesia inglesa, impusieron al monarca Juan Sin Tierra, el reconocimiento de un conjunto de garantías procesales individuales que se conoce como Carta Magna, que consagraba la libertad personal, y limitaciones de cargas tributarias.

22 En Prieto Valdés, Martha. *Carta Magna de Juan Sin Tierra el 12 de junio. Selección de textos constitucionales* (La Habana: Félix Varela, 2002)

23 Osorio Gómez, Felipe, *Hannah Arendt, El Estado, el individuo y la banalidad*, (Medellín: Universidad de Medellín, 2012), p. 101.

situaciones políticas inestables con dos sujetos enfrentados: el primero el rey, para conservar el poder soberano, el segundo, la burguesía, para conquistarlo”.²⁴

En la baja Edad Media se reconocen las “leyes fundamentales”, como leyes constitutivas, “leyes a las que el Estado debe su existencia...expresivas del pacto social en virtud del cual surge el Estado”.²⁵

El 1689 en Inglaterra, la expresión constitución, fue utilizada aludiendo a un sistema de carácter general por el que la sociedad ha admitido ser gobernada, cuando se procesa a Jacobo II, acusado de haber infringido las Leyes Fundamentales y de haber tratado de subvertir la Constitución del reino, violando el contrato original entre el Rey y el pueblo. En el acta de derechos de ese mismo año (*Bill of Rights*)²⁶, se consagra el término de contrato constitucional²⁷.

De conformidad con RIDDALL²⁸, hasta los siglos XVI y XVII no se halla más que consideraciones casuales sobre la característica de los derechos. Solo con el surgimiento de los Estados nacionales se comenzó a discutir la naturaleza de la relación entre un ciudadano y el Estado

La configuración del Estado nacional, renueva las concepciones de soberanía, exhuma la democracia de la antigüedad, haciéndola puramente formal y no sustancial, declara la igualdad formal, y abre paso para que la sociedad conozca una nueva forma de poder político y económico.

LASALLE, haciendo un análisis crítico del término constitución en abril de 1862, delimita los llamados factores reales de poder, que influyen en las leyes promulgadas del país, considerándolos esa fuerza activa y eficaz y planteando que informa a todas las leyes e instituciones jurídicas de la sociedad en cuestión, haciendo que no puedan ser, en sustancia, más que tal y como son²⁹.

Para llegar a la noción moderna del constitucionalismo, se suceden hechos teó-

24 Zagrebelsky, Gustavo, *La ley y su Justicia. Tres capítulos de justicia constitucional*, (Madrid: Trotta, 2008), p. 115.

25 García Pelayo, Manuel. *Derecho Constitucional comparado*, (Madrid: Alianza, 1987), p. 25

26 *Bill of Rights*, de 13 de febrero de 1689. En Prieto Valdés, Martha, *Selección de textos constitucionales*, (La Habana: Félix Varela, 2002).

27 Ver Peraza Chapeau, José, *Derecho Constitucional comparado* (La Habana: Félix Varela, 2002), p.17.

28 Ver Riddall, J.G., *Teoría del derecho*, Edit. (España: Gedisa, 2008), p. 120.

29 Ver Lasalle, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?* (México: Tomo, S.A., 2009), pp. 50-51.

EL NEOCONSTITUCIONALISMO EN ECUADOR

ricos y prácticos relevantes, en los que juega un papel trascendental el nacimiento de los derechos civiles, con la doctrina del derecho natural; y, el asentamiento de las colonias norteamericanas en el nuevo mundo. Efectivamente con el establecimiento de colonos ingleses en tierra norteamericana, se adopta la noción de comunidad en el sentido de comunión de objetivos o fines comunes de las personas que van a vivir en un lugar geográfico determinado, esta intención exige un instrumento de convivencia, ya no solo un instrumento que sirva para el gobierno como era el caso de las franquicias dadas por la realeza, sino de convivencia de la comunidad. La Constitución deja de ser para ellos la declaración de intereses del monarca y su grupo, y pasa a ser una declaración de intereses de la comunidad. En lo sucesivo las constituciones serán el producto de rupturas revolucionarias y de pactos fundacionales y refundacionales de la convivencia civil.³⁰

En los procesos de colonización norteamericana, realizados a través de compañías mercantiles a cuyos fundadores se les otorgaban franquicias y libertades por parte de la corona, se fueron constituyendo nuevas sociedades por medio de pactos entre sus miembros, respetando tales franquicias y libertades dadas por el Rey, que eran aceptadas mediante el voto. Tales actas contienen ya elementos institucionales y legislativos suficientes para ser denominados como 'Constitución. A esto se suma la noción moderna del derecho natural, en virtud de la cual, al individuo, le son inherentes ciertos derechos por la sola condición de ser un ser humano y racional, no deviene de la voluntad de un Rey; además son independientes y anteriores a toda organización política, ya que la comunidad política en cambio es producto de un consenso y no le es inherente ningún atributo específico, por tal motivo lo que hace es simplemente observar lo que le corresponde por naturaleza a las personas. De esta manera se reconoce, "al hombre dotado de ciertos derechos naturales y justamente para mejor protegerlos se constituye la sociedad política y las instituciones mediante un contrato social, es decir, mediante un acto de voluntad preservan los derechos, deciden dar vida a un depósito de fuerza común, el Estado, al que se encomienda su defensa".³¹

"El proceso revolucionario estadounidense tributó la primera Constitución escrita; que entre otros elementos, teorizó la idea de supremacía de la constitución; perfiló la capacidad de *judicial review* de la Suprema Corte, con lo cual realizó la primera contribución sobre control de constitucionalidad; consagró la perspectiva de los derechos individuales como realidades jurídicas que no ne-

30 Ver Ferrajoli, Luigi, *El garantismo y la filosofía del derecho*, (Universidad Extremado de Colombia, 2001), p. 176.

31 Prieto Sanchís, Luis op. cit. p. 226.

cesitan escriturarse, reforzó la protección de las libertades al consagrar en las enmiendas constitucionales la legalidad de los delitos y las penas y el debido proceso”.³² En la Constitución estadounidense, influenciada por el filósofo empirista Inglés John Locke³³, quien es reconocido como el padre intelectual de la revolución de los Estados Unidos a través de las tesis sobre el Estado social, el control de gobierno se producía por las mismas cartas otorgadas por la corona, denominada carta fundamental, que también contienen derechos inherentes al individuo, donde la existencia para cumplir fines señalados por la divinidad se encuentra condicionadas al goce o posesión de ciertos bienes tangibles o no, como la vida, salud, libertad y propiedades materiales. “De la exigencia de un Estado limitado por la ley natural ha surgido el constitucionalismo moderno contra el maquiavelismo, contra las teorías de la razón de Estado y del derecho divino del rey, contra el absolutismo paternalista y el hobbesiano; la concepción liberal del Estado contra las diferentes formas de despotismo más o menos ilustrados, el Estado de derechos del siglo pasado contra el Estado de policía y el Estado ético”.³⁴

Otra versión *ius* naturalista que debe considerarse determinante para la noción actual de Constitución, dada en el pensamiento ilustrado, plantea la naturaleza racional del ser humano, sosteniendo la idea de que la Constitución se alimenta de la razón, por tal motivo producto de la organización social, nacida del consenso y la expresión activa del deseo de vivir en comunidad, sin que necesariamente sea esto un destino natural u obligatorio del ser humano como ser social, por tanto la comunidad política se laiciza.

“A la idea de Constitución, comprendida como un acuerdo tácito entre el rey y el pueblo, la sustituye la de Constitución, como ordenamiento jurídico del Estado en el cual el rey se encuentra sometido igual que los ciudadanos”.³⁵

En el siglo XVIII, ya se concibe la Constitución de forma diferente a aquellas que conciliaban los intereses del pueblo con el rey. Esta nueva noción de Constitución entendida como ley, como norma, como obra consciente de la sociedad,

32 Villabella, Carlos Manuel, *Nuevo constitucionalismo latinoamericano ¿Un nuevo paradigma?* (México: Mariel, 2014), p.24.

33 Locke ofrece el argumento más sencillo en favor de los derechos naturales. “Dios, —nos dice— creó la humanidad. Nos hizo y nos posee. La misión que nos asignó es seguir a sus propósitos, y nuestra vida de servicios requiere que todos hallemos igual protección en nuestra búsqueda independiente de lo que para nosotros son sus designios”. Citado por Knowles, Dudley, *Introducción a la filosofía política* (México: Océano, 2001), p. 143.

34 Bobbio, Norberto, *Iusnaturalismo y positivismo jurídico* (Madrid: Trotta, 2015), p. 180.

35 Tamayo y Salmorán, Rolando, Op. cit. p. 79.

EL NEOCONSTITUCIONALISMO EN ECUADOR

de la comunidad política, es un acto originario del que deriva el poder constituido y su autoridad, el rey ya se encuentra dentro de los límites establecidos en la Constitución, y no por encima o frente a ella. “Ella se identifica con la idea misma de la liberación revolucionaria y de la refundación sobre bases pactadas de la convivencia civil, llevadas a cabo por las convenciones constituyentes con las cuales los padres constituyentes del moderno Estado de Derecho sancionaron el fin del absolutismo regio”,³⁶ deja entonces la Constitución de ser comprendida como un acuerdo o pacto entre el rey y el pueblo. El rey es parte de la sociedad y se encuentra sometido a la Constitución igual que cualquier otro ciudadano. Se produce una ruptura y se comienza a establecer un solo poder plenamente soberano donde los individuos son considerados en abstracto, y en este sentido, iguales entre sí.³⁷

El salto cualitativo que da inicio al constitucionalismo moderno, tiene, base en las franquicias y cartas constitutivas de las colonias británicas en América, con plena conciencia de que tales contratos son la base de la construcción de una nueva sociedad. Por tanto resultan ser actos fundacionales, creadores, de los cuales deriva el poder constituido. Aquí una diferencia respecto a la concepción constitucional del Medioevo, ya que el poder deriva del acto constituyente. “Estas cartas, a diferencia de las medievales, no solo establecen límites al poder sino que constituyen la comunidad política. Puede decirse que estas cartas son entendidas como el fundamento de la propia comunidad, acto soberano de los fundadores. ‘Constitución’ refiere a un fenómeno complejo algo así como legislación o pacto solemne que por ser un acto que da origen a la comunidad política es la ley suprema de la propia comunidad”.³⁸

Ahora bien, estos instrumentos jurídicos que se tornaron fundacionales y creadores de la comunidad política, tenían que ser escritos, es decir, tal contrato tiene el carácter de solemne, y da la posibilidad de ser enunciado, invocado, interiorizado, convirtiéndolo en el instrumento jurídico. En ese contexto, se dicta la Constitución de Virginia en 1776, y de varias colonias en Norteamérica,³⁹ hasta la Constitución

36 Ferrajoli, Luigi, op. cit. p. 175.

37 Fioravanti, Maurizio, *Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales* (Madrid: Trotta, 2014), p. 30.

38 *Ibidem*, p. 67.

39 Ver Constituciones de New Jersey, de 1776, Pennsylvania 1776, Maryland, 1776, Georgia 1777, New York 1777, Massachusetts 1780, hasta la Constitución de los Estados Unidos, sanciona en su preámbulo la frase: Nosotros, el Pueblo de los Estados Unidos, a fin de formar una Unión más perfecta, establecer Justicia, afirmar la tranquilidad interior, proveer la Defensa común, promover el bienestar general y asegurar para nosotros mismos y para nuestros descendientes los beneficios de la Libertad, ordenamos y establecemos esta Constitución para los Estados Unidos de América.

Federal de los Estados Unidos de 1787, en la que se otorga poder público a través de un documento escrito.

Sin embargo, es necesario hacer una distinción en la concepción del constitucionalismo occidental de inspiración europea, tanto en el desarrollo del constitucionalismo inglés con respecto al constitucionalismo francés o latino, frente al cual se presentan cambios esenciales.

En el Medioevo, como en líneas generales se ha referido, el constitucionalismo es una lucha contra el sistema feudal, más claramente contra el monarca como personificación y fuente de derecho. Este tránsito se dio primero a través del establecimiento de normas negociadas entre el monarca y el pueblo. Luego entendida la Constitución como emparentada con las nociones del Estado y comunidad; se la concibe como acto creador, originario de la comunidad, acto en el cual no solo se limita el poder, sino que se da origen al poder.

El cambio en la noción de Constitución se afianza por los siguientes elementos: la soberanía popular, los postulados del derecho natural, las decisiones de los tribunales ingleses sobre la independencia de sus fallos, el imperio del derecho específicamente los derechos del pueblo inglés y sus colonias fundadas en el nuevo continente que siguen la tradición, todas estas tesis son adoptadas por los pensadores de la ilustración.⁴⁰

En el derecho europeo continental, una Constitución no solo garantiza las cosas existentes y el derecho consuetudinario como en Inglaterra; sino que la Constitución establece nuevas condiciones de vida, a partir de la creencia de los ilustrados franceses en la racionalidad de la naturaleza humana y, por ende, en una organización social fruto de la razón.⁴¹

“Así, a la Constitución entendida como un conjunto de reglas fundamentales tradicionalmente respetadas, la sustituye la idea de un mandato unilateral del soberano. A la idea de Constitución, comprendida como un acuerdo tácito entre el rey y el pueblo, la sustituye la Constitución como ordenamiento jurídico del Estado, al cual el rey se encuentra sometido al igual que el resto de los ciudadanos.”⁴²

La importancia de las teorías políticas de los ilustrados franceses fueron trasladadas a su texto constitucional, convirtiéndolo en un ideario, en una doctrina, aspecto que permite marcar distancia de las constituciones de América del Norte.

<http://www.constitutionnet.org/es/country/constitutional-history-united-states-america>

40 Ver Tamayo y Salmorán Rolando, op. cit., p. 70.

41 Ver Rousseau, Juan Jacobo, *El contrato social*, (Bogotá: MOMO, 1982), pp. 18, 37.

42 Tamayo y Salmorán Rolando: op. cit., p. 79.

EL NEOCONSTITUCIONALISMO EN ECUADOR

De esta forma la ciencia jurídica contemporánea se alimentará de dos grandes tradiciones filosóficas, la tónica, hermenéutica o argumentación que reconoce su origen en la retórica aristotélica, y la racionalista o sistemática que encuentra su máxima expresión en las grandes construcciones iusnaturalistas del siglo XVII y que, a través de las codificaciones se proyectan en el positivismo moderno.⁴³

De esta forma, los hechos producidos a partir de la Revolución francesa, hasta las nuevas constituciones de Latinoamérica de finales del siglo XX e inicios del siglo XXI, serán puntos de partida del constitucionalismo moderno. “El constitucionalismo pertenece por completo a la Edad Moderna, aunque en sus estrategias sean recurrentes problemas que se retoman de épocas anteriores, de origen antiguo y medieval. Con mayor precisión puede afirmarse que el constitucionalismo nace y se consolida en el contexto del proceso de formación del Estado moderno europeo.”⁴⁴

Parte de este tránsito en la concepción constitucional encuentra fundamento en los textos constitucionales, que no eran más que un instrumento declarativo, es decir el “deber ser” de la sociedad, carecían de eficacia, el derecho estaba divorciado de la realidad, “la declaración de 1789 no era propiamente derecho positivo, es decir, un derecho nacido de un acto de voluntad creadora. Era, en cambio, el reconocimiento de las verdades de una filosofía política elaborada por la filosofía de las luces y presentada como el sentido común de toda una época, una verdad, que solo podía salir de la teoría y ser puesta en práctica. Esta puesta en práctica era tarea de la ley”.⁴⁵ Tal concepción pasa a segundo plano cuando el neoconstitucionalismo expone la importancia y alcance de constituciones materiales y de plena eficacia jurídica.

“La distinción estriba en entender que no es un Estado constitucional aquel que cuenta con un texto que se autodenomina Constitución (concepción formal), sino el que cuenta con una Constitución en sentido propio (concepto material), es decir, fruto de la legitimidad democrática y que cuenta con instrumentos que garantizan la limitación del poder y la efectividad de los derechos contemplados en el texto constitucional”.⁴⁶

43 Prieto Sanchís, Luis: op. cit., p. 61.

44 Fioravanti, Maurizio: op. cit., p. 17.

45 Zagrebelsky Gustavo, op. cit., p. 97.

46 Viciano Pástor, Roberto y Martínez Dalmau, Rubén:, *Nuevo constitucionalismo en América Latina. En Memorias del encuentro internacional El nuevo constitucionalismo: desafíos y retos para el siglo XXI* (Quito: Corte Constitucional, 2010), p. 15.

De forma resumida puede plantearse que el constitucionalismo ha seguido su curso evolutivo en varios sentidos. En una opinión que se ha convertido en referencia obligada en este tema, García Pelayo,⁴⁷ analizando el decurso constitucional explica cómo la política de los años anteriores a la guerra mostraba, en varios países, la crisis de la Constitución como principio de legitimación de la acción política y estatal como consecuencia de la crisis de la legalidad, que condujo a un abandono del concepto racional normativo de Constitución, acompañada del intento de formular una nueva concepción adecuada a las nuevas circunstancias jurídico-constitucionales.

De la mano del constitucionalismo, el derecho sigue su camino en dos direcciones fundamentales: mientras el derecho premoderno se presenta como una pluralidad de fuentes, el derecho moderno concentra el monopolio de su producción. De ello dependerán incluso los análisis sobre la legitimidad y los criterios sobre su validez.

A partir de lo anteriormente señalado, aparece una nueva forma de concebir la Constitución, desde su creación, su significado, hasta su aplicación; se dictan textos generosos en extensión que no escatiman en la formulación de principios de aplicación de derechos constitucionales, constitucionalización de derechos subjetivos, formas de participación social, y evidentemente en la forma de aplicación del texto constitucional, es decir, se erige la Constitución como norma jurídica de plena aplicación, que como se apuntó anteriormente no es una transformación o hallazgo del nuevo constitucionalismo, sino más bien una huida del derecho latino a formas del derecho anglosajón, aplicado desde hace más de 500 años.

En consecuencia, el neoconstitucionalismo se da como fruto teórico posbélico en el cual se repiensa el contenido y alcance de las constituciones, se afirma que “nace en Europa como consecuencia y respuesta a sistemas jurídicos fascistas que se caracterizaron por la violación masiva y sistemática de los Derechos Humanos”,⁴⁸ de manera que se podría afirmar que, si el constitucionalismo hace su presencia en la modernidad, el neoconstitucionalismo es producto de la posmodernidad.

Parte de este tránsito en la concepción constitucional encuentra fundamento en los textos constitucionales que se limitaban a establecer la estructura y competencias de las funciones públicas y consagrar derechos individuales, es decir instrumentos de-

47 Ver García-Pelayo, Manuel (1987), op. cit., pp. 76-79.

48 Ávila Santamaría, Ramiro, *El neoconstitucionalismo transformador, El Estado y el Derecho en la Constitución de 2008* (Quito: Abya-Yala, 2011), p. 53.

clarativos, que señalaba el “deber ser” de la sociedad, carecían de eficacia y estaban divorciados de la realidad. En ese sentido, puede considerarse que

“la declaración de 1789 no era propiamente derecho positivo; es decir, un derecho nacido de un acto de voluntad creadora, era en cambio, el reconocimiento de las verdades de una filosofía política elaborada por la filosofía de las luces y presentada como el sentido común de toda una época, una verdad, que solo podía salir de la teoría y ser puesta en práctica. Esta puesta en práctica era tarea de la ley”.⁴⁹

Tal concepción pasa a segundo plano cuando el neoconstitucionalismo expone la importancia y alcance de las constituciones materiales y de plena eficacia jurídica.

En conclusión, la Constitución es en un primer momento un instrumento de gobernabilidad; luego pasa a limitar el poder y, por último, es erigida, en el origen mismo de la comunidad y del poder. Consecuentemente, un instrumento que entraña límites al poder, sea a través del respeto y exigencia de los derechos consagrados o de la separación y competencia de las funciones públicas.

De acuerdo con Carbonell, si las constituciones son tomadas en serio y se aplican rigurosamente en toda su extensión, constituyen hoy el programa más revolucionario que tenemos a nuestro alcance; por eso vale la pena tener presentes los elementos suministrados por el constitucionalismo, sobre todo en la vertiente teórica, normativa y jurisprudencial del neoconstitucionalismo, que poco a poco parece irse consolidando en el panorama jurídico de América Latina.⁵⁰

I.1.1. El neoconstitucionalismo como reabordaje del contenido y alcance de las constituciones

El neoconstitucionalismo consiste en un conjunto de reflexiones que tiene como característica esencial, reformar e incluso revolucionar el constitucionalismo moderno. El neoconstitucionalismo, como explica Carbonell pretende dilucidar el conjunto de textos constitucionales que comienzan a surgir a partir de la década de los setenta. Son constituciones “que no se limitan a establecer competencias o a separar los poderes públicos, sino que contienen alto nivel de normas materiales o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos”.⁵¹

49 Zagrebelsky Gustavo, op. cit., p. 97.

50 Ver Carbonell, Miguel, *Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales* (Quito: Cevallos Edit. Jurídica, 2010).

51 Ávila Santamaría, Ramiro, op. cit., p.17.

“Un nuevo orden no se crea tan solo sobre una base de correlaciones de fuerzas que se estabilizan, sino que debe igualmente trasladarse al plano que Gramsci llamaba las superestructuras complejas, creando un orden legal e institucional que reasegure que esas sociedades pueden seguir avanzando por el camino de la transformación revolucionaria.”⁵² No debe entenderse la constitución como una doble dimensión: por una parte la Constitución política del Estado y por otra la Constitución social; se requiere una visión más amplia.

Este salto cualitativo en el campo del derecho en general y del derecho constitucional especialmente radica en el paso del Estado de Derecho, al Estado Constitucional, en el cual se entiende que la Constitución no es simplemente la norma fundante o legitimadora del resto del andamiaje jurídico del Estado, sino que es supraordenadora, fuente de derecho y derecho mismo, condicionante de los poderes políticos y de los poderes de los particulares. Estos postulados contradicen visiones reduccionistas de la Constitución. Así la teoría de Carl Schmitt limita la Constitución a unas decisiones fundamentales: “la Constitución vale en virtud de un acto del poder constituyente que no contiene unas normas cualesquiera, sino, y precisamente, por un único momento de decisión”.⁵³

De esto deriva que las cartas no cumplan simplemente un papel legitimador de la ley, incluso más allá, que la única forma de materializarse sea a través de ellas, y sin ley que la desarrolle se tornen en inaplicables. Muy por el contrario, en el desarrollo de principios que rigen la aplicación de derechos establecidos en la carta, se establece que la inexistencia de norma jerárquicamente inferior a ella no impide su aplicación inmediata, convirtiéndole en el instrumento jurídico ciudadano o manual del ciudadano indispensable y necesario para alcanzar sus objetivos en sociedad, volviendo y volcando en un texto jurídico la posibilidad de resolver los problemas más acuciantes de una sociedad y llevándolas como señala el texto constitucional ecuatoriano a alcanzar un Buen Vivir.

La Constitución, bajo la propuesta neoconstitucional, deja de ser meramente formal para considerarse además desde el punto de vista material, “provista de un denso contenido sustantivo, conformado por normas que regulan no solo cómo ha de organizarse y adoptar sus decisiones el poder, sino también qué es lo que puede e incluso, a veces, qué es lo que debe decidir”.⁵⁴ Por tanto, a la noción mo-

52 Borón, Atilio A., *Diálogos sobre el poder, el Estado y la Revolución* (La Habana: Centro de Investigación y Desarrollo de la Cultura Cubana Juan Marinello, 2006), p. 32.

53 Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución* (Madrid, s/e, 1934), p. 24

54 Bernal Pulido, Carlos, *El neoconstitucionalismo al debate* (Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita Universidad Extremado de Colombia, 2006), p. 11.

derna de Constitución, en el sentido de establecer límites al poder constituido, se suma la noción de que el poder constituyente expresa su voluntad sobre los fines y objetivos que persigue el Estado.

Además, fruto de un largo proceso de lucha de la humanidad contra la personificación del poder político, el poder se trasladará jurídicamente al pueblo como sujeto poderdante y, por ende, delimitante del ejercicio del poder público delegado, propósito para el cual es indispensable establecer mecanismos de participación ciudadana y de control social, instados por la crisis de los parlamentos y el declive de la democracia representativa.

Ahora bien, tales mecanismos son posteriores a la legitimidad que debe alcanzar un texto constitucional. Tal legitimidad dependerá de la forma de construir los procesos constituyentes, el grado de inclusión y discusión del soberano, y por último, la aprobación universal. Estas tesis son planteadas por el nuevo constitucionalismo,⁵⁵ añadiendo lo que, en líneas sucesivas, se atenderá con mayor detenimiento sobre las constituciones democráticas como son calificadas por los neoconstitucionalistas,⁵⁶ es decir, recobran vigor añadiendo su otra vocación histórica, la del universalismo y la creación de los derechos como *prius*, sobre todo ante el poder político, y la posibilidad de defenderse de ese poder,⁵⁷ cuando sus actuaciones sean contrarias a las normas constitucionales.

Por último, en el caso del constitucionalismo latinoamericano, el nuevo constitucionalismo aspira a remediar antiguos problemas de desigualdad social, que no se afrontan solo desde la perspectiva económica de distribución de riqueza, ingreso u otros elementos con connotación ideológica, sino a partir del reconocimiento constitucional de derechos a personas o grupos invisibilizados históricamente o en condiciones de explotación, otorgándoles además de los derechos comunes a todo ciudadano, otros adicionales en razón a su nacionalidad, sexo, discapacidad u otros caracteres.

De manera especial, se establecen principios de aplicación de derechos,⁵⁸ interpretaciones más favorables, medidas de acción afirmativa que promueven la

55 Ver Viciano Pastor, Roberto (editor), Martínez Dalmau, Rubén, Villabella Armengol, Carlos Manuel, et al, *Estudios sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano* (Valencia: TIRANT LO BLANCH, 2012).

56 Ver Ferrajoli, Luigi, *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político* (Madrid: Trotta, 2014), p. 44.

57 Fioravanti, Maurizio, op. cit., p. 149.

58 Artículo 11 de la *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 2 de octubre de 2008.

igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad, denominado discriminación positiva o acción afirmativa. A pesar de incorporaciones novedosas en el constitucionalismo ecuatoriano, no deja de prevalecer la recepción de lo establecido en centros de producción jurídica y recibidos a veces de forma acrítica⁵⁹. Por ejemplo, el constitucionalismo garantista, los métodos de interpretación constitucional como la proporcionalidad, la técnica de la ponderación, los procedimientos en sistemas de fuente consuetudinaria, por citar varios de ellos.

A pesar de lo difícil que resulta ubicar al neoconstitucionalismo como un conjunto de planteamientos y teorías armónicas, sistemáticas e unívocas, o “mutaciones políticas jurídicas”,⁶⁰ su propia conceptualización admite diversos objetos de estudio:⁶¹ a) como la forma de abordar y explicar el contenido y alcance de ordenamientos jurídicos, sustentados en constituciones surgidas a partir de mediados del siglo XX, hasta la presente época, b) teniendo en cuenta el papel y práctica judicial que debe adoptar el administrador de justicia ante la presencia de principios contenidos en constituciones materiales, como garantes esenciales de un nuevo modelo de Estado, c) como el desarrollo de nuevas teorías en la ciencia jurídica, desde su ontología, epistemología, hasta el fin mismo del derecho, que si bien son abordados desde el inicio de la civilización, al reunir todos estos elementos estudiados en sus diferentes connotaciones,⁶² se reconocen como neoconstitucionalismo.

Los tres elementos anteriormente abordados, tomados de forma integral conducen a reflexiones teóricas de alcances no delineados totalmente. Las teorías se han ido construyendo a partir de la crisis del Estado moderno, buscando a través del ordenamiento jurídico y la práctica judicial, el medio de realización de la justicia,⁶³ cambiando paulatinamente durante ese proceso la naturaleza de la jurisdicción y la ciencia jurídica. “La jurisdicción ya no es la simple sujeción del juez

59 Escobar García, Claudia, *Transconstitucionalismo y diálogo jurídico* (Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011), p. 31.

60 Díaz Arenas, Pedro Agustín, *Estado y Tercer Mundo. El constitucionalismo* (Santa Fe de Bogotá: Temis, 1997), p. 489.

61 Carbonell, Miguel (editor), GUATINI, Ricardo, Aragón Reyes, Manuel, COMANDUCCI, Paolo, et al, “Teoría del neoconstitucionalismo”, Edit. Trotta, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Madrid, 2007, p.p. 289, 290.

62 Prieto Sanchís, Luis, *El constitucionalismo de los Derechos, ensayos de filosofía jurídica* (Madrid: Trotta, 2013), pp. 25,26, 27.

63 Carbonell, Miguel, *Neoconstitucionalismo y Derechos fundamentales*, (Quito: Jurídica Cevallos, 2011), pp. 104, 105.

EL NEOCONSTITUCIONALISMO EN ECUADOR

a la ley, sino también análisis crítico de su significado como medio de controlar su legitimidad constitucional”,⁶⁴ y así convertirse en un vehículo sustancial y no meramente formal para la práctica de la justicia social.⁶⁵ Este fue el propósito que motivó al constituyente en Montecristi, plasmado y materializado en la “nueva”⁶⁶ Constitución del Ecuador y las teorías que la fundamentan, su contenido es examinado en el presente capítulo.

A mediados del siglo XX, luego de la Segunda Guerra Mundial, señala Carbonell, aparecen constituciones con alto contenido material y sustantivo, que transforman el modelo de Estado de derecho a un Estado constitucional.⁶⁷

Esta materialidad de la Constitución se alcanza a partir de las condiciones sociales que se viven en determinado lugar y momento de la historia. Así, el constitucionalismo nace en el seno de la organización social liberal con el propósito de proteger a las personas de la acción estatal, a través de mecanismos como la división de poderes y la tipificación de derechos individuales y normas de carácter estructural que regulan la actividad de los poderes públicos frente a las personas.

Con posterioridad, las constituciones incorporan a sus textos derechos sociales y normas programáticas, a la vez que los Estados asumen un conjunto de obligaciones para con sus ciudadanos. A partir de esas condiciones, reciben la calificación de constituciones rematerializadas.

En el caso ecuatoriano, la Constitución no se limita a estructurar el Estado, a establecer un conjunto de derechos de libertad y colectivos; contiene además principios que viabilizan el ejercicio de los derechos. El texto no solo busca la forma, organización y límites al poder, sino que determina también el modo de actuar y las políticas generales que se deben seguir; es decir, establece las atribuciones y misiones de los organismos de poder público, qué hacer y cómo cumplir los objetivos sociales en expresión de la soberanía; una “Carta de navegación” como refiere Santiago Nino.⁶⁸ Por tanto, la materialidad de la Constitución

64 Ferrajoli, Luigi, po. cit., p. 55.

65 Estrella Vintinilla, Pablo, op. cit., p. 60.

66 Entre comillas se escribe el texto nueva Constitución porque no existe un rompimiento absoluto con las constituciones del pasado, varios de los postulados neo constitucionales, se vienen desarrollando en Ecuador desde constituciones de mediados y finales del siglo XX.

67 Carbonell, Miguel (editor), GUATINI, Ricardo, Aragón Reyes, Manuel, COMANDUCCI, Paolo, et al, “Teoría del neoconstitucionalismo”, Edit. Trotta, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Madrid, 2007, p. 10.

68 Zagrebeky, Gustavo, *Historia y Constitución* (Madrid: Trotta, 2011), p. 10.

ecuatoriana se ve reflejada en la tipificación de principios, fines y objetivos que tiene la sociedad, su régimen de desarrollo.

La Constitución es portadora de un sistema armónico de valores,⁶⁹ tal como se analizó antes, contiene suficientes normas, enunciados, reglas, mandatos de orden sustantivo y adjetivo que disciplinan la organización del Estado, la relación de este con los ciudadanos y la relación entre las personas. La regulación de esas relaciones hace posible la intervención del juez, aplicándose directamente la carta como si se tratara de normas jurídicas comunes o reglas de aplicación.

En conclusión, el rol de la Constitución en el control del poder político se perfecciona no solamente desde la despersonificación del poder y la afirmación de la soberanía popular, sino a través de la categorización de principios y derechos.

I.2. Poder, Derecho y Constitución: relación desde los paradigmas neoconstitucionales

Es necesario establecer si los conceptos, Derecho y Constitución tienen un grado de vinculación, subordinación, supremacía o diferencia parcial, específica o profunda, toda vez que a la luz del neoconstitucionalismo no es lo mismo hablar de un Estado de Derecho, que de un Estado Constitucional de Derechos.

Al respecto, Zagrebelski considera que la paradoja del constitucionalismo de nuestra época y su mayor problema es considerar a la Constitución como Derecho, no como ley.⁷⁰

A partir de las referencias anteriores sobre el cambio en la noción de Constitución a través de la historia, es posible observar que en la antigüedad no existen diferencias entre una Constitución con el resto de las normas. En la Edad Media la Constitución cumple un papel fundamental en la búsqueda de limitar el poder real sobre la sociedad, mientras con posterioridad la Constitución pasa a ser el acto fundacional de la comunidad política, de donde emana el poder, ya no como una transacción entre quien gobierna y quienes son gobernados.

⁶⁹ Grossi, Paolo, *Mitología Jurídica de la Modernidad* (Madrid: Trotta, 2003), p. 90.

⁷⁰ Zagrebelsky Gustavo, op. cit., p. 109.

EL NEOCONSTITUCIONALISMO EN ECUADOR

Un elemento común del desarrollo constitucional y del Derecho es que las constituciones constituyen un instrumento de control del poder. Esto lleva a considerar otro elemento que siempre está inmerso en la relación humana con su entorno, el poder, no como una expresión de poder político exclusivamente, sino en el más amplio sentido,⁷¹ hecho que se presenta desde el origen mismo de las comunidades.

En pueblos, denominados antiguamente como clanes, hordas, tribus, ayllus, donde no existió ni siquiera la noción de Constitución, existieron formas de organización y distribución del poder, en razón de fuerza, sabiduría, creencia, o sobre la base de cualquier condicionante que le diera u otorgara a persona o grupos de personas la facultad real de cumplir con sus deseos.

El poder desde el punto de vista estatal se define por el ejercicio de control social, de los detentadores del poder sobre los destinatarios del poder, de lo cual se derivan decisiones que facultan a los primeros para obligar a los segundos, a obedecer dichas decisiones⁷².

Es pues hacia el poder, sus fundamentos y ejercicio contra quien se dirige el Derecho y especialmente el Derecho Constitucional, como plantea Ferrajoli:

“en efecto, únicamente la imposición y el reconocimiento de límites y vínculos a los poderes de la mayoría y del mercado, merced a normas constitucionales rígidamente supra ordenados a ellos, permite no solo dar cuenta de la dimensión sustancial de las actuales democracias constitucionales, sino también de poner a cubierto de sí misma, de los excesos de los poderes ilimitados y virtualmente salvajes, a la propia democracia política o formal”.⁷³

Esta presencia de dominación o poder que se presenta como queda señalado desde el origen mismo de las comunidades, donde no existió ni siquiera la noción de Constitución, pero que tenían formas de organización y distribución del poder, (no entraría en esta distinción aquellas sociedades sin autoridad arcaicas),⁷⁴ demuestran en coincidencia esencial con Weber, como “en sentido sociológico, el poder es la capacidad de un individuo o grupo de llevar a la práctica su voluntad, incluso a pesar de la resistencia de otros individuos o grupos”.⁷⁵

71 Uno de los conceptos más propagados y admitido del poder es el concepto de Max Weber, quien considera que “el poder no es más que la capacidad de imponer la propia voluntad a otros”. Weber, Max, *Economía y sociedad*, vol. 1. (México: Fondo de Cultura Económica, 1974), p. 43.

72 Ver Loewenstein, Karl op. cit., 1979. En: Fernández Bulté, Julio y Pérez Hernández, Lissette (compiladores): Selección de lecturas del Estado y del Derecho. Editora Félix Varela, La Habana, 2000, p.55.

73 Ferrajoli, Luigi. 2014, op. cit., p. 74.

74 Díaz Arenas, Pedro Agustín: op. cit, p. 4.

75 Bodenheimer, Edgar, *Teoría del Derecho*, (México: Fondo de Cultura Económica, 2005), p.17.

¿Se puede afirmar que tales agrupaciones son comunidades de derecho, cuando están organizadas verticalmente y subordinadas ciegamente o forzosamente a una autoridad determinada?. Así sucedía en la organización gentilicia, unida por lazos de sangre, y reguladas consuetudinariamente, hasta avanzar a nuevas formas de organización, “la simple confederación de tribus vecinas fue reemplazada por la fusión en un solo pueblo. De ahí nació el sistema de derecho popular ateniense general que estaba por encima de las costumbres legales de las tribus y de las gens”.⁷⁶

Es más, el análisis sobre si pueden considerarse comunidades de derecho, se extiende a aquellas sociedades en las cuales se argumenta el “contrato social” como el supuesto precedente —con antecedentes en la antigüedad— para dar paso a la organización sociopolítica,

“la idea mítica de un contrato social que pretende explicar el origen de las comunidades políticas, tiene un origen muy lejano y podría afirmarse que formó parte de la mitología helénica. En efecto, el sofista Protágoras afirmó que el origen de la polis fue una supuesta reunión de hombres libres hasta aquel momento. Y Platón, con buen criterio, imputó a los sofistas la autoría de la tesis según la cual los hombres se agruparon, de acuerdo con un entendimiento inteligente y voluntario, para protegerse contra la injusticia”.⁷⁷

En todo caso, calificar a grupos humanos organizados en hordas, clanes o tribus como sociedades sometidas al Derecho dependerá de la noción que se tenga sobre la naturaleza del Derecho; es decir, si la organización es despótica por un lado, o es anárquica por otro, no se consideraría una organización de Derecho, si se entiende que el Derecho es un elemento que busca mediar entre ambas formas de vida social. Pero si se aceptara que el derecho no es solamente un conjunto de normas positivas, racionalizadas y creadas a través de un procedimiento establecido, sino un conjunto de normas no necesariamente positivadas, sino también consuetudinarias, no necesariamente racionalizadas sino dadas, cuya fuente no sea necesariamente un texto escrito sino moral, convencional o cualquier índole, —no se olvide que “en los orígenes más remotos del derecho, cuando este nace en Roma, era el sacerdote el único a quien estaba reservado pronunciar las fórmulas jurídicas—”,⁷⁸ y que establezcan relaciones de poder ilimitado atribuido a persona o personas, eran también sociedades de Derecho.

⁷⁶ Engels, Federico *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado* (Colombia: Orión Editores, 1994), p. 106.

⁷⁷ Alzaga, Óscar, *Del consenso constituyente al conflicto permanente* (Madrid: Trotta, 2011), p. 19.

⁷⁸ Insanti, Horacio, *Derecho y posmodernidad, el ius y la superación de la metafísica* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1999), p. 51.

EL NEOCONSTITUCIONALISMO EN ECUADOR

Entonces, el condicionante para ser sociedades de Derecho sería básicamente el obedecer ciertas normas en sentido general, sean costumbres, leyes, mandatos divinos u otra expresión normativa, lo cual podrá llevarnos a calificar también al Estado ecuatoriano de inicios del siglo XX como una sociedad de Derecho, aún si se tiene en cuenta, por ejemplo, que las mujeres no tenían acceso a ejercer derechos políticos o, peor aún en el caso de los Estados fascistas, que cumpliendo los mismos condicionantes, podrían ser considerados Estados de Derecho. Por lo tanto, se reconoce tales organizaciones como sociedades de Derecho, no constitucionales en algunos casos como queda dicho, pero sí sometidas a un conjunto de reglas que modulan la conducta humana en sociedad. El único fundamento de validez que tiene este Derecho radica en la autoridad de donde emana y no en la racionalidad de sus contenidos.

La noción de derecho como orden y organización, es anterior a la noción de Constitución, es original y nace con las agrupaciones humanas en determinado estadio de desarrollo, hasta llegar a la “idea” de Estado, este aspecto puede considerarse la primera diferencia.

Estas sociedades de derecho desde las “primigenias”, establecían formas de dominio o de detentación de poder específicos en cada tiempo, poder que no es inmutable sino cambiante, deviene del desarrollo material y en consecuencia espiritual del individuo, que se alterna de forma cíclica y obedece a la reacción de quien o quienes se encuentren ajenos, sean víctimas u oprimidos por quien o quienes ostenten el poder. Por lo cual el derecho constituye una expresión del poder, en términos generales, mientras que la Constitución, como materialización de poder, establece quiénes son los titulares de ese poder y la forma en la cual puede ejercerse. “El poder es el hecho fundante básico del Derecho y causa última de su validez y de su eficacia”.⁷⁹

Siendo así, el Derecho es amplio y absorbe el contenido de la Constitución. Así podremos encontrar constituciones que establezcan diferentes fuentes de poder político y formas distintas de ejercerlo; sin embargo, todas ellas son sociedades de Derecho. No obstante, una característica esencial de las constituciones actuales radica que en ellas se encuentran contenidos los derechos, que anteriormente eran el resultante de la existencia en primer término del Estado, que lo garantizaba mediante la ley. Ahora es el mismo Estado que deriva su existencia de la Constitución, que establece los poderes que lo componen, sus respectivas atribuciones y competencias y la composición de estos poderes de forma ordenada.⁸⁰

79 Peces-Barba, Gregorio. *Ética, poder y Derecho* (México: Distribuidores Fontanara, 2004), p. 78

80 Ver Fioravanti, Maurizio, *op. cit.*, pp. 147,148.

Finalmente, es posible decir que el poder sirve como fundamento del Derecho, el cual establece la forma de ejercerlo. “No existe el mero poder como fuerza desnuda, o al menos no puede ser duradero. Debe revestirse siempre de Derecho, es decir, de una pretensión de justicia, para poder consolidarse y poder desarrollar el sentido del deber frente a la ley por él establecida”.⁸¹ Este poder históricamente ha ido variando en la humanidad hasta llegar al punto de considerar la existencia de un poder soberano, un poder social, por encima de cualquier otro poder personal, momentos en los cuales la Constitución escrita recoge esta voluntad.

“El poder es el hecho fundante básico del Derecho y causa última de su validez y de su eficacia”.⁸² Ahora bien, no es que la detentación de poder y su ejercicio provenga del Derecho, sino más el segundo se ajusta al primero, a tal punto que el Derecho puede ser un instrumento de dominio. No obstante, el problema radica en quién detente ese poder, en los intereses que él persiga y cómo se manifiesten posteriormente en Derecho y específicamente en Constitución.

En este sentido,

“el paradigma del Estado constitucional, heredero de la filosofía contractualista, supone que el consenso de los contratantes no es una cuerda vacía, sino que tiene como cláusula y como razón social, la garantía de los derechos fundamentales, cuya violación por parte del soberano legitima la ruptura del pacto, hasta la insurrección y la guerra civil”⁸³.

Es evidente que, en la historia de la humanidad, las formas autoritarias, arbitrarias, opresivas de ejercicio de poder han sido combatidas, pero atacando primero los cimientos en los cuales se sostienen, especialmente de orden religioso y económico. Todo esto en búsqueda de un orden social considerado mejor que los anteriores. Tal búsqueda exige necesaria e indefectiblemente el cambio y adopción de un conjunto de normas y reglas de regulación social más idónea y perfecta. “El Derecho en su forma pura y perfecta se realizará en aquel orden social en el que esté reducida la posibilidad de abuso de poder tanto por parte de los particulares como por parte del gobierno”.⁸⁴

Pero, para darse este orden social es indispensable el control del poder no solo de gobernantes, sino de los ciudadanos a través de la asignación de obligaciones y deberes constantes, en normas jurídicas. “La sociedad es, al mismo

81 Zagrebelsky, Gustavo. op. cit. p. 27.

82 Peces-Barba, Gregorio. op. cit. p. 78

83 Prieto Sanchís, Luis. op. cit. p. 71.

84 Bodenheimer, Edgar. op. cit. p. 34.

tiempo, materia activa y pasiva, como, por otra parte, el Derecho es al mismo tiempo, producto y productor del orden social”.⁸⁵ Este puede ser fruto o no de órganos legislativos, ya que reiteradamente, como se ha señalado, han existido en la historia diversos legisladores. En la tradición positiva la manifestación palpable del Derecho es la ley, el texto escrito en el cual constan de manera objetiva determinada y determinante las normas que rigen la vida social. Es la fuente principal del Derecho. Pero “nadie sino el rígido positivista a ultranza, el designado como positivista ideológico, es decir, el que considera justa una ley por el solo hecho de haber sido dada, estaría dispuesto a llamar Derecho a la pura y simple ley de la fuerza. La ley no se presenta nunca como pura *voluntas* fundada en sí misma. “El legislador también se presenta como *ratio* (es ley porque lo que yo quiero, como legislador, es razonable”.⁸⁶

La historia revela que el legislador no ha sido el único creador del derecho, ya que, en los sistemas consuetudinarios, quien ejercía el papel de creador de Derecho eran los tribunales, los jueces, quienes, en observancia a las conductas aceptadas en razón de hábito, su grado de repetición y aceptación formaban parte del Derecho que regulaba su sociedad, que a la vez se fue materializando y codificando en las decisiones judiciales.

Ahora bien, en un primer punto, es posible concluir que el Derecho es anterior a la Constitución y es a su vez la Constitución un elemento constitutivo del Derecho,⁸⁷ que busca legitimar el poder y su ejercicio. Sin embargo, esta no es la única función del Derecho; es también limitar el poder de los particulares sobre los actos y hechos que dependen para su realización exclusivamente de su voluntad, estas son las relaciones de familia, propiedad, credo, etc. las mismas que son ubicadas en el grupo de derechos individuales, también llamados de libertad.

Cuando una organización social libera las relaciones privadas de toda norma y no establece límites, crea condiciones de inequidad, opresión y explotación. Así las relaciones de propiedad, trabajo, familia se tornan en relaciones despóticas. El caso más fehaciente es la acumulación de la propiedad en un grupo minoritario de la sociedad, dejando a la mayoría de la población en la pobreza e indigencia, actuación propia de un Estado de Derecho liberal.

Ante esta circunstancia de limitar el poder de los particulares en sus relaciones mutuas, se reacciona y se crean formas atenuadas y limitantes al ejercicio

⁸⁵ Zagrebelsky, Gustavo. op. cit., p. 23.

⁸⁶ *Ibidem.* p. 24.

⁸⁷ *Ibidem.* p. 137.

de los derechos individuales. En tal sentido, se encuentran derechos individuales *versus* el interés social, lo que da paso al establecimiento de un conjunto de derechos sociales, que pretenden equilibrar la relación entre las personas, estos derechos sociales por citar varios son los de educación, salud, trabajo, etc. En la Constitución ecuatoriana se identifican con el buen vivir, normas que se presentan como un tipo especial,⁸⁸ que, de la misma forma, regulan el accionar del poder público.

“El constitucionalismo es, desde sus orígenes, una corriente de pensamiento encaminada a la consecución de finalidades políticas concretas, consistentes fundamentalmente, en la limitación de los poderes públicos y en la consolidación de esferas de autonomía garantizada mediante normas”.⁸⁹

La limitación de los poderes públicos se efectuará sustancialmente en dos vías, la división o separación de poderes y la consagración de derechos de libertad y sociales incluidos en los textos constitucionales, tanto en la llamada parte dogmática como en la orgánica. La Constitución se convierte en brazo ejecutor del fin del derecho, o fin de la organización sujeta a derecho. En tal sentido, el derecho se vale de los textos constitucionales para cumplir un objetivo determinado por quien ejerce el poder. “Los derechos encuentran su base en la Constitución y la Constitución es, por definición, una creación política, no el simple reflejo de un orden natural, más aún, es la máxima de todas las creaciones políticas”.⁹⁰

No obstante, si bien el Derecho se sirve de la Constitución para alcanzar sus fines, no se agota en ella, ya que los mecanismos jurídicos con los cuales cuenta van más allá del texto constitucional. Su fuente no es la ley suprema exclusivamente, su fuente sigue siendo el conjunto de normas desarrolladas a partir de su texto, sean leyes subordinadas, sean fallos, sentencias, resoluciones o cualquier acto de potestad pública que aplique derechos individuales o colectivos, que impidan el abuso de poder público, incluso normas supraterritoriales que no han sido discutidas por el grupo social, como puede ser el caso de los tratados internacionales. Todo ello le da estructura al Derecho, incluso, las constituciones, en el desarrollo de sus principios, aceptan la aplicación de normas que difieran a su texto, condicionándola a que sea más favorables al sujeto del derecho.⁹¹

88 Alexy, Robert. *Derecho y razón práctica* (México: Distribuidores Fontanara, 1998), p. 24

89 Fioravanti, Maurizio. op. cit., p. 17.

90 Zagrebelsky, Gustavo. op. cit., p. 114.

91 En la Constitución de la República del Ecuador, en el capítulo de Aplicación de los derechos en su artículo 11, numeral 7 se señala: “El reconocimiento de los derechos y garantías establecidas en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos no excluirá los demás

EL NEOCONSTITUCIONALISMO EN ECUADOR

Por tanto, es posible concluir que el derecho es amplio, abarcador, la Constitución, por el contrario, es específica, restringida. La Constitución, como norma de conducta o formas de proceder, está inmersa en el vasto mundo del derecho, es parte de él.

Por último, se puede señalar que, atendiendo a los cambios de la noción de Constitución, esta llega a ser considerada como acto creador de la comunidad política, en tanto, la búsqueda compartida hace que la Constitución consensuada sea patrimonio común.⁹² De ahí nace la sociedad y nace el poder; ambos constituyen actos fundacionales de repúblicas, a tal punto que emprender un proceso constituyente, es emprender un proceso de refundación, un renacer de la sociedad, motivo por el cual los cuerpos constituyentes contienen en sus inicios declaraciones de la “voluntad soberana”, de constituirse en una república o en una monarquía constitucional.

Como se ha analizado, el Derecho y el poder político son caras de una misma moneda. La expresión más visible del poder político se da en el Derecho constitucional, el mismo que ha ido evolucionando e incorporando formas distintas respecto al origen, competencias y ejercicio del poder público, sin dejar de concebir que, en un Estado constitucional, el poder político se encuentra siempre dentro de los límites de la Constitución.

Pero la materialidad de la Constitución, como se ha visto, va más allá en sus normas, no solo se limitan a regular las relaciones de los individuos frente al poder político, sino también frente al poder de los particulares, convirtiendo a la Constitución en un código de convivencia. Deja de ser un manual programático, ideológico y político y pasa a ser un instrumento normativo. Esto convalida el paso del Estado de Derecho, al Estado Constitucional de Derechos.

derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento”.

El Art. 417 señala: “Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución.

92 Alzaga, Óscar, op. cit., p. 21.

I.3. La concepción normativa de la Constitución bajo paradigmas neoconstitucionales

Si conforme a lo manifestado en líneas anteriores, una sociedad que puede estar y de hecho ha estado sujeta a normas de conducta que regulan su accionar, puede ser considerada una sociedad de derecho, si esta manifestación del derecho o conjunto de reglas se reflejan a través de un texto escrito denominado Constitución, se puede decir, a manera de punto de partida, que se está ante un Estado de Derecho Constitucional. Tal Estado u organización, y por ende quienes la integran, está sometido no a poderes personales sino al imperio de la Constitución, de una ley como manifestación y aceptación del grupo social, como fruto de un “acuerdo social, o contrato social” para que tenga legitimidad. Por tanto, este tipo de sociedad es una sociedad de Derecho, constitucional o nomocrática; es decir, se está ante un Estado legal e impersonal. Es más, la existencia del Estado se encuentra condicionada a la existencia de la Constitución. Así, para Santi Romano,⁹³ la Constitución no se agota en normas jurídicas, si no que refiere a un instrumento complejo y real en el que se concreta efectivamente el Estado, mientras las normas no son más que sus signos exteriores, una forma de su afirmación, dada de modo efectivo en las instituciones en que toma cuerpo.

Sin embargo, se debe tomar en cuenta que el Estado de derecho nomocrático surge para garantizar la libertad individual; es decir, garantizar el goce y ejercicio de aquellos derechos que aun cuando sean analizados desde una concepción iusnaturalista —considerados consustanciales al ser humano, anteriores a una Constitución escrita, y limitados exclusivamente por la libertad ajena— o analizados desde concepciones liberales, como derechos producto de la razón, configuran en reacción a la voluntad real, dando de esta forma certidumbre al derecho y a la clase burguesa emergente, que busca sus espacios de poder a través de una democracia formal en lo político y liberal en lo económico.

No obstante, se debe hacer mención a la diferencia entre las constituciones estadounidense e inglesa, respecto de la francesa, ya que, en el caso de las primeras, los derechos tenían como fuente las costumbres del pueblo anglosajón, anteriores al Estado, mientras que el derecho racionalizado francés, era considerado el derecho burgués de una clase emergente que veía en el naciente estado liberal el ambiente propicio para garantizar su existencia y expansión. Por lo tanto, en su Constitución, se planteaba una filosofía política de corte liberal a través de

93 Ver Romano, Santi. *Principii di Diritto Costituzionale Generale*. s/e Milán: s/e. 1946, p. 57.

EL NEOCONSTITUCIONALISMO EN ECUADOR

declaraciones ideológicas, antes que normas jurídicas de plena aplicación, más aún cuando el organismo judicial se encontraba encerrado en los límites de la ley.

Lo analizado antes convirtió a la igualdad consagrada en las constituciones de influencia latina en declarativa y formal, no evitó que se repitiera la exclusión vivida en *ancie régime*, pero ahora convertida en la explotación producida por la presencia del Estado liberal de la Edad Moderna.

Para garantizar estas libertades, se opta por mecanismos de diferente índole. Uno de ellos es dividir el poder político; y otro, normar los derechos fundamentales enfrentados al poder, como mecanismo de garantía de la libertad individual, considerándose que, en caso contrario, se podría caer en el absolutismo que se quiere erradicar, motivo por el cual puede asegurarse que “el constitucionalismo no existió en la antigüedad, fue una conquista de los pueblos en su lucha contra el absolutismo monárquico”.⁹⁴

Pero debemos recalcar que la soberanía popular, teniendo como mecanismo la democracia representativa, produjo un traslado de su poder soberano a los parlamentos, otorgándoles potestades supremas,⁹⁵ convirtiéndolos en únicos entes capaces de generar derecho,⁹⁶ lo que unido al positivismo jurídico, caracterizaba a la ley en universal, general y abstracta. En el Estado liberal, la manifestación más pura del Derecho era la ley. Las normas jurídicas eran construidas desde la rigidez procedimental y la legitimidad, para su creación, era exclusividad del legislador.

“El prestigio de la ley se forja en la filosofía de la ilustración, que la concibe como vehículo o instrumento de todo un proyecto de racionalización de orden político y social: como las leyes científicas, las normas jurídicas tenían que diseñar una suerte de cartografía práctica capaz de garantizar la seguridad de las relaciones jurídicas y la igualdad formal de sus participantes. De ahí que frente al inseguro Derecho consuetudinario y al pluralismo jurídico del antiguo régimen, la ley debía ser escrita, además, en un estilo sencillo, claro e inequívoco, ser pública y susceptible de general conocimiento; estable o con vocación de permanencia; obra de un solo sujeto: el legislador o soberano, que no es solo quien hace las leyes, sino el único que puede hacerlas; reguladora omnicomprendiva y coherente de una cierta materia (eso es, la codificación), dirigida a un sujeto también único (*homo iuridicus*) y por ello mismo abstracta y general, es decir, la misma para todos, tanto si protege como si castiga”⁹⁷.

94 Castro Patiño, Nicolás. *Poder constituyente, constitución y control de la constitucionalidad* (Guayaquil: Offset GRABA, 1997), p. 31.

95 Osorio Gómez, Felipe. *op.cit.*, p. 72.

96 Ver López de Oñate, Flavio. *La certeza del Derecho* (Granada: Comares, 2007), p. 38.

97 Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, p. 39.

La Constitución redactada como un proyecto político se torna inaplicable e inejecutable, lo cual empuja al surgimiento de constituciones materiales, que contengan reglas y principios de aplicación directa. Esto produce inevitablemente un protagonismo judicial rasgo típico del neoconstitucionalismo.⁹⁸ De todos modos estas nuevas constituciones presentes en Europa y sustancialmente en países de América Latina, como Ecuador, Bolivia, Venezuela, Colombia, Brasil, reafirman teóricamente la razón de ser del Estado liberal de Derecho, a través del recambio de las relaciones de poder económico y por ende político; es decir, que el problema va más allá de las connotaciones de orden jurídico constitucional a cuestiones de orden económico, ideológico, político, religioso, entre otros aspectos.

Esta liberalidad del poder de los particulares en el orden social, dio como resultado que se configuraran regímenes oligárquicos y plutocráticos, vinculados con el capital, como el caso ecuatoriano, con el propósito de garantizar la hegemonía económica y política de minorías, lo que lleva a deslegitimar el poder y, por tanto, a la ley como su expresión. Este será otro de los fundamentos contra los cuales reaccionan las posturas del nuevo constitucionalismo, referente a la participación ciudadana no por medios clásicos de representación, sino por derechos de participación amplios y suficientes que garanticen el empoderamiento de lo público por parte de la sociedad.

Por lo dicho, en el campo jurídico, se empieza a repensar los fundamentos de los ordenamientos a partir de las constituciones políticas, incorporando en el sistema nociones neopositivistas, en otros casos calificadas de neo ius naturalistas de la Constitución, cuando para juzgar la validez de una norma legal, no solo se atiende a la forma de su producción de acuerdo al procedimiento establecido en la carta, sino que la real validez estará determinada por la conformidad sustancial de la norma legal con la Constitución. Precisamente a partir de esta concepción es cuando se diluye la omnipresencia del legislador, porque tal validación sustancial de la norma la va a declarar el juez,⁹⁹ descansando el sistema exclusivamente en la producción de normas jurídicas.

En la configuración de una Constitución con expresiones de valor y fines éticos, se entenderá al Derecho no solo como un conjunto de normas legales, sino también de principios y valores, que también pueden ser enunciados por el juez. En este nuevo contexto, “el entramado neoconstitucional tiene como trasfondo

98 *Ibidem.* p. 99

99 Ver Carbonell, Miguel (editor), 2007, op.cit.

EL NEOCONSTITUCIONALISMO EN ECUADOR

la creciente desconfianza frente al legislador parlamentario y la correlativa fe en las virtudes taumatúrgicas de la judicatura”¹⁰⁰. Cambia el rol del juez que deja de ser la boca muda de la ley. “El juez ya no solo aplicará el derecho preexistente, también creará un nuevo derecho en sus sentencias”¹⁰¹, en tal razón no se puede considerar de forma general que el administrador de justicia prevarica cuando un fallo no esté sustentado en ley, ya no existe la inteligencia de la ley, sino un juez creador de derecho a través de la Jurisprudencia.

La barrera que en la teoría revolucionaria de la Revolución francesa impedía que los jueces participaran en la creación de normas, al decir de Ignacio de Otto,¹⁰² se ha fracturado en dos puntos concretos, a saber: en primer lugar, el hecho de que las normas mismas se conviertan en objeto de juicio, convierte a los jueces en legisladores negativos, consecuencia del principio de jerarquía normativa en cuanto se hace valer mediante un control jurisdiccional de la adecuación de las normas inferiores a las superiores; en segundo lugar, la necesidad de uniformar la aplicación judicial ha llevado a sujetarla a reglas elaboradas por la cúspide de la propia organización judicial, esto es, a la jurisprudencia, que adquiere así un valor que la Revolución francesa le negó.

“La norma constitucional deja de estar secuestrada dentro de los confines que dibujan las relaciones entre órganos estatales, para asumir las funciones de normas ordenadoras de la realidad que los jueces ordinarios pueden y deben utilizar. No es necesario añadir el protagonismo que con todo ello cobran los jueces, que de mudos ejecutores de la ley se han convertido en instancias críticas de la voluntad legislativa a partir de una interpretación constitucional...”¹⁰³

Las constituciones latinoamericanas de fin del siglo XX y comienzos del siglo XXI, entre las cuales se encuentra la ecuatoriana, son abundantes y generosas en sus textos, están plagadas de principios generales que no tienen la fórmula de establecer consecuencias jurídicas, sino que es el juez quien debe encontrar esa consecuencia. Se incorporan principios de aplicación de los derechos, entre los cuales fundamentalmente se establece la obligatoriedad de la aplicación de las normas constitucionales sin necesidad de haber sido desarrolladas por leyes secundarias.

100 Bernal Pulido, Carlos. *El Derecho de los Derechos* (Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2008), p. 17.

101 *Ibidem*

102 Ver De Otto, Ignacio. *Derecho constitucional. Sistema de fuentes* (Barcelona: Ariel, 1995), p. 286.

103 Prieto Sanchís, Luis, op. cit., p. 28.

El neoconstitucionalismo se centra en el análisis, la conversión de la Constitución a norma jurídica; ahora no son solo programas políticos que se desarrollan en leyes. Se establecen garantías tanto normativas como jurisdiccionales con el fin de hacer efectivo el ejercicio de los derechos establecidos en la Constitución, en cuanto a las garantías jurisdiccionales. En virtud de la nueva concepción de Constitución, se otorgan facultades al administrador de justicia, para desarrollar los preceptos constitucionales y, al órgano de control de la constitucionalidad, facultad de interpretar sus normas.

Una vez que el Juez adquiere potestades interpretativas y sobreinterpretativas de la Constitución, el sistema de fuentes y los organismos de donde deriva el derecho se transforman. Así, el parlamento no solo deja de ser el productor exclusivo de leyes, es a través de la jurisprudencia dictada por los jueces que se encuentra desarrollo constitucional. No se limitan a ello, son los mismos jueces quienes realizan el control abstracto y difuso de la ley emanada del legislador. Esto evidentemente plantea una nueva funcionalidad del Estado.

I.4. Los derechos fundamentales en el neoconstitucionalismo: ejes del control en la relación individuo comunidad política

La historia constitucional demuestra que las teorías de los derechos fundamentales son expresión de determinadas concepciones del Estado e ideas básicas sobre la relación de dependencia del individuo con la comunidad estatal.¹⁰⁴

“A partir de los siglos XVII y XVIII, en Inglaterra, se inicia el modelo inglés a través del famoso Bill of Rights o Declaración del Derechos de 1689, y sus colonias, los Estados Unidos de América cuando se independizan y promulgan la famosa declaración de los derechos del pueblo de Virginia el 12 de junio de 1776 constituyéndose en el modelo norteamericano; y de manera determinante el pueblo francés, por medio de la famosa Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en Francia del 26 de agosto de 1789.”¹⁰⁵

Sin embargo, estos datos históricos reflejan que aun existiendo coincidencia en los fines que tiene una Constitución, existen tres posiciones dominantes acerca de su contenido y alcance; como se ha dicho, la corriente continental Europea, en su versión francesa, la insular o británica y sus colonias, y por último el modelo norteamericano.

104 Ver Böckenförde, Ernest-Wolfgang. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, (Alemania: Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993), p. 68.

105 Mármol Palacios, Enrique. *Filosofía del derecho, Derechos Humanos, Argumentación Jurídica y Neoconstitucionalismo* (Perú: Edilex, 2011), p. 97.

EL NEOCONSTITUCIONALISMO EN ECUADOR

Pero las relaciones de los seres humanos, deben ser abordadas desde dos perspectivas, la una desde lo público y la otra desde las relaciones privadas, ya que un orden espontáneo librado exclusivamente a las reglas establecidas por la voluntad de los particulares orientada a la consecución de sus intereses, es una idea extraña a las constituciones del siglo XX.¹⁰⁶ Es decir, que la difundida noción que se tiene de los derechos humanos, abordados desde la óptica de protección de los particulares frente a las decisiones del poder público o actuaciones de quien está investido de potestades públicas, constituye la única esfera de los derechos humanos, es un error, ya que un ordenamiento jurídico pudiera formalmente garantizar una relación de poder despótico, entre los miembros de una familia.

“En razón de los derechos fundamentales, el individuo se erige dentro de la comunidad y frente a ella como un sujeto libre, autónomo, capaz de determinarse en lo público y lo privado, y titular de ciertos intereses y necesidades, cuya protección y satisfacción fundamenta la propia existencia del ámbito social”.¹⁰⁷

Así, en la sociedad, se limita y restringe de modo importante el poder de los particulares con el fin de mantener un orden social pacífico, ordenado y equilibrado. así se regularán y ordenarán las facultades de los miembros de una familia, las relaciones de propiedad, su acceso, su distribución, las posibilidades y amplitud de las obligaciones contractuales. Para este tipo de organización es menester la existencia de Estados fuertes, planificadores y, por otro lado, sociedades comprometidas, con conciencia política e ideológica que la sostengan. Tales formas de concebir la organización social, insistiendo: la una desde la óptica del reconocimiento de derechos individuales sin restricción, aun con supremacía a un interés colectivo o social y la otra, desde la supremacía de los derechos sociales o colectivos, limitando el poder individual, caracterizan los contenidos de derechos estipulados en las constituciones.

Sin embargo, como se apuntó anteriormente, es a partir de los siglos XVII y XVIII, y su desarrollo sucesivo, cuando se consagran derechos de las personas en relación con ellas y con el poder público. Para tal hecho es menester que los pueblos hayan caminado hasta la construcción de organizaciones y sociedades con características específicas que permitan fundamentar los derechos y garantizar su ejercicio de forma efectiva. Esta fundamentación de derechos llega de

106 Zagrebelsky, Gustavo, op. cit., p. 98.

107 Bernal Pulido, Carlos, 2008, op.cit., p. 383.

la mano del racionalismo e ilustración producida en la época moderna, *versus* la etapa teológica, para utilizar un término de Comte,¹⁰⁸ que vivió la humanidad en la escolástica y por otro lado, la garantía de poder gozar de estos derechos, a través de mecanismos de orden jurídico coercitivo que permitan su exigibilidad por parte del sujeto de derecho.

“Los derechos fundamentales tienen fuerza normativa, generan obligaciones, pero en principio solo frente al legislador. Para que un juez ordinario pueda resolver un caso a la luz de la Constitución, es decir, para que esta resulte aplicable, es preciso una legislación de actuación”¹⁰⁹. Por tanto, es menester la formación de Estados nacionales con una estructura encargada del control y la coacción, una fuerza armada a fin de garantizar el cumplimiento del derecho, estas sociedades se configuran en la Edad Moderna. “El jurista alemán Robert Von Mohl¹¹⁰ acuñó en 1832 la expresión *Rechtsstaat*, que significa *Estado de Derecho*, por oposición a *Machtstaat* o *Estado de Fuerza*, o Estado de la monarquía absoluta, y a *Polizeistaat* o *Estado de Policía*. En el Estado de Fuerza el *rex facit legem*, mientras que, en el Estado de Derecho, *lex facit regem*”.¹¹¹

Para instaurar cierto conjunto de derechos subjetivos, el papel de iusnaturalismo fue fundamental al señalar que los derechos de las personas son inherentes a la naturaleza humana, de carácter universal, y anteriores a cualquier derecho positivo e incluso a costumbres aceptadas y que han generado derechos posteriores. Ahora bien, es preciso distinguir que el iusnaturalismo en sus diferentes presentaciones hace diferencia sobre las características de dichos derechos. Así, el iusnaturalismo teológico afirma que las acciones humanas tienen un fin divino específico en razón de que tales atributos del ser humano son otorgado por la divinidad, como señalaba el pensamiento tomista.¹¹² Frente a él, el iusnaturalismoracionalista¹¹³ que considera al humano un ser esencialmente racional capaz

108 Comte, Auguste. *Discurso sobre el espíritu positivo*, digitalizado por libro dot.com, www.librodot.com, 10/09/2013

109 Prieto Sanchís, Luis. 2013, op.cit., p. 77.

110 Valdés, Diego *Estado de Derecho*, http://www.iidh.ed.cr/comunidades/redelectoral/docs/red_diccionario/estado%20de%20derecho.hatm, p. 1, (consultado: 01/02/2016).

111 Dermizaky Paredo, Pablo, *Estado de Derecho y buen gobierno*, Red AL y C La hemeroteca científica en línea en ciencias sociales, www.redalyc.com, Chile, 2000, p.145, (consultado: 14/02/ 2014).

112 De Aquino, Tomás, *Suma de Teología* 4.a ed. (Madrid: Biblioteca de autores cristianos), pp. 886- 887

113 El racionalismo parte de contradecir el azar y la contingencia en el universo, en tal sentido alude que los acontecimientos son necesarios y racionales, el iusnaturalismo racionalista, en concordancia, se desvincula del derecho teológico, y concluye que Dios no es fuente de toda moral,

EL NEOCONSTITUCIONALISMO EN ECUADOR

de explicar los fenómenos del ser y su entorno, sin tomar en consideración la finalidad o destino de las cosas.

“El racionalismo suplantó el estudio de la finalidad o sentido de las cosas, como criterio explicativo fundamental, por el mero análisis de la causalidad material y formal: la hegemonía del *para qué* fue suplantada por la hegemonía del *cómo*”.¹¹⁴ Esta explicación de los fenómenos se hace a través del plantear leyes universales, válidas para todos.

“Los racionalistas consideraron posible articular un sistema normativo universal que pudiera inspirar los nuevos órdenes jurídicos de la Europa reformada y del Nuevo mundo, y que sirviera para solventar los conflictos entre esas mismas naciones. Se creyeron capaces de ‘justificar’ con la sola razón, more geométrico, y hasta el detalle, las pautas del obrar racional, en un sistema de normas universales, inmutables y eternas”.¹¹⁵

Esto no sería posible ni aplicable al Derecho si no se hubiese practicado en otras ciencias, específicamente las de la naturaleza (postular leyes de validez universal), para lo cual el racionalismo establecía un método de análisis de los hechos dividiendo el objeto de estudio. En el tema del derecho natural, se llega a la conclusión de que el ser humano es sujeto de derecho, no en virtud de vivir en sociedad o comunidad, sino tomado en consideración como ser individual; por tanto, estos derechos se encuentran frente al Estado ante el cual lo exigen y piden su intangibilidad. Así, la libertad, que constituye un derecho del ser humano considerado en su forma natural y esencial, se debe garantizar frente al poder público. Por esa razón, se señaló, que los denominados derechos humanos vistos desde la perspectiva de derechos de las personas individualmente concebidas contra los abusos del poder público.

Este conjunto de atributos del ser humano debía positivarse en normas jurídicas y, efectivamente, así sucede en las cartas constituyentes citadas anteriormente,¹¹⁶ configurándose de esta forma el Estado de derecho, en el cual se establece y

la fuente es la racionalidad humana, el derecho natural se crea mediante la lógica y se va ampliando a través de preceptos legales establecidos, a fin de vivir en sociedad, en esencia el derecho se presenta como una construcción racional y lógico. Destacados exponentes de esta corriente de pensamiento son: Tomasio, Wolf, Puffendorf, Grocio, entre otros.

114 Poole, Diego, *Racionalismo Jurídico*, http://www.eticayDerecho.com/Tema7_Racionalismo_juridico.pdf, unidad 7, p. 4, (consultado: 14/02/ 2014).

115 *Ibidem*, p. 8

116 Cartas fundamentales de primera generación, a partir de los siglos XVII y XVIII, en Inglaterra que inicia el modelo inglés a través del famoso *Bill of Rights* o *Declaración de Derechos* de 1689, y sus colonias. Los Estados Unidos de América cuando se independizan y promulgan la declaración de los derechos del pueblo de Virginia el 12 de junio de 1776, constituyéndose en el modelo nor-

garantizan derechos de libertad de los ciudadanos. “Los derechos fundamentales, y en general todos los principios establecidos en las actuales constituciones, consisten claramente en valores morales y políticos de justicia altamente compartidos”.¹¹⁷ Sin embargo, en la modernidad, estas declaraciones formales de derecho no tenían un efecto material o práctico en la sociedad, sujeta a normas jurídicas y al imperio de la ley; es decir, a pesar de la positivación de los derechos consustanciales en textos escritos, en constituciones, tales postulados nunca se llegaron a dar, dando lugar al planteamiento de una nueva forma de organización social que, como señala Prieto Sanchís, desde finales del siglo XVII se decantaron de dos grandes tradiciones constitucionales: la primera y a la postre tal vez la más fecunda es la que se desarrolla en Estados Unidos, donde la Constitución se concibe como una rigurosa norma de garantía de carácter supremo y que por ello mismo es objeto de tutela por los jueces ordinarios, como cualquier otra norma, donde el poder constituyente cristaliza en un texto escrito, que se erige una barrera infranqueable frente a los poderes constituidos.

Mientras por otra parte, la Revolución Francesa ve en la Constitución una norma directiva fundamental, un programa político que no será sino la síntesis del pensamiento ilustrado y humanista, que conjuntamente con el desarrollo del modo de producción, propugnaba un nuevo modelo de organización, liberal en lo económico y legal en lo administrativo y gubernamental, la que solo podría darse a través de una ruptura radical de los sostenes ideológicos, políticos, culturales, sociales, que cimentaban el edificio del *ancien régime*. Sin embargo, este proyecto como producto de poder constituyente en pureza, nunca pudo darse por depositar la soberanía en manos del legislador sin límite jurídico alguno, de manera que, si bien la Constitución y la declaración de los derechos presentan un muy importante contenido sustantivo susceptible de constreñir severamente la libertad política de la mayoría, en cambio, carece de cualquier garantía judicial efectiva.¹¹⁸ De estas tradiciones y fundamentos se construirá el Estado constitucional.

En cualquier caso, los derechos fundamentales, sin consideración a su origen y fines, han servido de cardumen a las constituciones modernas, como reguladores de las relaciones de poder, atribuciones y límites de potestades públicas de quien ejerce ese poder, a tal punto que, sobre la base de su existencia y positivación la humanidad considera como aspiración racional y deber ser del derecho,

teamericano; y, de manera determinante el pueblos Francés por medio de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en Francia el 26 de agosto de 1789.

117 Ferrajoli, Luigi, op. cit., p. 97

118 Prieto Sanchís, Luis, op. cit., pp. 227- 228.

alcanzar esa libertad, pero no solamente vista desde la óptica del derecho a la propiedad, derecho sustancial para la sociedad liberal, sino por citar a la libertad de culto, tránsito, opinión, asociación, igualdad, educación salud, trabajo.¹¹⁹

“La construcción del Estado moderno suele entenderse como la lucha por la conquista de los derechos y los privilegios de y para el individuo”.¹²⁰ La libertad proclamada desde siempre, se tradujo en la era moderna en la posibilidad no siempre cierta de ser propietario y el Estado no podía desde luego limitar este hecho, o esta no es la finalidad del Estado de derecho liberal.

Ahora, si bien esta libertad entendida desde la capacidad de acceder a la propiedad es la más marcada, no es menos cierto que los derechos humanos, no se restringen a ella. Tal es el caso de la igualdad postulada por San Agustín y Santo Tomás¹²¹ en la que todos los seres humanos, nacen libres e iguales ante la imagen de Dios, la imposición de restricciones al monarca en la *Carta Magna* de 1215, en cuanto a la libertad personal, el apareamiento de acciones o petición de garantías de los derechos consuetudinarios consagrados en el sistema inglés y en las constituciones escritas de Norteamérica, hasta culminar con la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano* en Francia. Todas estas fueron los antecedentes de la internacionalización de los derechos humanos, en el siglo XX, más aún con los hechos de guerra mundial que afrontó la humanidad.

Los cambios producidos en la historia humana, a través de las siempre cambiantes condiciones de vida y relaciones en sociedad, fueron estructurando, como se ha analizado, el contenido esencial de una Constitución; es decir, regular las relaciones de poder entre lo público *versus* lo particular y entre los particulares. Parte de ello son los denominados derechos humanos, a tal punto que “los derechos fundamentales constituyen el fundamento de la existencia del Estado y tienen como finalidad la protección de las capacidades y libertades básicas del individuo, de su autonomía política y la satisfacción de sus necesidades más apremiantes”.¹²²

Así, las normas constitucionales tendrán indefectiblemente en su contenido un conjunto de derechos subjetivos elementales y básicos que tengan como fin garantizar la libertad individual frente a las acciones u omisiones de funcionarios en el ejercicio de una potestad pública; los derechos humanos se convierten en un dique insuperable frente al abuso de poder público o privado, a la vez que su ejercicio

119 Ver Bernal Pulido, Carlos, op. cit., p. 388.

120 Osorio Gómez, Felipe: op. cit., p. 70.

121 Ver De Aquino, Tomás, op. cit., p. 831.

122 Bernal Pulido, Carlos, op. cit., p. 392.

contribuye al control del poder político y a la consecución de un estado de justicia social.

La positivación de derechos fundamentales en las constituciones va a desempeñar un papel crucial en cuanto a los límites del ejercicio de poder público y privado, y serán a futuro desarrollados por la legislación ordinaria y otros en sede jurisdiccional, junto a ello comenzarán a sentar los cimientos de las posteriores elaboraciones neoconstitucionalistas, sobre el fundamento de estos derechos y el rol que juegan en la Constitución y en la sociedad.

La constitucionalización de derechos fundamentales, ubica a la carta en una situación distinta al rol que jugaban las anteriores, la convierte en un instrumento jurídico de aplicación directa, el mismo que puede y debe ser invocado en cualquier causa y en tal sentido será observado primariamente por el administrador de justicia en sus sentencias.

A esto es conveniente añadir la presencia de mandatos de optimización que son los derechos colectivos, decisivos en la materialización de la Constitución, los mismos que tienen una naturaleza especial, ya que tienen tras de sí una carga ideológica fundamental, tema que será abordado en el siguiente capítulo.

El objetivo del neoconstitucionalismo no es tanto limitar y controlar al poder, como lo era del constitucionalismo, es principalmente afianzar y garantizar la vigencia de los derechos humanos, núcleo central del neoconstitucionalismo. Abre la posibilidad de que derechos, especialmente aquellos expresados en forma de principios, sean desarrollos progresivamente a partir de la jurisprudencia, y esto evidentemente nos trae como consecuencia que los conceptos de democracia y soberanía sean alterados.

Resumiendo, se puede considerar que los derechos fundamentales establecidos en las cartas cumplen un rol sustancial en el control del poder político a través de su expresión más amplia, atenuada por los derechos colectivos y asistenciales, que señalan los fines y objetivos de la sociedad a realizarse a través de los poderes públicos.

Bajo el neoconstitucionalismo, es posible la garantía de los derechos constitucionales desde los distintos órganos estatales, en tanto se redimensionan las relaciones entre el poder y el derecho por vía constitucional.

La evolución constitucional demuestra que la Constitución cambia sus fines. Mientras, en el constitucionalismo moderno, la Constitución sirvió como instrumento para un fin. A partir del neoconstitucionalismo, el rol de la Constitución se convierte en un fin en sí mismo. En el primero, se enmascaran las relaciones entre el poder, el derecho y la Constitución; en el segundo, se redimensiona esa relación sobre la base de aspectos democráticos.

La diferencia sustancial entre en constitucionalismo moderno y el neoconstitucionalismo está determinada por la forma que adquiere el control como límite del poder político en el neoconstitucionalismo y cómo este se ejerce formal y materialmente.

Los paradigmas que abrigan las corrientes neoconstitucionales actuales ofrecen elementos que afianzan la esencia de la Constitución como elemento de control. A saber:

Las constituciones modifican la naturaleza del actuar judicial, de aplicadores e intérpretes de la norma en al acto de administrar justicia. Los jueces se transforman, a través de sus sentencias, en creadores de derecho.

La regulación de los derechos fundamentales transforma radicalmente la esencia constitucional, al fortalecer por esa vía la posibilidad de control y límite al ejercicio de poder político.

A partir de una nueva noción de la Constitución, sus mandatos no descansan exclusivamente en normas jurídicas, sino también en principios y valores, que pueden ser desarrollados por el juez. Ello generaría una disfuncionalidad para el Estado Constitucional de Derecho si el desarrollo de los contenidos constitucionales, sobre la base de la interpretación judicial, contradice, menoscaba o excede los objetivos planteados por el constituyente.

En el neoconstitucionalismo, los derechos se convierten en resortes para el control del poder político, en tanto, límites al actuar de los entes públicos o privados. Su efectivo ejercicio depende de la funcionalidad de aquellos órganos estatales que tengan en el ámbito de su competencia garantizarlos. La disfuncionalidad aparece cuando estos órganos estatales extralimitan su competencia y vulneran la legalidad.

CAPÍTULO II. LA ACTUACIÓN JUDICIAL EN EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO

II.1. Los modelos de la interpretación jurídica: hasta la propuesta neoconstitucional

Para poder determinar las condiciones actuales en las cuales se desenvuelve la actividad decisoria de los jueces y su situación frente a la ley, es conveniente determinar las diferencias que se presentan en la actividad de los jueces en disímiles momentos, principalmente sobre la base del análisis de los tres modelos de derecho a los que se han ceñido los elementos esenciales de la interpretación jurídica: el jurisprudencial, el legislativo y el constitucional.

Los modelos mencionados, ejercitados en diferentes momentos, pueden confluir en tres familias o teorías de interpretación: “Una teoría cognitiva o fomalística, una teoría escéptica y una intermedia”,¹²³ que se relacionarán con la teoría del derecho en cada etapa histórica, hasta llegar a la interpretación constitucional, particularmente en Ecuador, influida por la ciencia jurídica contemporánea, que se alimenta de dos grandes tradiciones filosóficas: la tópica, hermenéutica o argumentativa que reconoce su origen en la retórica aristotélica, y la racionalista o sistemática que encuentra su máxima expresión en las grandes construcciones iusnaturalistas del siglo XVII y que, a través de la codificación, se proyecta en el positivismo moderno.¹²⁴

II.1.2. El rol del juez en la organización premoderna y el iusnaturalismo

Al respecto, es posible considerar varias características diferenciadoras del sistema jurídico moderno respecto de sus predecesoras: primero, la multiplicidad de fuentes de donde emana el derecho premoderno.¹²⁵ Entre ellas, la doctrina conocida como *theonomy*, fundamento de las normas jurídicas en Dios,¹²⁶ es decir un producto de la voluntad divina racionalizada por el ser humano (Tomás de

123 Guastini, Riccardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica* (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1999), p. 13.

124 Ver Prieto Sanchís, op. cit., p. 61.

125 Ferrajoli Luigi, 2014, op. cit., pp. 18, 19.

126 Zagrebelsky, *Gustavo Contra la ética de la verdad* (Madrid: Trotta, 2001), p. 95.

Aquino)¹²⁷, por tanto fuera de su alcance, donde lo único posible es racionalizarla, más no cambiarla o alterarla, en virtud de lo cual los derechos serán permanentes e inmutables y todo desarrollo del derecho producido por el ser humano a través de su raciocinio, devendrá de la subordinación a estas leyes de origen divino. En estas circunstancias el ser humano no crea derecho en sí mismo, lo desarrolla, lo racionaliza a partir de un mandato fundamental.¹²⁸

También, se concibe el origen del Derecho a partir de un conjunto de atributos propios de los seres humanos, inherentes a su condición, no otorgados, sino que nacen, derivan de él y de su plena realización individual y social, causa por la cual se tornan fundamentales, universales y permanentes.

Posteriormente, el derecho se laiciza y generaliza la discusión de lo jurídico, se rompen las cadenas que ataban el Derecho a la y voluntad divina, pasa a ser producto de la razón humana, que le es inherente a todo el universo de humanos, como constructores intelectuales que determinan el contenido del Derecho, de manera que la fuente de lo que es el Derecho o lo que debe ser, condiciona el Derecho positivo y su desarrollo.¹²⁹

Ahora bien, de donde sea que proviene el contenido, o el deber ser del Derecho planteado, desde posiciones iusnaturalistas,¹³⁰ este está asociado a una moral o idea de justicia general, sea divina, connatural o racional, que el Derecho acoge y especifica sin contradicción en determinados campos. “Según el pensamiento iusnaturalista, el paso del ser al deber ser resulta posible, porque se asume la justicia como valor. La justicia representa el máximo imperativo o la norma primaria, presupuesto del que deriva cualquier otra normatividad”.¹³¹

En resumen, existe una relación sustancial entre justicia moral y Derecho, donde el derecho no es más que una derivación de categorías a priori y subjetivas, es decir que tienen que ver con una noción de justicia y moral universal e inmutable.

En consecuencia, la validez del Derecho racionalizado y desarrollado tiene como condición esencial no afectar esa categoría de justicia y moral, más no su procedimiento de creación.

127 Osorio Gómez, Felipe, op. cit., p. 67.

128 Fernández Bulté, Julio. *Filosofía del Derecho* (La Habana: Félix Varela, 2005), p. 38.

129 Dorado Porras, Javier. *Iusnaturalismo y positivismo jurídico* (Madrid: Dykinson, 2004), p. 53.

130 Ver Bobbio, Norberto, op. cit., p. 156.

131 Zagrebelsky, Gustavo. *El Derecho dúctil*(Madrid: 9a. ed Trotta, 2009), p. 119.

De todo esto resulta que la competencia de los jueces bajo este esquema consiste en identificar el ser y deber ser del Derecho, relacionándolo con una idea de justicia, es decir, el juez debe impartir justicia, no necesariamente aplicar la ley. El papel modelador del Derecho y su aplicación lo establecen las nociones de justicia, a tal punto, que, para un juez, no sería necesaria la existencia de un derecho positivo, ya que las normas para juzgar podrían ser extraídas del derecho natural. Bajo esta concepción, existe un juez creador, descubridor, quien revela la palabra de Dios, tarea que resulta ser más compleja, ya que, ante un cúmulo de interpretaciones posibles, el juez construye la solución de un problema a la luz del derecho natural, ya que no existe un teoría hermenéutica de identificación y aplicación del derecho natural pudiendo degenerar las actuaciones de juez en actos arbitrarios.¹³² “El derecho se concibe aquí sobre todo como interpretación, es decir, consiste sobre todo en el trabajo de la comunidad de juristas (maestros, jueces y canónicos) que, sobre la base de textos autorizados (romanos y canónicos), lee los signos de los tiempos y construye un derecho auténticamente medieval”.¹³³

El juez puede interpretar abiertamente normas o costumbres. En este esquema, el juzgador procede a interpretar de forma abierta una norma o costumbre encuadrándola en el hecho, sin que necesariamente el Derecho tenga que ser oscuro, para el caso de los jueces anglosajones, quienes, con influencia del Derecho romano traducían el texto latino y lo reformulaban conforme sus cánones valorativos. Efectivamente, en esta época y sobre la base de concepciones iusnaturalistas, la actividad interpretativa del juez puede ser un ejercicio no cognitivo sino valorativo. Entender los valores como propio de lo humano puede permitir comprender mejor la justicia.¹³⁴ Así, para estos jueces las palabras o más precisamente los textos jurídicos pueden tener varios sentidos, sea el sentido de quien la crea, sea el sentido de quien utiliza el texto. Por tanto, ante esta diversidad de apreciaciones, la actitud del juzgador es valorativa, “el juicio jurídico incorpora siempre valoraciones de justicia material y, por lo tanto, no se agota en la aplicación de fórmulas legislativas”.¹³⁵ Le son aplicables a este modelo, las reglas de interpretación sistemática, teleológica, evolutiva y dinámica.

132 Ver Bobbio, Norberto, op. cit., p. 126.

133 Grossi, Paolo, op. cit., p 27. 2003.

134 Insanti, Horacio, op. cit., p. 21.

135 Zagrebelsky, Gustavo, , 2008, op. cit., p. 12.

II.1.3. La organización judicial y el positivismo

Si el deber ser del Derecho no fuera posible de determinar, o por lo menos existiera dificultad de encontrarlo en las diferentes concepciones morales y de justicia, podrían tener lugar confusiones jurídicas, donde no se sabría a ciencia cierta qué es Derecho,¹³⁶ y cuál es derecho válido. Así, al juzgar un hecho, se tendrían dos opciones: que la resolución sea justa, o no, con fundamento al modo de entender la justicia, previamente creyendo además que el juzgador fuera la persona capaz de identificar cuál es el derecho superior.¹³⁷ Por tal razón, la concepción iusnaturalista racionalista hace del derecho una expresión involuntaria, en relación con la naturaleza intrínseca y común del ser humano, los individualiza, subjetiviza y universaliza.

Teniendo en cuenta ese antecedente, es posible afirmar que “la teoría positivista heredó sin dudas el formalismo y hasta el constructivismo de la doctrina del Derecho natural, pero intentó abrazar al mismo tiempo la más estricta neutralidad descriptiva: ya no el Derecho que *debe ser* sino el Derecho que *es*, constituye el horizonte máximo del conocimiento jurídico”.¹³⁸

La individualización y determinación del Derecho, manifestado exclusivamente en la ley, “donde solo el legislador es el sujeto iusproductivo capaz de transformar todo en derecho casi como un rey Midas de nuestro tiempo”,¹³⁹ fue posible a través del “pacto o contrato social, colectivo” que se encargará de recoger aquellos atributos propios e inalienables del ser humano. Así, los derechos no son producto de la revelación sino de la racionalización plasmada en un acuerdo social. Será por esta razón que adquiere legitimidad el contrato social, en la medida que recoge los derechos individuales naturales del ser humano, lo que valida el texto positivo e incluso la razón de ser del Estado moderno, conduciendo a la idea de que el Estado exista con el propósito de garantizar la vigencia de esos derechos.

Una vez producido este reconocimiento y determinación de derechos anteriores a la organización social en los textos positivos, se procederá a dar certeza y seguridad jurídica es decir, se identifica el Derecho. Esta determinación se da a través de la producción jurídica por parte de los organismos competentes. En estas circunstancias es necesaria la existencia del Estado, como ente racionaliza-

136 Ver Bobbio, Norberto, op. cit., p. 168.

137 *Ibidem*, p. 116.

138 Prieto Sanchís Luis, op. cit., p. 64.

139 Grossi, Paolo, op. cit., p. 64.

dor del ordenamiento jurídico, que hará posible reconocer el Derecho aplicable y no la indeterminación jurídica de lo que para una juzgador era la justicia en la sociedad premoderna.

Esta situación llega a un punto en el cual solamente el Derecho positivado o escrito es considerado Derecho, con la existencia indiscutible del Estado encargado de la producción jurídica de forma monopólica,¹⁴⁰ es decir, la creación de la ley en las asambleas, como manifestación de la voluntad soberana, dejando de un lado el derecho consuetudinario y la ley natural, hasta el extremo de convertir a la ciencia jurídica en una actividad autónoma e independiente de la moral, ya que se consideraba que la subjetividad moral no aportaba a la certeza del derecho. Los operadores de justicia y fundamentalmente quienes lo administran no debían hacer juicios de valor tanto del hecho, como del derecho aplicable independientemente de consideraciones de bondad y maldad, lo que conducía a afirmar: *Lex dura lex*.

Al desproveer de fundamento moral y de justicia al Derecho, se lo considera como un sistema normativo cuyos contenidos provienen de la realidad social empírica. Por tanto, la norma es el reflejo de la realidad, de manera que todo lo que no es real no existe para el Derecho. Consecuentemente, todo lo que existe es norma¹⁴¹ y, por tanto todo, el Derecho es normativo. En estas circunstancias, no existe nada jurídico que no esté normado, y si fuese así, es porque el derecho lo permite, quedando cerrado el sistema jurídico, sin lagunas, ni espacios vacíos.

De esta forma, la ley se convierte en la manifestación pura del Derecho, su fuente sustancial y primaria. El operador de justicia tiene que moverse en sus espacios, no sobrepasar sus linderos, ya que incluso se hacen positivas las circunstancias y formas en las cuales se podría interpretar una norma jurídica. El juez declara el derecho establecido en la ley y no más allá,¹⁴² hasta el punto de existir normas donde se establecen procedimientos para accionar y demandar derechos insatisfechos o violados, es decir un conjunto de caminos a seguir en cada caso, los cuales deben observarse de forma irrestricta. Es más “en la teoría pura del derecho, la ley inconstitucional es una ley válida hasta el momento de su anulación individual (es decir, limitada a un caso concreto) o general. No es nula, sino solamente anulable, también las leyes que no se regulan conforme a disposiciones constitucionales deben considerarse válidas en la medida y hasta

140 Ferrajoli, Luigi, 2014, op. cit., p.18.

141 Hart, H.L.A, *El concepto del Derecho* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009), p. 256.

142 Bobbio, Norberto, op. cit., p. 96.

EL NEOCONSTITUCIONALISMO EN ECUADOR

el momento en que no sean anuladas en el modo prescrito por la Constitución,¹⁴³ corriendo el riesgo el juzgador de ser acusado de denegación de justicia, si no aplica la ley independiente de su contenido.

La creencia en el dogma laico del imperio de la ley en cuya fe ciega se ha transmitido y se han formado muchos juristas de Latinoamérica,¹⁴⁴ hace que la ley llegue a ser el pináculo del ordenamiento jurídico, ya que incluso su producción si bien es facultad de un órgano legislativo, no está sometida a disquisiciones ilimitadas de orden político; no obstante, que la producción de la ley esté sujeta en su forma y contenido a lo establecido en la Constitución, es decir, que la autoridad para su elaboración deviene de norma jurídica (Constitución), y no de otra cosa o ser, por tanto al científico jurídico lo que le interesa no es el contenido de la ley sino su aplicación, y su validez está dada por la forma de su producción basada en ley fundamental, cuya existencia se justifica a su vez en función de dar validez a las normas secundarias.

Ahora bien, siendo ese el estado de cosas, cabe la pregunta sobre cuál es el sustento de la ley fundamental, si no son los valores; y, la respuesta del positivismo “duro” es que la razón de ser de la ley fundamental es cumplir el papel de legitimar la posterior creación de las normas por parte del poder constituido, sin necesidad de aceptar una moral determinada sino que se acepte todo tipo de moral, convirtiéndose por negación el Derecho en amoral, y así se limitan a dar validez a la norma a partir de la forma de su creación. Consecuentemente, el juzgador, a la hora de resolver un caso, debe actuar de forma neutral, atendiendo solamente a los hechos que pueden ser comprobados empíricamente.

El Estado moderno se organiza bajo el imperio de la ley. Este tipo de Estado legislativo recibe esa denominación motivada por el papel del órgano legislativo en la determinación de las competencias y las actuaciones de las personas con potestades públicas, entre ellas, la de los propios jueces. Al respecto Montesquieu refiere: “Los jueces de la nación no son más ni menos que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden mitigar la fuerza y el rigor de la ley misma”,¹⁴⁵ es decir, en virtud de una ley no solo sustantiva sino procedimental, se ponen límites a las actuaciones de los jueces, sus linderos se encuentran previamente demarcados.

143 Ferrajoli, Luigi; Ruiz Manero, Juan, *Dos modelos de constitucionalismo, una conversación* (Madrid: Trotta, 2012), p. 36

144 Alzaga, Óscar, op. cit., p. 46

145 Montesquieu, Charles Louis, *El espíritu de las leyes* (Bogotá: Ediciones Universales, 2005), p. 151.

“Se presumía casi de manera absoluta que la ley generaba igualdad y se desconfiaba por ello del juez que, con márgenes de interpretación demasiado amplios, habría podido hacer la aplicación de esa ley menos uniforme y menos rigurosa. Se ha pasado a una situación en cierta medida opuesta, en la que la ley se anula, se corrige, se integra e interpreta continuamente, precisamente en nombre del principio de igualdad”.¹⁴⁶

Efectivamente, las normas establecidas en la legislación no siempre se adecuaban plena y claramente a los hechos a los cuales tenía que servir, toda vez que se establecían potestades de interpretación siempre y cuando no se alterase el espíritu del legislador. Por tanto, las formas de interpretación también eran positivas y rígidas.

Esta “licencia” interpretativa dada a los jueces por parte de la legislación, no fue nueva y propia del Estado moderno, sino del desarrollo jurídico de toda la sociedad occidental, más aun cuando la influencia del Derecho Romano fue decisiva en toda la parte continental e insular de Europa, a tal punto que inspiró decisiones judiciales y se aplicó interpretando el *corpus iuris* romano en diferentes casos concretos,¹⁴⁷ sobre todo, cuando las fuentes de Derecho eran diversas y no se encontraba centralizada la creación jurídica en una sola función. Por lo tanto, su desarrollo e interpretación obedecían a distintas reglas de conformidad a tiempo y lugar.

El juez, bajo este esquema, actúa de la siguiente forma: la interpretación es absolutamente restrictiva, y excepcionalmente se dará, cuando su significado no sea claro y aplicable sin más al hecho, como señala la máxima *in claris non fitinterpretatio e interpretatio cessat in claris*¹⁴⁸. Por lo tanto, los aspectos volitivos del juzgador no se ponen en consideración.

De la misma forma, la interpretación recae sobre normas dentro del sistema jurídico jerarquizado, a través del cual es posible resolver antinomias, atendiendo a un orden de subordinación, relacionado con el reconocimiento del Derecho válido a través de la forma de su producción.

La actividad interpretativa del juez en este modelo es un ejercicio cognitivo que deriva en un proceso discursivo racional y de reflexión. Este proceso discursivo consiste en asignar un significado a un texto jurídico, es decir parte del texto dado tal cual es, y no de lo que precede al texto o los valores contenidos en él,

146 Fioravanti Maurizio, op. cit., p. 123.

147 Tamayo y Salmorán, Rolando, op.cit., p. 155.

148 Indica que, en caso de que la ley o los pactos sean claros, no debe primar otro sentido que el literal de sus palabras

por tanto no hay lugar a discrecionalidad del juez, los jueces aplican el derecho existente sin crear nada nuevo.

Le es aplicable a este modelo, métodos de interpretación como el literal o el apego a la letra de la ley y su significado obvio y natural, y las reglas para la solución de antinomias aplicando la jerarquización del ordenamiento jurídico, y subsumiendo las normas de conformidad con su ubicación en la jerarquía piramidal kelseniana.

II.1.4. La organización posmoderna y la propuesta neoconstitucional

Lo que en economía política resulta ser la social democracia, una búsqueda de encuentro entre el liberalismo y el socialismo, en teoría del derecho, bajo corrientes neoconstitucionalistas, resulta ser un encuentro entre el iusnaturalismo y iuspositivismo. Así, Ferrajoli en su conversación con Ruiz Manero, reconoce y acepta la existencia de una tercera posición que es “no positivista sin ser iusnaturalista.”¹⁴⁹

En lo referente a la apreciación que sostiene el autor de la tesis, se considera que el neoconstitucionalismo encuentra, en un código positivo denominado Constitución, la ley fundamental y suprema, el ser y deber ser del Derecho a partir de cuyo contenido, se desarrolla la actividad de creación y aplicación del Derecho. Por tal motivo, el juzgador debe identificar el contenido invariable de la Constitución para obrar. El contenido constitucional resulta ser el *plus ultra* aquel invariable, que guía el desarrollo del derecho y la administración de justicia. Posición que encuentra su origen en Kelsen, quien construye una teoría autónoma del derecho, donde toda norma encuentra su validez en otra superior, exceptuando la Constitución que es norma fundamental.¹⁵⁰

El encuentro mencionado antes resulta cuando, en el iusnaturalismo, la identificación del derecho peca de indeterminación. “El derecho natural no es en absoluto el terreno del consenso que abraza a toda la humanidad en nombre de una justicia universalmente reconocida. Al contrario, es el terreno de los conflictos más radicales. En primer lugar, ¿qué es la naturaleza a la que apelamos?”¹⁵¹ Al final se reconoce que

149 Ferrajoli, Luigi y Ruiz Manero, Juan, op. cit., p. 119.

150 Kelsen, Hans, *Qué es Justicia* (Barcelona: Ariel, 1992), p. 137.

151 Zagrebelsky, Gustavo, 2011, op. cit., p. 90.

la naturaleza humana no es un concepto biológico o sociológico sino teológico”¹⁵², y en el iuspositivismo solamente es Derecho válido el proveniente del legislador.

El neoconstitucionalismo por su parte, en una de sus presentaciones, a partir del derecho positivo constitucionalizado busca su validez también en valores de moral y justicia. Esto, unido a que los enunciados constitucionales son abiertos, hacen que el juzgador no tenga exclusivamente la norma como punto de referencia, sino que su indeterminación, por ejemplo, en casos de aplicación de principios, lo empuje en la búsqueda de posiciones morales que ayuden a resolver mejor, algo diferente al positivismo jurídico.

Esta posibilidad de actuar por parte del juzgador hace pensar que se vuelve al estado de indeterminación premoderno, rompiendo la seguridad jurídica, bandera del positivismo jurídico; sin embargo, fueron iuspositivistas, como Hart quienes, a partir de la distinción previa entre normas primarias, que contenían derechos y obligaciones, consideraron que estas podían tornarse insuficientes, para lo cual existían normas secundarias que completaban e incluso suplían,¹⁵³ por lo que, la actividad del juzgador sería completar el Derecho a través de los nexos entre el hecho social, la hermenéutica y el lenguaje, los materiales de estudio y análisis neoconstitucional.

Efectivamente, frente al positivismo que podría calificarse como “duro”¹⁵⁴ de Kelsen, en el cual la validez de la normas es una cuestión formal y subordinada a una pirámide, en cuya cúspide se encuentra la Constitución, que prescinde sin embargo, de encontrar un fundamento a la norma constitucional por ser hipotética¹⁵⁵ y bajo cuya obediencia estricta se construye un sistema completo y cerrado;

152 *Ibidem*, p. 93.

153 Hart, H.L.A., op. cit., pp. 116, 117.

154 En este punto es conveniente aclarar que la palabra duro entre comillas, tienen por objeto hacer notar que esta afirmación no es absoluta, ya que existen, en la obra de Kelsen criterios referentes, no solo a afirmar la validez formal de la ley, sino también sustancial. En el diálogo de Ferrajoli con Ruiz Manero, (op. cit., p. 32) encontramos el siguiente pasaje. Dice Kelsen lo siguiente: Proclamad la igualdad de los ciudadanos ante la ley, la libertad de opinión, la libertad de conciencia, la inviolabilidad de la propiedad, bajo la forma habitual de garantizar a los sujetos un Derecho subjetivo a la igualdad, a la libertad a la propiedad, etc., La Constitución dispone, en el fondo, que las leyes no solamente deberá ser elaboradas en la forma que ella prescribe, sino también que no podrán contener ninguna disposición que atente contra la igualdad, la libertad, la propiedad, etc. La Constitución no es entonces solo una regla procedimental sino también una regla sustantiva y, por consiguiente, una ley puede ser inconstitucional bien por razón de una irregularidad de procedimiento de elaboración, bien por razón de un contenido contrario a los principios o directivas formulados en la Constitución.

155 Zagrebelsky, Gustavo, “Historia y Constitución”, Edit. Mínima Trotta, Madrid, 2011, pp. 29, 30.

Hart llena este vacío de fundamentación, al considerar que la norma obedece al hecho social y así la validez de las normas primarias¹⁵⁶ depende a su vez de las normas secundarias, mientras estas últimas requieren de su aplicación práctica, es decir, un Derecho construido desde la base de la pirámide.

Esta aplicación práctica se la realizará a través de un proceso de formulación de conceptos, utilización del lenguaje, ya que las normas no son cerradas sino abiertas y el ordenamiento jurídico es incompleto en donde la interpretación jurídica es una realidad indiscutible; sin embargo, el pensamiento de Hart no va tan lejos como para que el juzgador tenga facultades de creación de normas y de derecho, sino que se limita a definir la pertenencia de una norma a la realidad social, en definitiva podrá establecer criterios de pertenencia y correspondencia entre la norma y el hecho, no tomando como base fundamentos morales, sino sobre la base de la concurrencia y coincidencia de opiniones entre jueces, de la más alta jerarquía, a lo que se conoce como fallos de triple reiteración. Este criterio de los jueces tomará como base un principio que se puede relacionar con la moral universal, y consiste básicamente en que el juzgador en primer lugar reconocerá el hecho controvertido, lo relacionará con su realidad, la realidad social y sus intereses, que toma forma en la norma y así un ordenamiento jurídico se torna eficaz.

Esta forma de actuar procede con mayor razón, cuando para Hart los contenidos de las normas son abiertos, como sucede actualmente en la Constitución ecuatoriana con respecto a los principios, los mismos que pueden ser aplicados y desarrollados con fundamentos filosóficos y de lenguaje, es decir aquella posibilidad de dotar de sentido general, aceptado por todos los involucrados, la aplicación de derechos y principios constitucionales.

Bajo esas condiciones, se requiere de un activismo judicial, para dotar de “cierto sentido” a las normas abiertas, a principios y derechos constitucionales que deben ser desarrollados; sin embargo, tampoco se debe descuidar la restricción y límites en la función judicial, ya sea con limitaciones de orden cultural, lingüístico, económico u otros. Por tanto, la actuación de los jueces será además de abierta, deliberativa, racional, discursiva, valorativa, atendiendo a una ética objetiva.

156 Según Hart, las normas primarias son las que prescriben conductas que observar, y las normas secundarias, íntimamente vinculadas con las primeras, lo que hacen, sin embargo, es especificar “la manera en que las reglas primarias pueden ser verificadas en forma concluyente, introducidas, eliminadas, modificadas, y su violación determinada de manera incontrovertible”. op. cit., p. 113.

La actividad de juzgar en este modelo es un acto de conocimiento y voluntad.

“Cambia la naturaleza de la jurisdicción y la relación entre el juez y la ley, que no es ya como el viejo paradigma ius positivista, sujeción a la letra de la ley cualquiera sea el significado, sino sujeción ante todo a la Constitución, que impone al juez la crítica de las leyes inválidas a través de su reinterpretación en sentido constitucional o su denuncia por inconstitucionalidad”.¹⁵⁷

Existe el presupuesto de que los textos jurídicos pueden no tener un solo sentido, pero, a pesar de ello, es posible encontrar un sumo sentido o sentido sustancial que puede determinar la solución de una controversia. Este sentido sustancial se encuentra sujeto a ciertos métodos, unos constitucionalizados y otros constantes en ley, a fin de sanear cuestionamientos como los planteados por Bernal Pulido¹⁵⁸: a fin de impedir arbitrariedad en la actividad jurisdiccional, a la vez de evitar que los contenidos de la ley, producto de las deliberaciones parlamentarias, sean reemplazados sin más, por los pareceres de los jueces, so pena de garantizar la supremacía de la Constitución, es que han sido propuestas una pluralidad de pautas de actuación judicial que se relacionan con los métodos de interpretación de la Constitución.

En este modelo se utiliza como reglas y técnicas de interpretación una forma restrictiva cuando se trata de poderes del Estado y extensiva cuando se trata de principios de aplicación de derechos, y los tipos y técnicas interpretativas que prevalecen son: la interpretación correctora, la interpretación evolutiva, la ponderación y la proporcionalidad.

En materia de teoría de la interpretación, el neoconstitucionalismo introduce un nuevo punto de vista en torno a la interpretación axiológica,¹⁵⁹ determinada por la incorporación en los textos de principios, presupuestos teleológicos y preceptos programáticos, que, por sus características abstractas y multívocas, y su supuesto de aplicación indeterminada, posibilita diversos modos y grados de concreción. La interpretación deviene en un acto creativo y concretizador a partir de la optimización semántica que debe hacer el operador jurídico del enunciado. Esto se viabiliza en Ecuador a través de la regulación de métodos y reglas de interpretación constitucional, contenidos en la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que se analiza en el siguiente epígrafe.

157 Ferrajoli, Luigi: op. cit. pp. 168, 169.

158 Bernal Pulido, Carlos, op. cit., p. 38.

159 Ver Villabella, Carlos Manuel, 2014, op. cit., pp. 56-57.

II.2. La interpretación de la Constitución bajo el esquema neoconstitucional

La actuación de los jueces ha sido y es condicionada a modelos históricamente dados y bajo distintas fuentes de derecho. Así, la actividad de los jueces ecuatorianos y la interpretación constitucional parten de comprender el alcance de principios, métodos y reglas de interpretación establecidos en la Constitución y la ley, y asumen que la actividad interpretativa del juez se presenta como connatural y consustancial a la actividad de juzgar, sin que la concreción judicial, ni la actuación legislativa, ni la ponderación, pretendan suprimir la subjetividad de los intérpretes de la Constitución, que se manifiesta en las elecciones que se llevan a cabo dentro de sus márgenes de deliberación.¹⁶⁰

Sin embargo, es necesario esclarecer los fundamentos filosóficos en los cuales se asienta este modelo de actuación judicial, porque difiere del iusnaturalismo y del positivismo jurídico, en especial en lo referido a los cimientos teóricos y filosóficos en los que descansan la ponderación y la proporcionalidad, como principios que rigen la actividad interpretativa del juzgador.

La vinculación de la moral con el derecho, relación que para Alexy, es uno de los problemas principales de la naturaleza del Derecho, niega la tesis que defiende el positivismo jurídico de su separación,¹⁶¹ conduce inevitablemente al análisis filosófico históricamente discutido sobre la verdad o falsedad de los juicios morales, y también a considerar la posibilidad o imposibilidad de tomar decisiones judiciales válidas cuando se fundamentan en convicciones morales.

Sobre el tema, plantea Ferrajoli: “Los juicios de valor no son ni verificables ni refutables empíricamente, es decir, con referencia a lo que existe o sucede, a diferencia de las tesis de la ciencia que, por el contrario, sí lo son. Y esto se debe a que los juicios de valor no son ni verdaderos ni falsos, dado que no consisten en aserciones, sino en prescripciones, como tales, argumentables con principios y juicios a su vez de valor, ni verdaderos ni falsos”.¹⁶²

160 Ver Bernal Pulido, Carlos, 2006, op. cit., p. 37.

161 Ver Alexy, Robert, *El concepto y la naturaleza del derecho* (Barcelona: Marcial Pons, 2008), p. 61.

162 Ferrajoli, Luigi y Ruiz Manero, Juan, op. cit., p. 66.

Así, los valores deben corresponderse con el modo de obrar colectivo o social, de grupos selectos o de especialistas en la materia, y otros que justifican la interpretación subjetivamente. Hasta que, apoyados en la filosofía del lenguaje y de la teoría del discurso general, se aspira a hacer que la actividad interpretativa en materia jurídica tenga criterios de corrección y que las conclusiones a las que arribe el juzgador sean lógicas y racionales,¹⁶³ en definitiva una teoría que busque la actuación del juez, que le impida actuar arbitrariamente.

Circunscrito el problema de la moral en el mundo del lenguaje, y siendo esta la forma de expresión del Derecho, se podrá entonces dar explicación a su contenido y alcance, a partir de reglas que rigen el discurso en general. Para tal efecto, se parte identificando que lo bueno no solo tiene relación con lo empírico, ya que puede ser intuitivo, pero el lenguaje no solo puede tener un uso descriptivo de transmitir lo que se ve y/o se siente,¹⁶⁴ sino, además de esto, siendo que los enunciados morales de bondad y maldad se expresan a través del lenguaje, las afirmaciones o negaciones expresan también deseos, se tiene que el bien no será solamente un hecho sino un deseo que a su vez se quiere generalizar. Incluso se llega a considerar que, al decir algo, se hace algo o se realiza algo, Austin, lo llamó “acto de habla”.¹⁶⁵

En cualquier caso, el lenguaje está sujeto a reglas. Lo mismo aplica a la interpretación constitucional, donde se tipifican reglas técnicas como la proporcionalidad y la ponderación, las mismas que, a través de un proceso discursivo, pueden alcanzar resultados aceptables y válidos para la ciencia jurídica. Este proceso discursivo que para algunos puede ser racional, para otros, como García Amado no lo son. Al respecto, señala este autor:

“La ponderación es un procedimiento irracional para la aplicación de los derechos fundamentales porque no tiene una estructura clara y en ella no existe un pondómetro, es decir, ningún criterio intersubjetivo para determinar cuándo un principio debe preceder a otro en un caso concreto. Prueba de ello que ni aún en los casos que se citan como ejemplos de una ponderación racional existe un acuerdo pleno sobre el resultado”.¹⁶⁶

163 Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, 2.a ed. (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007), p. 43.

164 Pinker, Steven, *El Mundo de las palabras, una introducción a la naturaleza humana* (Barcelona: Paidós, 2007), p. 25.

165 Alexy, Robert, op. cit., p. 69.

166 Bernal Pulido, Carlos: op. cit., p. 21.

En otra de sus obras importantes refiere el mismo autor:

“La moral y la justicia —por más que los principios y valores estipulados en una Constitución sean moral y políticamente compartidos (por nosotros)— son siempre puntos de vista externos al derecho: los puntos de vista morales y políticos, no objetivos sino subjetivos, de cada uno de nosotros, ya sean de adhesión o de rechazo, total o parcial, de los principios y valores constitucionalmente establecidos.”¹⁶⁷

Este proceso discursivo que aspira a fundamentar valoraciones o juicios morales tiene como fin guiar la conducta a través de enunciados prescriptivos o normas, llegando a la conclusión de lo bueno en razón del conjunto de propiedades que contiene el acto, y así, cuando verifiquemos en otro momento un acto con las mismas propiedades, entonces nuevamente lo calificaremos como bueno, esto es, una regla moral, sentamos un precedente, todo esto a través de un proceso deliberativo que busca tomar la mejor decisión, entendiendo por deliberar la confrontación de nuestros razonamientos con el razonamiento de los otros.¹⁶⁸ En el campo jurídico, este vaivén de razones se resuelven en orden de prioridad (ponderación), o estableciendo límites o bordes a normas constitucionales sean principios o reglas (proporcionalidad).

Los argumentos, por lo tanto, no serán un instrumento que se improvisa o una herramienta que use el juez de forma arbitraria sin estar sujeto a reglas. Muy por el contrario fundamentados, como se dijo anteriormente, en el teoría del discurso general, el neoconstitucionalismo presenta una teoría discursiva en el ámbito jurídico que instrumentaliza las reglas de inferencia y análisis que deben ser accesibles de forma general,¹⁶⁹ las mismas que pueden permitir llegar a establecer criterios de corrección, de la misma forma que se puede establecer la verdad en enunciados fácticos.¹⁷⁰

Sin embargo, esta corriente cuyas reflexiones buscan fundamentar criterios de corrección sobre juicios morales, comparables a la verdad en las ciencias fácticas, no se encuentra libre de controversias en el orden epistemológico. La verdad ahora se le encontrará en la semántica, en el lenguaje y no en la práctica, a diferencia de lo empírico que es interactuar, es contactarse con el mundo, experimentar el mundo, luego de lo cual resultan propuestas verdaderas o falsas, a diferencia de que, sobre las valoraciones morales, se expresa la corrección a través de

167 Ferrajoli Luigi, 2014, op. cit., p. 101.

168 Alexy, Robert, 2007, op. cit., p. 105.

169 *Ibidem.* p. 106.

170 *Ibidem.* p. 111.

símbolos y formas, es decir, determinado lenguaje; por tanto, estos presupuestos deben ser fundamentados a través de lo que se reconoce como el discurso.

“Habermas confía en la estrategia de la ética del discurso: “el discurso representa una forma de comunicación en la medida en que su fin es lograr el entendimiento de los hombres, por lo cual, apunta aún más allá de las formas de vidas singulares, es decir que se extiende a la mencionada comunidad ideal de comunicación, que incluye a todos los sujetos capaces de lenguaje y acción. Se garantiza así una formación de la voluntad común que da satisfacción a los intereses de cada individuo sin que se rompa el lazo social sustancial a cada uno con todos”.¹⁷¹

Toda afirmación hecha por una persona con capacidad y deseo de comunicarse, por más simple y contrastable que pueda ser con la realidad empírica, es un discurso que puede ser argumentado u objetivado; caso contrario, su afirmación carece de sentido. Por tanto, para los defensores de la argumentación, la verdad no recae en la confrontación con el objeto, sino en el consenso que se llega a tener con el enunciado, independientemente de la fiabilidad, ya que la teoría del discurso jurídico no busca, en palabras de Alexy, “una corrección absoluta, porque se trata de discursos prácticos, pero sí un acercamiento a la corrección”.¹⁷² En definitiva, si, para Kelsen, no es posible justificar juicios morales, para Alexy puede llegar a ser posible, incluso bastaría que tales fundamentos tengan un consenso con proyección a generalizarse, es decir que se considere necesario para todos, y en conclusión, toda norma jurídica puede ser comprobada discursivamente.

Por todo lo señalado, es permitido concluir que no es posible de forma absoluta alcanzar la verdad en la interpretación de enunciados normativos, pero si un criterio de corrección a través de la argumentación, sin erradicar o limpiar de toda posible arbitrariedad la actuación judicial, aunque si el juez se encuentra operando de forma racional y no volitiva, en el primer caso, se somete a razones, en el segundo caso, se somete a la autoridad. No obstante, hay que reiterar que queda una brecha indeterminada, y dependerá de cada caso si la arbitrariedad del juez es mayor o menor.

La interpretación constitucional en tiempos del neoconstitucionalismo se proyecta priorizando y extendiendo la supremacía constitucional (principio de eficacia), equilibrando los contenidos constitucionales (principio de concordancia), razonada (principio de argumentación), favorable a la dignidad humana

171 Castaño Bedoya, Alejandro, *Teoría Dinámica del Derecho* (Medellín: Librería Jurídica Comlibros, 2005), p. 191.

172 Alexy, Robert, 2007, op. cit., p.300.

(principio *pro libertatis*), adaptadora a las circunstancias (principio de concreción), desarrolladora de la Constitución.¹⁷³

En correspondencia con el discurso del profesor Villabella¹⁷⁴, en una hermenéutica de esta tesitura, los métodos gramatical, histórico, sistémico y teleológico son insuficientes. En este punto, se ha argüido como un recurso más pertinente el método tópico orientado al problema, o método orientado a la realidad donde “el caso no puede comprenderse jurídicamente si no es por referencia a la norma y esta por referencia a aquel, pues no es solo el caso el que debe orientarse por la norma, sino también la norma la que debe orientarse al caso”.[...] “donde la comprensión del caso consiste en esta categorización de sentido y de valor”¹⁷⁵. Así se abren las puertas a la técnica de la ponderación, que sopesa los contenidos, balanceando los bienes, intereses y valores en conflicto a partir de la optimización del contenido esencial de la norma, excluyendo las conductas que no lo integren. Estas técnicas desembocan en un sistema flexible en donde no existe una respuesta válida invariada, sino un sistema de jerarquía móvil que responde a las circunstancias y las exigencias de justicia que demande cada situación.

De esta manera, la forma de interpretar las normas difiere entre los distintos sistemas jurídicos premoderno, moderno y postmoderno, en donde las decisiones judiciales se presentan como fruto de un proceso de abstracción intelectual y no una simple concatenación y aplicación de la norma jurídica con el hecho.

En este tema, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano adscrito a las elaboraciones neoconstitucionales, la jurisprudencia dejará de ser fuente supletoria de Derecho, se convierte en fundamental, la interpretación judicial cobra carácter vinculante, y en consecuencia, sus efectos difieren de una interpretación doctrinal particular realizada por cualquier estudioso del Derecho.

II. 4. El activismo judicial y la legitimidad democrática, en el Estado constitucional de derechos y justicia

Hasta aquí se ha analizado la forma de actuar de los jueces, es decir, el ejercicio de la actividad de administrar justicia. Pero otro asunto, probablemente formal y procedimental, no por ello menos esencial, es la respuesta a las pregun-

173 Ver Villabella, Carlos Manuel, op. cit. p. 59

174 *Ídem*, p. 58

175 Zagrebelsky, Gustavo, 2009, op. cit., p. 132, 137.

tas: ¿quién administra justicia?, ¿quiénes deben ser jueces?, ¿de qué forma se designa, elige o simplemente se ubican los jueces?

El asunto de poder juzgar, a través de una función pública o poder del Estado dedicado a ello, “se rige por la idea (de Montesquieu), según la cual solo el poder frena al poder”,¹⁷⁶ aunque debe recordarse que en otros momentos históricos han existido actuaciones judiciales con autonomía del poder, como en el caso de ciertos Tribunales de Inglaterra.¹⁷⁷

La búsqueda de independencia fue la reacción sobre un estado de cosas en la cual se fusionaba en una sola persona la potestad de gobernar y juzgar. Fue el caso de las monarquías absolutistas del continente europeo en los siglos XVI, XVII, XVIII y parte del siglo XIX, donde el rey, nombraba y destituía a los jueces y les impartía órdenes.¹⁷⁸

“La segunda posguerra alimentó como reacción a la terrible experiencia de los años precedentes, un proceso de afirmación de los derechos fundamentales de las persona y la aparición de un constitucionalismo de nuevo cuño, que progresivamente lo invade todo a impulsos de una Norma Fundamental que ya no se conforma con su papel anterior de fuente de las fuentes, sino que se afirma como norma directamente aplicable, lo que acentúa la importancia de quienes tienen atribuida la función de juzgar”¹⁷⁹.

“Y todo esto debido a que hasta hace 50 años no existía, ni en el imaginario de los juristas y ni en el sentido común, la idea de una ley sobre las leyes, esto es, de un Derecho sobre el Derecho”.¹⁸⁰

Así, el constitucionalismo Americano, con la influencia occidental, fue construyendo la independencia e inmovilidad de los jueces, a partir del siglo, XIX, XX y XXI, aunque de forma imperfecta. Gran influencia tuvo la Constitución norteamericana en las cartas hispanas en que el presidente de la República tiene la potestad de nombrar jueces del Tribunal Supremo, con el consejo y consenti-

176 Guastini, Ricardo *Estudios de teoría constitucional* (México, D.F.: Distribuciones Fontamara, 2001), p. 66.

177 En lo referido remitirse a las actuaciones de los Tribunales analizados en el primer capítulo del informe investigativo.

178 Leroy Joes, Harry; Uprimny, Leopoldo; Colaitti, Carlos, et al, *Memorias de la XVII, Conferencia* (Quito: Federación Interamericana de Abogados, 1973), p. 36.

179 Fernández Rodríguez, Tomás-Ramón, “Sobre el derecho y el quehacer de los juristas. Dar y exigir razones”, López Menudo, Francisco. *Derechos y garantías del ciudadano. Estudios en homenaje al profesor Alfonso Pérez Moreno* (Madrid: Iustel, 2011), p. 572.

180 Ferrajoli, Luigi, 2001, op. cit., p. 165.

EL NEOCONSTITUCIONALISMO EN ECUADOR

miento del Senado¹⁸¹ Así se fueron conformando. en el Estado, Cortes con miembros designados en su momento por el presidente de la República, por el Congreso Nacional o por la concurrencia de ambos; y, por último los jueces de la Corte Constitucional, con competencias análogas al Tribunal Supremo Norteamericano y cuya designación es menester mencionar.

La Corte Constitucional como máximo organismo de control, interpretación y administración de justicia en materia constitucional, tiene competencias que la ubican como un órgano no solo jurisdiccional, sino de control de los actos del poder público y las relaciones de poder. Así, una Corte Constitucional conformada por miembros o ternas de los poderes constituidos, como es el caso del Ecuador,¹⁸² está unida con el poder político, por un cordón umbilical nunca abolido, puede en el ejercicio de sus competencias romper el Estado del derecho, fallando a favor de quien ostenta el poder y no de quien o quienes en razón, en derecho y justicia, demanden el cumplimiento de un derecho o principio constitucional que le asiste y le es negado, ignorado o menoscabado, o también en virtud de ese poder crear un Estado de terror o silencio en el cual las Cortes cumplen la función de silenciadores de la realidad a favor de un poder determinado y con fines específicos, del cual se sirven y dependen, como ha sido el caso de las monarquías medievales, y las autocracias modernas. Frente a esto, es menester apuntar lo dicho por Ferrajoli en su propuesta garantista:

La creciente expansión de papel y del poder de los jueces requiere hoy una concepción garantista del constitucionalismo que lea los derechos fundamentales no como principios confiados a la ponderación y al activismo judicial, sino como reglas vinculantes, destinadas a la aplicación judicial ante las violaciones. El modelo principialista de la ponderación, por el contrario, a la vez que rebaja el rigor de la normatividad constitucional, atribuye a la jurisdicción una impronta discrecionalidad comprometiendo su sujeción a la ley y con ella el fundamento de su independencia.¹⁸³

De acuerdo con Zagrebelsky,

“hoy, ciertamente, los jueces tienen una gran responsabilidad en la vida del Derecho, desconocida en los ordenamientos del Estado de Derecho Legislativo. Pero los jueces no son los señores del Derecho en el mismo sentido en que lo era el legislador en el pasado siglo. Son más exactamente los garantes de la complejidad estructural del Derecho en el Estado constitucional, es decir, los garantes de la necesaria y dúctil coexistencia entre ley, Derecho y justicia. Es más, podríamos afirmar como conclusión que, entre Estado Consti-

181 Artículo II, sección segunda, Constitución de los Estados Unidos de América. Prieto Valdés, Martha, op. cit.

182 Artículo 434, Constitución de la República del Ecuador.

183 Ferrajoli, Luigi, 2014, op. cit., p. 224.

tucional y cualquier señor del Derecho, hay una radical incompatibilidad. El Derecho no es un objeto de propiedad de uno, sino que debe ser objeto del cuidado de todos”.¹⁸⁴

Es así que, a pesar de la afirmación optimista de que “si el juez emplea correctamente los métodos de interpretación, se mantiene siempre en el lugar que le corresponde, asegura de forma pertinente la supremacía de la Constitución y la integridad de los derechos fundamentales, y no representa un peligro para el funcionamiento de la democracia”,¹⁸⁵ es posible enunciar varios cuestionamientos al neoconstitucionalismo, en particular en lo referente a la legitimidad democrática de actuación del juzgador, y en la interpretación de las normas constitucionales, especialmente en relación con los principios de ponderación y proporcionalidad.

Una Constitución expresa un interés colectivo legítimo, cuando reivindica a las clases postergadas u oprimidas por un determinado *status quo*, y esa voluntad se manifiesta a través de una “Constitución entendida como fruto del poder constituyente, legitimada democráticamente, plenamente normativa y cuyo objetivo es materializar la voluntad de los pueblos expresada en el uso de su poder (constituyente)”.¹⁸⁶ Por tanto, esa voluntad debe ser nítida, sin posibilidad de ser alterada por los órganos o poderes constituidos.

Es tan sustancial esta manifestación no solamente por el contenido, sino por el procedimiento que debe seguirse,¹⁸⁷ que de él deviene el grado de participación, aun cuando, las experiencias sociales son especiales, únicas, irrepetibles, en muchos casos no pueden ser homologadas. A esta experiencia no se puede otorgar paternidad de ninguna naturaleza,¹⁸⁸ sin embargo, puede obedecer a un proceso político e ideológico determinado. Resulta entonces, que tal manifestación no debería de ninguna forma ser alterada o falseada por persona u organismo que nace de ella.

En Ecuador, desde la óptica de los jueces constitucionales desarrollada mediante resolución,¹⁸⁹ son los jueces los que, a través del control constitucional ,

184 Zagrebelsky, Gustavo, 2009, op. cit., p. 153.

185 Bernal Pulido, Carlos, 2008, op. cit., p. 39.

186 Viciano Pastor, Roberto (editor), Martínez Dalmau, Rubén, Villabella Armengol, Carlos Manuel, et al: “Estudios sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano”, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 16

187 *Ibidem*, p. 20

188 *Ibidem*, p. 25

189 Oficio 19-2008-CC-P, suscrito por el Dr. Patricio Pazmiño Freire, presidente de la Corte Constitucional para el período de transición, dirigido al Arquitecto Fernando Cordero, presidente de la Comisión de Legislación y Fiscalización, el 18 de noviembre de 2008, Corte Constitucional para

EL NEOCONSTITUCIONALISMO EN ECUADOR

crean derecho, sentando un precedente inédito en la administración de Justicia Constitucional, donde un cuerpo colegiado de jueces se proclama Corte Constitucional, legisla aspectos sustantivos y adjetivos al regular garantías jurisdiccionales para un régimen de transición e incluso cuestiones organizativas.

En la Constitución de 2008, se asume un modelo constitucional diferente a los modelos históricamente adoptados (herederos del modelo francés) y tiende hacia el modelo norteamericano del *common law*. Mientras, en el modelo francés, los derechos derivaban de la ley, en el norteamericano, sucede lo contrario, es la ley la que se deriva de los derechos, donde la fundamentación de los derechos es una esfera jurídica que precede al Derecho que puede establecer el legislador. “Los derechos se conciben como patrimonio subjetivo existente por sí mismo que deben mantenerse inalterado y protegido de todas las posibles amenazas externas, es decir, de las actuaciones del Parlamento inglés y de un legislador local omnipotente”.¹⁹⁰

La Corte Constitucional en Ecuador tiene, al igual que órganos similares en el sistema anglosajón, facultades de crear derecho a partir del control constitucional; dando lugar a que, al decir de Zagrebelsky, los jueces se encuentren investidos de soberanía,¹⁹¹ pero este traslado de la soberanía no es siquiera por vía de representación directa, sino por designación de órgano constituido, tanto en los Estados Unidos, como en Ecuador, sin que en el caso ecuatoriano hayan estado presentes los antecedentes, la tradición romano francesa y las diferencias esenciales entre el sistema del *common law* inglés y el sistema continental en el que se inscribe Ecuador.

En el sistema norteamericano, se podría identificar al derecho consuetudinario como derecho de creación judicial, eminentemente negociable en función de las prácticas de los grupos humanos antiguos del pueblo anglo y sajón. En esas circunstancias, el derecho tiene la necesidad ineludible de ampliarse a través de la actuación judicial y así crear precedentes que se vinculen a casos análogos, más aún cuando el texto constitucional norteamericano, no tiene ni un tercio del contenido que tiene la Constitución ecuatoriana, cuando esta consigna abundante y suficiente legislación, que más bien restringe la actuación del administrador de justicia.

el período de transición, Quito, 2008.

190 Zagrebelsky, Gustavo, 2009, op. cit. p. 54.

191 Sus resoluciones ya no serán en nombre de la República y por autoridad de la ley, sino en nombre del pueblo Ecuatoriano.

Frente a este criterio, contribuye a la fundamentación de las ideas que se sostienen un pasaje escrito por Zagrebelsky referente al tema, que ahonda las diferencias de posición entre quienes, como el autor, se inclinan por una corriente constitucional de orden garantista, frente a uno principialista. Dice el autor:

“Una crítica infundada: la juristocracia. Nos equivocamos de camino cuando criticamos la evolución hacia una jurisprudencia constitucional cosmopolita en el nombre de un pretendido exceso de poder del Derecho y de los jueces. La juristocracia. En general, críticas de este tipo tienen su origen en la exigencia de respetar la autonomía de lo político, lo que hoy significa espacios de decisión libres, a disposición de los procedimientos democráticos. Esta exigencia, que tiene sus buenas razones, bastante fundadas, se centra en la crítica al activismo judicial, a la tendencia a utilizar extensivamente las normas constitucionales imprecisas, etc. Pero, aquí no es esto lo que se cuestiona. Se trata solo del sentido de la actividad judicial. La existencia de un Derecho Constitucional abierto no es, en principio, más peligroso para la discrecionalidad del legislador democrático. Los abusos son igualmente posibles en uno y otro caso. La existencia de un constitucionalismo cosmopolita que intenta unificar el flujo de la interpretaciones, intentaría más bien, promover el anclaje en hechos objetivos frente al subjetivismo decisionista casuístico.”¹⁹²

No obstante, además de la diferencia sustancial anotada, referente a la fuente del Derecho, se encuentra la paradoja de quién hace a quién, o la Constitución como texto es creación del constituyente, o el constituyente nace y se regenera a partir de su creación y se diluye en la Constitución. En otras palabras, la Constitución es fuente de vida, todo a partir de ella, nada antes de ella, es aquel incuestionable, fuente única de verdad, lo que en la escolástica eran las sagradas escrituras. ¿Pero cuál es el contenido que le eleva a tal valor a la Constitución, que hace se torne en intangible, inmutable y perfecta?. Son aquellos valores universalmente difundidos por el pensamiento liberal, tales como justicia, libertad, democracia, solidaridad.

“Quien aborde el estudio de la Constitución desde un perspectiva simplemente normativa y fije su atención enteramente en cómo los fenómenos inscritos en su texto se interpolan y complementan, pierde todo agarre, todo el sentido del fenómeno y termina siendo una especie de boticario del poder que se encarga de ejecutar las fórmulas de validez establecidas, sin posibilidad de romper la membrana que lo separa de la verdadera energía de una Constitución”.¹⁹³

En definitiva, a pesar de que el poder radique en el pueblo, una vez expedida la Constitución, queda a merced de los poderes constituidos por él, la Constitución y su contenido tendrán los alcances que el juez le dé. Por tanto, la democra-

192 Zagrebelsky, Gustavo, 2008, op. cit., pp. 242-243.

193 Sanín Restrepo, Ricardo, “Teoría crítica constitucional”, Edit. Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2011, p. 58.

cia iniciará y finalizará en la construcción de la Constitución, luego de lo cual es desplazada y el pueblo queda a merced del poder estatal. Los individuos crean el Estado y luego son presos de su propia creación. Así, la Constitución ecuatoriana, señala, en su artículo 429: “La Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia. Ejerce Jurisdicción nacional y su sede es la ciudad de Quito”. Para ultimar este análisis, son elocuentes las palabras del autor colombiano Ricardo Sanín:

“La Corte reconoce que la ‘autoridad’ del pueblo es ‘suprema’, pero a renglón seguido determina que la Corte es la que decide, como palabra final, sobre los contenidos mismos de la Constitución, lo cual fuerza la pregunta de si es posible predicar algún tipo de supremacía cuando la autoridad que se reconoce como suprema no puede determinar los propios contenidos de su obra y estos quedan desplazados a una autoridad secundaria que tiene la palabra final, fundada por la suprema.”¹⁹⁴

Una muestra palpable del desplazamiento de la soberanía lo constituye el dictamen de la Corte Constitucional¹⁹⁵ que faculta una alteración de su texto en varios temas, a través de un procedimiento de enmienda, toda vez que, a su juicio no es necesaria una reforma parcial que requiera ser sometida a referéndum, mientras que la enmienda solamente procede mediante acto legislativo. Efectivamente, en un ejercicio de interpretación y desarrollo de la Constitución, la Corte declara: “Es conocido que la Constitución está compuesta por tres tipos de normas: valores, principios y reglas constitucionales; las dos primeras, valores y principios, se encuentran caracterizadas por ser prescripciones normativas de textura abierta que requieren de su desarrollo e interpretación en otras fuentes del derecho”.¹⁹⁶

Una de las cuestiones sujetas a cambio en el proceso de enmiendas es la reelección sin límites que se encuentra prohibida en la carta y que a juicio de la Corte no afecta ni cae en ninguno de los impedimentos para proceder por esta vía y no a través de una reforma que requeriría referéndum. Para el juez constitucional, no se altera la estructura fundamental, o el carácter y elementos constitutivos del Estado, no establece restricciones a los derechos y garantías, ni modifica el procedimiento de reforma de la Constitución. Esto corrobora la relatividad en las apreciaciones de derechos constitucionalizados que un juez puede tener, pero en el presente caso, sin observar que el deseo de alternabilidad en el ejercicio del

194 *Ibidem*, p. 102.

195 Corte Constitucional, Gaceta Constitucional, 009, publicada en Registro Oficial el 10 de noviembre de 2014.

196 *Ibidem* p. 15.

poder político el constituyente lo tipificó como principio regulador del derecho de participación y, a más de ello, si se atiende a una interpretación global de la Constitución, se verá que este mandato está expresado en los artículos 96, 108, 114, 144, 157. Además en el art. 432 de la Constitución de la República del Ecuador se establece: “La Corte Constitucional estará integrada por nueve miembros que ejercerán sus funciones en plenario y en salas de acuerdo con la ley. Desempeñarán sus cargos por un período de nueve años, sin reelección inmediata y serán renovados por dos tercios cada tres años”.¹⁹⁷ Esto permite señalar que tanto en procesos de elección como designación de funcionarios y mandatarios, el constituyente consideró de la misma forma la alternabilidad, como elemento estructural en la función pública, criterio no compartido por el máximo organismo de interpretación constitucional, lo que podría considerarse una violación del principio de soberanía popular que debe caracterizar un Estado constitucional y democrático.

Lo anterior permite enfatizar, respecto al contenido democrático, que la potestad de administrar justicia emana del pueblo,¹⁹⁸ lo que requeriría ciertas precisiones en cuanto a la legitimidad de su actuar, toda vez que, en el sistema ecuatoriano, el juez es designado y no elegido por el soberano.

Si una norma requiere ser desarrollada para su aplicación, cuando se alegue su oscuridad, indeterminación o ante zonas de vacíos o zonas de oscuridad en el ordenamiento jurídico, tal complemento, aclaración o regulación, democráticamente valorado, debería ser función exclusiva del legislador, a pesar que en ocasiones los parlamentos, al corregir las deficiencias jurídicas, permiten que subsistan normas injustas y dejan que poco a poco los jueces adecuen las normas a los nuevos tiempos, con declaraciones de inconstitucionalidad cuando, en razón a la representatividad que ostentan, los parlamentos deberían desarrollar la función legislativa en la adecuación de las normas a la realidad que regulan y contribuir con ello a la democratización del derecho.¹⁹⁹

No es el juez —por defecto del legislador— quien debe asumir ese papel. Este déficit de legitimación democrática del juez no se debe compensar a partir del principio de legitimación argumentativa o racional.²⁰⁰

197 Constitución de la República del Ecuador, publicada en Registro Oficial 449, del 20 de octubre de 2008.

198 Artículo 167 de la Constitución de la República del Ecuador.

199 Ver Gordillo, Agustín, *Derechos Humanos* 4^a ed. (Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1999), p. I-10.

200 Ver Prieto Sanchís Luis, op. cit., p. 48.

“De hecho en la lógica radical la verdadera garantía contra el arbitrio del legislador no puede ser sino política. Consiste en la efectividad del papel del pueblo soberano al instruir a sus representantes o al revocar a quienes se aparten de esas instrucciones. Es el pueblo en primera persona quien se provee de garantías frente al legislador. Creer que esa función pueda ser desempeñada por una juez y que este, carente de legitimidad democrática para legislar, pueda defender adecuadamente los derechos y la Constitución creando Derecho, en lugar del pueblo o sus representantes, es un error, y si se pone en práctica, se corre el riesgo de provocar un auténtico atentado a la Constitución democrática”.²⁰¹

Por lo anotado, los pronunciamientos de los jueces no deberían invadir la esfera del debate político del legislador constituyente y peor, ir contra de sus decisiones, esto relativiza la necesidad de un órgano legislativo, de representación popular, y deja a los gobernados en manos de las decisiones judiciales, es decir, regidos por lo que podría llamarse una *sofocracia*.

Sumado a lo anterior, debe destacarse que la rigidez de los textos constitucionales cumple la función especial de garantizar que no se produzca una ilegítima suplantación de la soberanía popular, a tal punto que una reforma constitucional, “por más circunstancial que sea, desde un punto de vista axiológico produce una nueva Constitución.”²⁰² Si bien la actuación del juez no puede llegar a producir una reforma o enmienda a la Constitución, sin embargo, su potestad interpretativa hace que, de manera real y efectiva, se pueda convertir en creador de Derecho, al resolver las antinomias, más no las lagunas de forma general, cuya actividad le está reservada al legislador.²⁰³

El juez creador de derecho, más aún constitucional, que actúe a través de valoraciones de forma arbitraria y libre, puede constituir un riesgo aun mayor que los defectos imputables al legislador cuando crea derecho y al cual se pretende superar. Por tanto, si no cabe una adecuación literal de la norma constitucional, una sentencia debe fundamentarse en máximas según el punto de vista del interés general o, en caso de intereses enfrentados, según el interés fundamental.²⁰⁴

Es menester reiterar que la soberanía popular como el ejercicio y manifestación de voluntad y participación general no debe enajenarse a tal punto de ser reivindicable en todo momento. Aunque es inevitable la representación, para conservarse la esencia democrática, es menester que tenga el alcance del mandato semejante a la figura jurídica del encargo que refiere el derecho civil, es decir plenamente revocable, y no una transferencia de derechos políticos que por naturaleza es irrenunciable.

201 Ver Fioravanti, Maurizio, op. cit., p. 84.

202 Guastini, Riccardo: op. cit., p. 43

203 Ferrajoli, Luigi, 2014, op. cit., p. 29.

204 Alexy, Robert, 2007, op. cit., p. 45.

CONCLUSIONES PARCIALES

1. El neoconstitucionalismo constituye un salto en la evolución de la naturaleza de la relación entre el juez y la ley, al priorizar la sujeción de la decisión judicial, ante todo a la Constitución, y asignarle al juez la crítica de las leyes inválidas a través de su reinterpretación en sentido constitucional o su denuncia por inconstitucionalidad.
2. La forma en que son designados los jueces de la Corte Constitucional ecuatoriana, en correspondencia con la amplitud de sus funciones, afecta la democraticidad del sistema.
3. La regulación constitucional ecuatoriana de la actuación de los jueces, tanto ordinarios como constitucionales, constatan la adscripción constitucional a las corrientes neoconstitucionales.
4. En el constitucionalismo ecuatoriano, los principios son un conjunto de valores que tienen estructuras distintas a las reglas y operan como mandatos de optimización, que deben desarrollarse en la jurisprudencia, lo que hace que el juez juegue un rol diferente.
5. El constituyente, al reconocer la ponderación, también se adscribe a las tesis de ética objetiva, y se fortalece el vínculo del derecho con la moral, como criterio de validez de actos jurisdiccionales.
6. El juez creador de Derecho, más aún constitucional, que actúe a través de valoraciones de forma arbitraria y libre, puede constituir un riesgo aun mayor que los defectos imputables al legislador cuando crea Derecho y al cual se pretende superar. Por tanto, si no cabe una adecuación literal de la norma constitucional, las sentencias deben fundamentarse en máximas según el punto de vista del interés general o, en caso de intereses enfrentados, según el interés fundamental.
7. Es posible constatar la prescripción taxativa, tanto en la carta fundamental como en la ley, de métodos de interpretación constitucional,

específicamente la ponderación. Esta aceptación trae consigo consecuencias teóricas de gran calado aún no resueltas:

- a. Considerar que los principios, tienen estructura distinta a las reglas.
- b. Que los principios operan como mandatos de optimización, pudiendo ser desarrollados por la jurisprudencia.
- c. Que los principios son un conjunto de valores.

CAPÍTULO III. PRESUPUESTOS QUE CONDICIONAN LA ACTUACIÓN JUDICIAL EN EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO ECUATORIANO

III.1. El Constitucionalismo en Latinoamérica y Ecuador

Si bien cada país tiene características que le hacen diferentes, Latinoamérica comparte una historia de colonización, colonialismo y vida republicana similar²⁰⁵ que, en términos generales, se identifican por la secularización de la sociedad, el desprecio y nula valoración de la cultura vernácula y sus instituciones, hasta llegar en algunos casos a extremos de exterminio de sus habitantes y, por ende, de su forma de vida.²⁰⁶ Unido a ello, en varios países se produce una apropiación violenta del capital, a la vez que se instala una organización sin diferencias cualitativas a las relaciones de explotación que se daban en la monarquía occidental.²⁰⁷

Latinoamérica se caracteriza además, por la búsqueda de ciertos ideales comunes: primero, un ideal libertario, luego la identidad, más tarde un ideal revolucionario, y en los momentos actuales se encuentra en construcción una filosofía que toma distancias de Occidente,²⁰⁸ aun cuando es innegable la influencia que sobre los independentistas, causaron los movimientos revolucionarios europeos, así como el proceso revolucionario estadounidense y mexicano.

Esos procesos de independencia que relativamente coinciden tanto en el tiempo como en los fines, en la mayoría de los pueblos continentales de América Latina, logran sellar su objetivo desde finales del siglo XVIII y primer cuarto del siglo XIX. En el caso de los países de la actual comunidad andina, luego de un fallido intento al consolidar el denominado sueño de Bolívar, se inicia la vida republicana de Estados independientes con la suscripciones de constituciones, que serán el punto de partida del Estado moderno en Latinoamérica, aunque con sustanciales rasgos feudales de Occidente, por la fuerte presencia de los paradigmas que guiaron la escolástica, extirpando las forma de vida ancestral.

205 Ver Saad Herrería, Pedro, *Antes del amanecer. Antecedentes de la Independencia* (Quito: Crear Gráfica, 2007), p. 123.

206 Ver Benedetti, M; Bonasso, M.; Cardoza, L; Dieterich, H. et al, *Nuestra América y el V centenario* (Quito: Abya-Yala, 1990), pp. 38, 39.

207 Gonzáles S. Víctor A, *Razas y clases en la colonia* 2.a ed. (Guayaquil: Casa de la Cultura, Núcleo del Guayas, 1986).

208 Ver Cerutti Guldberg, Horacio; Agüero, Oscar (coord.), *Utopía y nuestra América* (Quito: Abya-Yala, 1996), pp. 88-89.

EL NEOCONSTITUCIONALISMO EN ECUADOR

Las primeras constituciones que dan inicio a la vida republicana en Ecuador, específicamente la Constitución de 1830, obedecían a una estructura económica aun estamental, en donde los actores del proceso de liberación en muchos casos y la nueva clase criolla en otros, gobernaron y materializaron la ideología liberal para la época progresista y cualitativamente superior al feudalismo, en tanto el sistema liberal superó este régimen. Sin embargo, para el caso de los derechos, todavía eran atribuidos al sujeto político por su pertenencia a un orden estamental.²⁰⁹

El Derecho, cuyo contenido eminentemente patrimonialista y positivo, fue el instrumento necesario para viabilizar el paso de la sociedad feudal a la sociedad liberal, con ciertas influencias socialistas, especialmente en reacción a los efectos de los movimientos y revoluciones sociales como la cubana ya en el siglo XX, que le impusieron a los gobiernos civiles o militares, incorporar en su legislación un tinte social. Ejemplo de ello en el caso ecuatoriano fueron la Ley de Reforma Agraria,²¹⁰ y el Código de Trabajo.²¹¹

Así, en Latinoamérica, se fue consolidando un marco jurídico constitucional que replicaba los modelos occidentales en sus diversas formas, sustentando posiciones del liberalismo clásico, pasando por todas las mutaciones del siglo XX que afianzaron un modelo de exclusión, no solamente de las personas frente a la propiedad, sino de segregación étnica, cultural, de género, etc.

Las tesis totalizantes y universalistas del liberalismo, fueron acuñadas en las cartas constitucionales latinoamericanas. Incluso se debe señalar que la influencia de contenidos constitucionales llegan hasta nuestros días, como expresión de las diversas nociones del derecho positivo y relectura del derecho natural, dando paso a una nueva concepción de la ciencia jurídica en la cual se abandona la vieja y ecuménica divergencia entre el iuspositivismo y naturalismo, denominado neopositivismo o pospositivismo (neoconstitucionalismo), que ha puesto de cabeza al positivismo.²¹²

209 Osorio Gómez, Felipe: Ob. cit. p. 54.

210 *Ley de Reforma Agraria*, Registro Oficial 297, jueves 23 de julio de 1964, Decreto Supremo 1480

211 *Código del Trabajo*, Registro Oficial 78-81, 14 a 17 de noviembre 1938.

212 Montaña Pinto, Juan (ed.), *Apuntes de Derecho procesal constitucional* (Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2011), p. 27.

En la actualidad, es innegable la influencia de tesis neoconstitucionales en las constituciones latinoamericanas, aunque es preciso señalar, que los procesos constituyentes producidos en América Latina en los últimos años han dado lugar a un “nuevo constitucionalismo”, que dicho muy sintéticamente recoge, en un complejo equilibrio, la coexistencia y contradicción entre el viejo sistema de democracia representativa y el nuevo sistema democrático participativo y protagónico que parece llamado a imponerse para completar la transformación social. Por esa razón, a las nuevas constituciones progresistas de Latinoamérica, “se les ha denominado constituciones de transición, no en el sentido europeo del Derecho transitorio, sino en el de que son garantistas de un camino hacia una sociedad diferente.”²¹³

Po tal razón, es posible hablar de constitucionalismo latinoamericano en su faceta política como fruto del aporte académico e intelectual, que según afirma Viciano Pástor,²¹⁴ se ha ido incorporando paulatinamente en las constituciones latinoamericanas a través de procesos constituyentes de gran envergadura.

Estas constituciones han dado lugar a afirmaciones como la de Zagrebelsky, quien considera que “toda gran ruptura en la estabilidad de la vida política comporta una nueva Constitución, por lo que podría decirse que, teniendo en cuenta el número de constituciones, se puede conocer el número de crisis por las que han atravesado los pueblos”.²¹⁵

Efectivamente, en Latinoamérica, a partir de la Constitución brasileña de 1988, la Constitución colombiana de 1991, y especialmente a partir de los procesos políticos suscitados en Venezuela, Bolivia, hasta la Constitución ecuatoriana de 2008,²¹⁶ el constitucionalismo apuesta por alcanzar y garantizar nuevos retos en pos de la justicia social.

213 De Cabo Martín, Carlos, *Pensamiento crítico, constitucionalismo crítico*, (Madrid:Trotta, 2014), p. 108.

214 Viciano Pastor, Roberto (ed.), Martínez Dalmau, Rubén, Villabella Armengol, Carlos Manuel, et al, *Estudios sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2012).

215 Zagrebelsky, Gustavo, 2008, op. cit., p. 113.

216 Montaña Pinto, Juan, (ed.), Pazmiño Freire, Patricio, Porrás Velasco, Angélica, et al: op. cit., p. 35

III.1.1. La constitucionalización de un modelo alternativo de desarrollo.²¹⁷

Así como de forma general se enuncian diferentes momentos revolucionarios vividos en Latinoamérica a partir de las campañas independentistas, que aprovecharon la coyuntura de inestabilidad en la monarquía española, y evidentemente la influencia intelectual de los revolucionarios franceses, en pos de la república, puede abordarse la influencia de las ideas socialistas en el desarrollo constitucional. Una vez transformado el socialismo utópico en socialismo científico de la mano de Marx y Engels, se presenta en Latinoamérica un primer momento (primera mitad del siglo XX), un pensamiento socialista de influencia marxista en intelectuales como Mariátegui quien reconoce que “somos antiimperialistas porque somos marxistas, porque somos revolucionarios, porque oponemos al capitalismo el socialismo como sistema antagónico, llamado a sucederlo, porque, en la lucha contra los imperialismos extranjeros, cumplimos nuestros deberes de solidaridad con las masas revolucionarias de Europa”,²¹⁸ mientras en el caso ecuatoriano, pueden citarse los aportes teóricos bajo impronta marxista de Manuel Agustín Aguirre.²¹⁹

Ahora bien, el pensamiento marxista es abordado en este acápite, no sobre las repercusiones que tiene en la teoría del Derecho en general, sino sobre la repercusión que tiene en los contenidos constitucionales y en el rol del Estado de justicia social que propugna la actual Constitución ecuatoriana, ya que como observa ZAGREBELSKY “el marxismo no tiene una doctrina constructiva de los derechos, al contrario, tiene una doctrina dirigida a desmitificar las concepciones de los derechos ajenos y demostrar que están al servicio de un determinado sistema de organización social. Ya en los textos canónicos, como la cuestión judía, de 1844,²²⁰ y el párrafo II del Manifiesto del Partido Comunista,²²¹ aparece claro

217 Ver Grijalva Jiménez, Agustín, *Constitucionalismo en el Ecuador* (Quito: Corte Constitucional para el período de transición, 2011), p. 35.

218 Mariátegui, José Carlos, *Frases y pensamiento de Mariátegui*, www.frasesypensamientos.com.ar/autor/jose-carlos-mariategui.html (consultado: 08/10/2015), p. 1.

219 Puede citarse como ejemplo al ecuatoriano Manuel Agustín Aguirre, quien realiza importantes reflexiones socialistas bajo la impronta del marxismo europeo. Ver Aguirre, Manuel Agustín, *Socialismo científico* 4.a ed. (Quito: Centro Audiovisual Universidad Central del Ecuador, 1973).

220 Ver Marx, Karl, *Sobre la cuestión judía y otros textos* B (uenos Aires: Libros de Anarres, 2014), pp. 11- 38.

221 Ver Marx, Karl y Engels, Frederic, *Manifiesto del Partido Comunista* (Madrid: Del Pueblo, 1980), p. 68.

que los derechos del hombre son en realidad derechos del burgués y que, mientras con la supresión de las clases no surja una asociación general en la que el libre desarrollo de cada uno sea la condición para el libre desarrollo de los demás, el Derecho y los derechos no podrán ser otra cosa que elementos secundarios de la lucha de clases. El Derecho constitucional es fiduciario de esta concepción”.²²² Sin embargo, el marxismo propugna no solo la igualdad sino también la libertad. Marx decía en 1847: “No somos de aquellos que quieren destruir la libertad personal y hacer del mundo un gran cuartel o un gran taller. Existen comunistas que niegan la libertad personal. Nosotros no tenemos ganas de comprar la igualdad al precio de la libertad”.²²³ Son pautas éticas recogidas en la Constitución, ya que efectivamente, para la izquierda clásica,

“el fin del socialismo era liberar al hombre de todas las opresiones que impedían el pleno desarrollo de la persona humana, y en este sentido Marx coincidía con Oscar Wilde –ese clásico olvidado de la izquierda- cuando, en *El alma del hombre bajo el socialismo*, 1861, afirmaba que la propiedad privada había impedido a una parte de la comunidad llegar a ser individual, al someterla a la sórdida necesidad de trabajar para el prójimo y que, por lo tanto, el socialismo conduciría directamente al individualismo más integral y genuino. La igualdad no era pues, uniformidad, como temen los liberales, sino oportunidades iguales para las diferencias”.²²⁴

La evolución del socialismo y su repercusión en Latinoamérica tiene un momento destacado a partir de las revoluciones cubana y nicaragüense (segunda mitad del siglo XX), en las cuales, con fuerza en lo autóctono, diferenciándose del movimiento socialista más ortodoxo, se incorporan aportes cardinales en cada caso, fundamentados en el pensamiento humanista e independentista de José Martí y los aportes a la lucha antiimperialista de Sandino.²²⁵

En ese inter, existe un tercer momento de toma de posición propia, revalorización y posicionamiento del pensamiento local y regional por sobre, o concomitantemente, con las tesis clásicas del socialismo. Así Enrique Ayala Mora señala: “El lenguaje de la independencia y las frases de Bolívar y los patriotas pesan ahora más que las citas de Althusseer y Poulantzas, incluso más que las del propio Carlos Marx”.²²⁶

222 Zagrebelsky Gustavo, 2009, op. cit., p. 77.

223 Sebrelí, Juan José, *El vacilar de las cosas* (Buenos Aires: Sudamericana, 1994), p. 14.

224 *Ibidem*, pp.13, 14.

225 Ver Ayala Cruz, Gustavo (comp.), Ayala Mora, Enrique, González Casanova, Pablo, et al, “Volver al futuro, La búsqueda de un socialismo latinoamericano”, Ediciones la Tierra, Quito, 2008, p. 94.

226 *Ibidem*, p. 41.

A este conjunto de reflexiones y propuestas novedosas, sin desconocer totalmente los aportes marxistas, se le ha denominado socialismo del siglo XXI, como aspiración de sustentar una nueva construcción política jurídica, no necesaria, ni exclusivamente teórica. Sirva de ejemplo, en el caso ecuatoriano, el planteamiento al respecto del expresidente Rafael Correa: “Nosotros no seguimos teorías, seguimos principios”,²²⁷ un tipo o modelo específico de organización social, como serían los socialismos europeos, sino que, a partir del supuesto “derrumbe de las ideologías seudorrevolucionarias —como las llama Castoriades— se ha empezado a vivir la “era del vacío” de que habla por su parte, Gilles Lipovetky...”,²²⁸ que debe ser llenada, pero con contenidos propios que obedezcan a realidades propias y locales.

A propósito decía Mariátegui “no queremos que el socialismo sea en América calco y copia. Debe ser creación teórica, tenemos que dar vida con nuestra propia realidad, en nuestro propio lenguaje, al socialismo indoamericano.”²²⁹

“En esta línea se sitúa el movimiento de relocalización social de la economía y de la vida, mediante la creación de comunidades campesinas basadas en la cooperación social y la gestión comunal del territorio, actualizando instituciones históricas, claramente fuera de lo urbano, lo productivo, lo global, la gran trilogía del modelo dominante [neolibelal]”.²³⁰

“Es un socialismo que ha preferido sintetizar la herencia cultural, social, histórica y política de sus raíces y fuentes originarias —el socialismo indoamericano, la resistencia cimarrona afroamericana, la teología de la liberación, el bolivarianismo y la gesta independentista de los libertadores, el marxismo, el ecosocialismo, la perspectiva de género, la democracia de la calle y la revisión crítica de los postulados del socialismo real.”²³¹

Concomitantemente a lo anotado se niega la posibilidad de aceptar la historia como un camino sin retroceso, rectilíneo, en el que indefectiblemente, mediante un proceso revolucionario armado se podría alcanzar un cambio esencial y progresista. En este paradigma, la tarea revolucionaria obviamente le competía a la clase social comprometida con los fines colectivos y explotada, quien sería la abanderada del bien en un mundo cuya visión del bien y el mal era dual, izquierda y derecha, capitalismo y socialismo. Es por esta razón que una propuesta

227 Correa, Rafael, García Linera, Álvaro Lugo, Fernando, El Troudi, Haiman, et al: “Ecuador y América Latina, Socialismo del siglo XXI”, Impreso NINA comunicaciones, Quito, 2007, p. 23.

228 Cerutti Guldberg, Horacio; Aguero, Oscar (coord.); et al: “Utopía y nuestra América”, Ediciones Abya - Yala, Cayambe-Ecuador, 1996, p. 10.

229 Mariátegui, José Carlos, “Aniversario y Balance”, en *Ideología y política* (Lima: Amauta, 1969), pp. 247-249.

230 De Cabo Martín, Carlos, op. cit., p. 109.

231 Correa, Rafael; García Linera, Álvaro; Lugo, Fernando, El Troudi, Haiman, et al: Ob. cit., p. 87.

de buen vivir, como hace la Constitución ecuatoriana, no conlleva una apología positiva o negativa del socialismo, sino un análisis comparativo a partir de las aportes del materialismo expresadas en el siglo XIX, ya que lo único que es posible identificar entre el socialismo del siglo XXI y el utopismo renacentista o socialismo utópico, como lo calificó Marx, con el socialismo del siglo XXI, es el objetivo de promover un régimen alternativo diferente, que permita cambiar las condiciones de vida dadas en una sociedad determinada, en tiempo y espacio.²³²

“No hay un proyecto único ni un modelo ideal a imitar,”²³³ consiste en un nuevo modelo de desarrollo que puede reconocerse como socialismo del siglo XXI, o de acuerdo a la Constitución ecuatoriana, regularse como un régimen de buen vivir.²³⁴

Como los problemas de la sociedad no pueden ser resueltos exclusivamente desde un análisis teórico ilustrado, sino también a través de una construcción dialogada y debate social, aparecen nuevos elementos de debate diferentes y desconocidos al siglo XVIII. Las relaciones de producción y de trabajo, distintas al industrialismo, hacen repensar la figura del trabajador asalariado no por la fuerza de su trabajo, sino por la potencia de sus conocimientos, la democracia como la manifestación simple y llana de la mayorías, se extiende hacia la democracia de las minorías, el desarrollo y la riqueza no son entendidos tan solo como formas de repartición, sino desde el llamado a decrecer como alternativa para prolongar la vida, mientras la relaciones del ser humano con la naturaleza se erigen como pilares sobre los cuales se construye esta nueva visión del buen vivir.

232 Cerutti Guldberg, Horacio; Agüero, Oscar (Coord.); Ansia, Fernando, et al, Ob. cit., p. 40.

233 Borón, Atilio A, *Socialismo siglo XXI ¿Hay vida después del neoliberalismo?* (La Habana: Ciencias Sociales, 2009), p.124.

234 El Buen Vivir forma parte de una larga búsqueda de alternativas de vida fraguadas en el calor de las luchas populares, particularmente de los pueblos y nacionalidades indígenas. El Buen Vivir, en cuanto sumatoria de prácticas vivenciales de resistencia al colonialismo y sus secuelas, es todavía un modo de vida en muchas comunidades indígenas, que no han sido totalmente absorbidas por la modernidad capitalista o que han resuelto mantenerse al margen de ella. Esta discusión sobre el Buen Vivir, también encontró canales hacia la institucionalidad de algunos países en medio de la resistencia al neoliberalismo. También, para garantizar la relación armónica entre sociedad y naturaleza, Ver Acosta, Alberto, “El Buen Vivir como alternativa al desarrollo. Reflexiones desde la periferia de la periferia”, en Coraggio, José Luis y Laville Jean-Louis, (organizadores), *Reinventar la izquierda en el siglo XXI*, Universidad Nacional de General Sarmiento, CLACSO, 2014), p. 300 y 38.

EL NEOCONSTITUCIONALISMO EN ECUADOR

Dieterich resume el contenido del socialismo del siglo XXI de la siguiente forma: “En 1913, Vladimir I. Lenin definió al marxismo como

“el heredero legítimo de lo mejor que la humanidad creó en el siglo XIX: la filosofía alemana, la economía política inglesa y el socialismo francés. Si se definieran hoy las tres fuentes y partes integrantes del Socialismo del Siglo XXI, tendríamos que hablar de las ciencias de vanguardia, la economía de equivalencia, basada en el valor y el principio de equivalencia, y la democracia participativa, extensiva a las cuatro relaciones sociales del ser humano y con un fuerte componente electoral aleatorio”.²³⁵

Así como el derecho burgués descansa en un conjunto de valores, máximas y sustentos de orden filosófico y moral, expuestos por el liberalismo como son el egoísmo, la riqueza, el progreso, la explotación, el desarrollismo, la sujeción a ley, el positivismo jurídico, el positivismo filosófico, la democracia representativa, el hedonismo y el utilitarismo; el derecho de los Estados de justicia, descansa sobre pilares como la democracia deliberativa, participativa, el decrecimiento,²³⁶ la solidaridad, los saberes ancestrales, la ecología, la ecosofía, el pensamiento holístico, la filosofía crítica, que a diferencia del liberalismo que se presentaban a través de un ordenamiento legal coherente y completo, inexpugnable por la omnipresencia del legislador soberano y que solamente se limitaba al ser el del derecho manifestado en la ley, en el Estado de derechos y justicia, se presenta en la forma de principios constitucionalizados dispuestos a ser desarrollados jurisprudencialmente en pos de un estado no solo de derecho, sino sobre todo de justicia, donde el Derecho es un instrumento de realización de justicia, entendida por tal los valores antes mencionados, donde

“la unidad interna del ordenamiento jurídico está dada por la coherencia esencial de sus dictados de conducta y sus normas de adjudicación, reconocimiento y de cambio y, sobre todo por la coherencia y homogeneidad de las normas de conducta que se establecen y cómo se establecen. En ese sentido, la unidad interna viene dada, sobre todo, por la unidad de intención política, social, económica y ética”.²³⁷

Por esta razón frente a los modelos históricos de convivencia y organización social se presentan nuevas aristas que distinguen el constitucionalismo latinoamericano, cuyas diferencias se abordan en las siguientes apreciaciones:

235 Dieterich, Heinz, “El gran salto adelante del Socialismo del Siglo XXI”. *Rebelión*. <http://www.Rebelión.org/autores.php?id=13>, (consultado: 11-03-2009).

236 Ver Latouche, Serge, *La apuesta por el decrecimiento ¿Cómo salir del imaginario dominante* (Barcelona: Icaria, 2009), pp. 9-11.

237 Fernández Bulté, Julio, *Teoría del Estado y del Derecho*. (La Habana: Félix Varela, 2001), p. 155.

III.1.2. La dialéctica social y los actores del cambio en la sociedad ecuatoriana

O la historia es un camino que sigue la humanidad de forma caótica, sin sentido, azarosa, arbitraria o, como cita Días Arenas sobre lo dicho por Kaplan: “La evolución histórica no es continua, lineal, mecánica. Es aleatoria, estocástica, regida por el principio de indeterminación en su desarrollo y en su carácter, producto de múltiples interrelaciones, interacciones, interferencias, de diálogo entre la necesidad y el azar, sin obedecer ningún plan previo de desarrollo”,²³⁸ o por último, es un camino que puede ser explicado atendiendo a condiciones objetivas de existencia.²³⁹ En opinión de este investigador, esta última tesis cobra mayor sentido, sobre todo cuando, en el tiempo presente, se corresponde una transición de época, a la cual se endosan ciertos hechos causales identificables en sus orígenes y efectos.

Así las cosas, se entiende que la humanidad ha vivido distintas épocas de formas sucesiva e intervinculada, donde las anteriores condicionan las siguientes. Si bien en este último punto no existe acuerdo ya que la historia es percibida no solo de forma determinista sino también posibilista, deja espacio a la voluntad.²⁴⁰ No obstante, frente a una noción de evolución rectilínea y progreso continuo contraponemos una historia de retrocesos y descensos, cambios cuantitativos hasta llegar a cambios cualitativos, etc; en cualquier caso, lo que sí resulta indiscutible es el cambio permanente, más aún en el tema que nos atañe: la organización sociopolítica de la sociedad Mackenzie citando a Hegel señala que

“la historia, es un proceso continuo. Todas y cada una de las sociedades humanas no son más que hitos en el peregrinaje sin fin de la humanidad desde los estadios más bajos a los más altos de la vida. Este proceso evolutivo se ajusta a leyes definidas del desarrollo que pueden describirse y que, una vez descubiertas, pueden utilizarse para programas de dirección general en los que se mueve la sociedad”.²⁴¹

238 Días Arenas, Pedro Agustín, op. cit. p. 115.

239 Marx, Carlos y Engels, Federico, *La ideología alemana*, 5a. ed. (Barcelona: Pueblos Unidos, 1974), p. 19.

240 Ver Pérez Herranz, Fernando Miguel, *Sobre el Determinismo y el Libre Albedrío* Eikasía. *Revista de Filosofía*, III, 16 (enero 2008). <http://www.revistadefilosofia.org>, (consultado: 15/02/2016), pp. 21-25.

241 Mackenzie, Norman, *Breve historia del socialismo* (Quito: Labor, s.a. 1992), p. 46

Mientras para Hegel²⁴² este proceso histórico de cambio social se da en su primer momento a nivel de las ideas, Marx aplica este principio a la sociedad y analiza el desarrollo de la historia de la humanidad a través de la existencia en cada grupo humano organizado, de distintas clases sociales que se diferencian entre sí por el lugar que ocupan en relación con los medios de producción, en algunos casos adquiridos violentamente por determinadas clases, como sucede ante una conquista o colonización. Por esta vía, formalmente a través de mecanismos legales, se convierte la propiedad en un derecho constitucional fundamental, y nos encontramos ante grupos humanos en condiciones desiguales, donde unos viven del capital que generan otros, cuyo único capital es su fuerza de trabajo. En esta relación, motor de cambio social radica esencialmente la reproducción y aumento de capital, que se alcanza a costa del trabajador y obviamente de su trabajo, tal condición de explotación permanente funciona como una bomba de tiempo que, cuando estalla, transforma las relaciones materiales y produce un cambio cualitativo en la organización social.

La visión marxista de la historia, que convive con otras como es el caso de las defendidas por Spengler²⁴³ y Comte,²⁴⁴ se produce en un momento determinado de expresión y desarrollo de la ciencia, filosofía, economía y, en definitiva, de la cultura. Permite plantear una visión del mundo de forma racional e incluso previsible.

Conocer leyes que permiten explicar los fenómenos naturales, ofrece la posibilidad de explicar los fenómenos sociales, en muchos casos traspolando y justificando la realidad social a partir de la explicación de los fenómenos en la naturaleza misma. Una vez encontrada las causas de la opresión social es posible implementar modelos económicos justos. Al respecto el expresidente de la República del Ecuador, Rafael Correa, señala:

“No existe la misma medicina para todo enfermo. Cuando me hacían las preguntas, ¿y usted a que vertiente socialista pertenece? ¿A la de Chávez o a la de Bachelet? Bueno, yo digo que a la ecuatoriana, ¿verdad? Y eso es, pues, que hay el socialismo venezolano, chileno, ecuatoriano, entre muchos otros.”²⁴⁵

242 Ver: Moog, W.: “Hegel y la Escuela Hegeliana”, Revista de Occidente, Madrid, 1931, p. 241.

243 Ver: Spengler, Oswald: “La Decadencia de Occidente”, Edit. Espasa – Calpe, S.A., Madrid. 1966.

244 Comte, Aguste, *Discurso sobre el espíritu positivo* <http://elvelerodigital.com/apuntes/filosofia/compte.pdf>, (consultado:19/05/2015), pp. 7-13.

245 Correa, Rafael; García Linera; Álvaro, Lugo, Fernando, El Troudi, Haiman, et al: “Ecuador y América Latina, Socialismo del siglo XXI”, Impreso NINA comunicaciones, Quito, 2007, p. 24.

Correa plantea la posibilidad de superar el materialismo dialéctico, “el socialismo de la vertiente cristiana no cree en el materialismo dialéctico, la lucha de clases y los cambios violentos, etc.”²⁴⁶ Efectivamente el antagonismo social, superable cualitativamente solo a través de medios violentos no se compadece con el sentido de familiaridad y hermandad universal predicada por un cristianismo de finales de siglo XX en Latinoamérica, aunque no se debe olvidar que la historia presenta medios violentos a través de los cuales se difundía el cristianismo, un ejemplo de ello fueron las cruzadas.

La oposición obrero capitalista, no es vista de forma antagónica por los socialistas del siglo XXI, sino como una relación, si bien una relación inequitativa, susceptible de ser superada por otros medios, como puede ser potenciando la propiedad cooperativa, en lugar de la propiedad estatal.

El autor de la investigación, coincidiendo con las opiniones al respecto de Ayala Cruz, considera que, no existen antagonismos radicales obreros vs. capitalista que indefectiblemente desemboquen en la revolución proletaria,²⁴⁷ sino simplemente un conjunto de intereses contrapuestos, proclives de ser transformados a través de mecanismos de orden político, incluso jurídico. Aspecto al que debe agregarse que en la visión ancestral, las categorías de propiedad no existían, por lo que no se podría afirmar que eran sociedades de propietarios y no propietarios, más o menos como la edad dorada de las que hablaban los socialistas utópicos. Si tal contradicción no existe, sino una relación, esta se supera no por la eliminación de la contradicción, sino por el cambio de la relación, en este caso de las personas frente a la propiedad. Esto, en lo jurídico, significa que la propiedad es una institución producida a efectos de garantizar un modelo económico, más no es una institución natural, que sea inherente al ser humano, ya que, siendo así, no podría existir ni admitirse persona alguna sin un mínimo de propiedades. No obstante, el acceso, su control, acumulación, diversificación caerá en el orden moral y jurídico plenamente regulable, más no ya la discusión sobre el derecho individual, colectivo, o corporativo de acceso a la propiedad.

Los trabajadores en el nuevo modelo no aparecen como una clase social específica, motor del cambio. La enajenación del trabajador se trasladó a otras formas no económicas y se manifiesta en escepticismo e ignorancia, o muestras

246 *Ibidem*, p. 30.

247 Ver Ayala Cruz, Gustavo (comp.); AYALA MORA, Enrique; GONZALEZ CASANOVA, Pablo, et al: “Volver al futuro, la búsqueda de un socialismo latinoamericano”, Ediciones la tierra, Ecuador, 2008. p.94.

EL NEOCONSTITUCIONALISMO EN ECUADOR

de rebeldía que no tienen como fin buscar una alternativa al modelo económico sino al modelo ético y hasta estético de vida, el trabajo juega un rol distinto, el esfuerzo humano no tendrá como fin la acumulación del capital, sino básicamente la satisfacción de las necesidades humanas, hasta alcanzar una vida digna, para utilizar un término constitucional *sumak kausay*.²⁴⁸ Por tal razón, las relaciones laborales privadas no se extinguen sino que son reguladas por el Estado, es decir, se permiten, pero no se encuentran liberalizadas.

El capital, los medios de producción, la propiedad y su acceso en general no constituyen el eje fundamental del problema, a tal punto de reconocerse formas de propiedad que van desde la privada hasta la estatal, formando parte de un único sistema, es decir una democratización de los medios de producción, en una sociedad formada por propietarios²⁴⁹ y productores, hacedores todos del cambio, donde la revolución no tiene la paternidad del obrero, sino del ciudadano, se constituye la revolución ciudadana; que no puede ser violenta, porque no busca erradicar la propiedad privada y ceder el paso a la propiedad colectiva, sino que se conjuguen ambos elementos.

Resulta por lo dicho una especie de Estado social capitalista, o conforme se encontraba definido en la Constitución ecuatoriana como economía social del mercado,²⁵⁰ en el que el sistema de producción se fundamenta tanto en la propiedad privada como la estatal.

Conforme esta concepción, en el caso de la propiedad estatal, emerge un nuevo titular del capital y los medios de producción difuso, “el Estado”. Difuso porque el Estado es una persona jurídica, no natural; y específica es decir, el Estado es el pueblo. Resulta entonces que trabajar teniendo como patrono al Estado, es tener como patrono al propio pueblo. Para esto se constituye una burguesía burocrática que controla los medios de producción contra la cual no se puede accionar por su carácter de difuso, ya que no es una persona determinada como un capitalista, particular, a no ser que se persiga al Estado como institución.

248 Palabras del idioma kichua, idioma oficial del Ecuador, utilizado en la actualidad como lengua ancestral anterior a la implantación del castellano por los españoles, en tierras latinoamericanas, por parte de los pueblos kichua hablantes y cuya traducción compuesta está dada por la palabra *sumak* que significa realización espiritual, ideal, hermosura, bien, armonía con el planeta y *kausay*, que significa vida.

249 Vargas Llosa, Mario, *Desafíos a la libertad* (Quito: Alfaguara, 2102), p.17.

250 El artículo 244 de la Constitución Política del Ecuador de 1998, inmediata anterior al presente, señalaba que la economía del Ecuador es social de mercado.

Este patrono, Estado, que reserva para sí la propiedad y servicios específicos en la sociedad, asume obligaciones primordiales para con sus asalariados (burocracia) y para el conjunto de la sociedad. Estas obligaciones adquieren el carácter de derechos colectivos (educación, vivienda, trabajo, etc.) relevando a los capitalistas particulares de obligaciones sustanciales que devienen de la relación del trabajo, es decir, el salario no tiene necesariamente porqué cubrir rubros de educación del trabajador y sus cargas, por tanto mal procede una reacción contra los capitalistas, y la subversión a las relaciones de propiedad e ingreso, sino a la demanda al Estado para que atienda los derechos. Sin embargo, las clases dominantes, personas naturales o jurídicas dueños del capital o medios de producción mantienen sus privilegios, con un conjunto de obligaciones marginales ya que las demandas sustanciales convertidas en derechos colectivos no son demandadas a ellos, sino al Estado.

Para el socialismo del siglo XXI,²⁵¹ en su faceta teórica científica, la explotación de la clase trabajadora a través de la apropiación del plus producto por parte del capitalista,²⁵² se ve superado no solo por estatización de la propiedad privada sino a partir de la noción de valor del uso y cambio.

Esta nueva noción consiste en términos diferentes a los utilizados por Correa²⁵³ y Dieterich,²⁵⁴ en que el valor de cambio es la cantidad monetaria, por medio de la cual se adquieren bienes y servicios, esta cantidad de dinero costo del producto viene dada por algunos factores tales como: demanda del bien, escases, y fundamentalmente por el poder adquisitivo del adquirente, pero no necesariamente por el uso y la satisfacción de la necesidad a satisfacer. Resulta entonces que el precio de la mercancía es el elemento más sustancial en la economía capitalista y fuente de explotación de los trabajadores porque de ahí partirá el excedente que irá a manos del capitalista. En términos sencillos, será esa cantidad monetaria denominada precio el resultante del trabajo empleado para su creación, el capital invertido en ello, el tiempo de producción, y la utilidad en su colocación, entendiendo que la acumulación del capital viene del abuso de estos elementos, resumidos en el precio.

251 Dieterich Steffan, Heinz, *El socialismo del siglo XXI*, <http://www.rebellion.org/docs/121968.pdf>, (consultado:15/02/2016), pp. 39-40.

252 Se puede apreciar esta política en materia laboral en Ecuador, con la vigencia de la contratación del trabajo modalidad por horas (derogado por mandato constituyente), la extensión de la jornada laboral, en general las denominadas políticas de flexibilización laboral.

253 Correa, Rafael, García Linera, Álvaro, Lugo, Fernando, El Troudi, Haiman, et al: "Ecuador y América Latina, Socialismo del siglo XXI", Impreso NINA comunicaciones, Quito, 2007, p. 28.

EL NEOCONSTITUCIONALISMO EN ECUADOR

Es menester señalar que esta idea no es propia del “nuevo socialismo”, ya que Marx refería que “los valores de las mercancías están en razón directa al tiempo de trabajo invertido en su producción y en razón inversa a las fuerzas productivas del trabajo empleado”.²⁵⁵ No obstante, para el socialismo científico, la forma de superar esta contradicción es estatizando los medios de producción;²⁵⁶ pero, para el socialismo del siglo XXI,²⁵⁷ el problema no queda ahí porque lo que se logra con esta medida es evitar la acumulación del capital en manos privadas, porque el tema de intercambio, a través del precio queda vivo, a tal punto de considerar que no es necesaria la extinción de la propiedad privada, más sí el control de precios, equiparando, por ejemplo, el trabajo empleado en su producción a través de tiempo invertido en ello y su precio en el mercado.

Considerando que el esfuerzo empleado por un trabajador en la producción de un bien será el tiempo de trabajo invertido en ello, el que se traduzca o equivalga a su salario. La justicia consiste entonces en traducir el esfuerzo laboral en medidas de tiempo (valores) de la misma magnitud.²⁵⁸

Lo señalado aparentemente no acarrea dificultad, pero qué sucede con aquel trabajador que no vende su fuerza de trabajo medida en tiempo, sino sus conocimientos sin relación a un tiempo determinado de dedicación al trabajo. Lo anterior no aplicaría. Efectivamente, “la producción de bienes materiales depende cada vez más (en su cantidad y en su valor) de elementos inmateriales,²⁵⁹ la llamada economía de conocimiento “o en términos más convencionales, capitalismo cognitivo. Este trabajador inmaterial introduce factores nuevos y hace más complejo el análisis y el papel del trabajo y su relación con el capital”.²⁶⁰

En esta perspectiva, la Constitución del Ecuador plantea un nuevo modelo económico y abre el abanico de la titularidad del derecho a la propiedad ya no solamente privada, o estatal, sino colectiva y comunitaria sustancialmente. En tal sentido, en caso de conflicto sobre formas de apropiación y extinción de la propiedad, la propiedad comunitaria tiene supremacía sobre las otras y determinará la toma de decisiones jurisdiccionales. En el caso del desarrollo legislativo,

255 Marx, Carlos, “Salario, precios y ganancias”, en Marx, Carlos y Engels, Federico, *Obras Escogidas*, (Moscu: Progreso, s/a), p. 208.

256 Engels, Federico, *Del socialismo utópico al socialismo científico*, <http://literatura.itematika.com/descargar/libro/398/del-socialismo-utopico-al-socialismo-cientifico.html>, pp.56, 57.

257 Correa, Rafael; García Linera, Álvaro, Lugo, Fernando, El Troudi, Haiman, et al, op. cit. p. 30

258 *Ibidem*, p. 193.

259 De Cabo Martín, Carlos op. cit., p. 105.

260 *Ibidem*, p. 106.

la propensión por esta forma de propiedad se muestra a través de la política tributaria. Un ejemplo de ello es la exoneración de imposiciones fiscales a predios comunitarios.²⁶¹

Esta propuesta del nuevo constitucionalismo se tradujo en la Constitución ecuatoriana no solamente en la incorporación de derechos sociales, sino normas de carácter programático de obligatorio cumplimiento. Pero estas normas de carácter programático para ejecución de derechos sociales no solamente condicionan la labor parlamentaria, sino también jurisdiccional, ya que un fallo que llegare a declarar la violación de un derecho a la salud, por ejemplo, tendrá también que contener la forma de subsanarlo, lo cual empuja al juez a emitir en su sentencia disposiciones de carácter ejecutivo, alterando la esencia de la decisión judicial, y de la funcionalidad del poder jurisdiccional.

III.2. Cambios cualitativos del Estado liberal, al Estado de justicia social en el Ecuador

En pos de alcanzar la justicia social, el socialismo del siglo XXI como se ha enunciado, no solamente marca distancias de las tesis clásicas del socialismo, sino que también reacciona contra el modelo neoliberal y frente a la posición determinista de la historia, propuesta por Fukuyama,²⁶² considera muy por el contrario, que el neoliberalismo, por las consecuencias sociales que provoca, tiene que dar paso a un nueva forma del Estado: el socialismo del siglo XXI.

Pero si esencialmente la crítica socialista clásica hacia el liberalismo se centraba en la explotación de la clase obrera, Marx señalaba en *el capital*: “La parte del capital adelantada en salarios es slo una parte del trabajo efectuado por el trabajador”.²⁶³ ¿Cuáles son los argumentos socialistas del siglo XXI, frente al neoliberalismo? Para Heinz Dieterich, son seis las características esenciales que diferencian la economía socialista de la economía de mercado capitalista,²⁶⁴ de las cuales son abordadas las que están recogidas en la Constitución ecuatoriana, así:

261 Ver artículo 57, numeral 4 de la Constitución de la República del Ecuador, publicada en Registro Oficial 449, del 20 de octubre de 2008.

262 Fukuyama, Francis *El fin de la historia y otros escritos*, <https://mega.co.nz/#F!t0QWQLQ-J!aVbcUUh9jM1PGmmzGIG1IQ>, (consultado: 20/05/2015), pp. 42, 43.

263 Marx, Carlos *El Capital*, (Bogotá: Gráficas Modernas, 2000), p.181.

264 Ver citado por Correa, Rafael, García Linera, Álvaro, Lugo, Fernando, El Troudi, Haiman, et al, op. cit., pp. 178, 179.

EL NEOCONSTITUCIONALISMO EN ECUADOR

a.- El neoliberalismo²⁶⁵ crea una sociedad universal de consumidores y clientes, quienes buscan fomentar en la sociedad un modo de vida al estilo consumista occidental, rompen el tejido social y contextual, entre obreros, campesinos, mujeres, artesanos, artistas, científicos, estudiantes, etc. El centro de su acción, gira en torno a un ejercicio individual y egoísta, de creación y, en consecuencia, satisfacción de necesidades ilimitadas, siendo todas las personas consideradas iguales para el mercado, con exclusión de quienes no tienen dinero. Por tanto, se constituyen sociedades monolíticas que giran en torno a un solo interés, sin diferencias entre ellas, rompiendo valores de solidaridad, y cooperación humana. “El capitalismo, en su fase actual, se ha extendido a múltiples sectores y está desarrollando el impulso que lleva a la totalidad social, a todos los aspectos materiales y vitales, a convertirse, por ello, más que en económico en biopolítico”.²⁶⁶ Frente a esta circunstancia, en parte de Latinoamérica y Ecuador, la diversidad social reducida a cliente, va quebrándose a través del reconocimiento de varios grupos sociales,²⁶⁷ campesino, mujeres, jóvenes, ambientalistas, etc., quienes presentan alternativas al modelo neoliberal desde diversas visiones, sean económicas, políticas, y culturales, la tarea de un régimen del buen vivir,²⁶⁸ para dar visibilidad, reconocimiento, a esa diferenciación social y recomponer el tejido social para así interactuar en una organización de diversidad cultural.

El ordenamiento jurídico-político del Ecuador se corresponde con el de un Estado complejo y diverso: plurinacional, multicultural y regionalmente; un sistema “abierto”, cuya estructura lógica se concibe integrada por sistemas y derechos confluyentes dentro de una concepción de justicia sustancial, definida por un régimen socioeconómico designado como del “buen vivir”, y de una forma democrática, equitativa y pluricivilizatoria de empoderamiento ciudadano.²⁶⁹

265 “En esencia, la teoría económica neoliberal y las políticas que de ella se derivan no son otra cosa que darwinismo económico: la obligación del más fuerte (el más competitivo) de aplastar al más débil en aras del desarrollo de la ‘eficiencia’. Martín, Juan Luis *Siglo XXI Razones del peligro*, (La Habana: Ciencias Sociales, 2006), p. 38.

266 De Cabo Martín, Carlos, op. cit., p. 97.

267 Artículos: 56, 57, 58, 59, 60 de la Constitución de la República del Ecuador, publicada en Registro Oficial 449 del 20 de octubre de 2008.

268 Título VII de la Constitución de la República del Ecuador, publicada en Registro Oficial 449, del 20 de octubre de 2008.

269 Ver Garaicoa Ortiz, Xavier “El régimen constitucional intercivilizatorio del Buen Vivir y del empoderamiento ciudadano y el proyecto de la regeneración en el Ecuador”. *IV Encuentro Internacional: Constitución: Democracia y Sistemas Políticos*, (La Habana, 4 al 6 de Octubre de 2011. Guayaquil: Domingo, 2011), p. 11.

b.- Cada etapa de la humanidad ha requerido un conjunto de bienes y servicios esenciales para el mantenimiento de su organización. Así, en la etapa tecnológica de la humanidad, las fuentes de energía,²⁷⁰ las formas de comunicación y los recursos naturales que garantizan la vida han sido privatizados paulatinamente; los bienes colectivos de la humanidad han pasado a ser de propiedad transnacional de focos económicos imperiales. Ante esta circunstancia, el socialismo del siglo XXI se plantea la nacionalización de bienes estratégicos y el control y dominio de todo el proceso productivo hasta la colocación de los bienes y servicios esenciales para la sociedad. En la Constitución ecuatoriana, estos bienes y servicios son calificados de estratégicos.²⁷¹ Sin embargo, se debe anotar que, pese a estas declaratorias, existen formas contractuales, por vía de concesiones, licencias, permisos o convenios, cuya naturaleza, si bien no consiste en la transferencia de la propiedad, los términos en los cuales se celebra, pueden significar una enajenación, ya que los plazos de la concesiones se cuenta en decenas de años.

c.- El Estado liberal se presenta como el mecanismo más idóneo para garantizar la propiedad privada de todos los recursos y medios, y la libertad individual, remarcando la diferencia entre lo individual y lo colectivo. En esta tipología estatal, el Estado es un espectador de la ejecutorías de la mano invisible del mercado, es decir, el libre ejercicio de oferta y demanda de bienes, servicios, incluso de mano de obra.²⁷² El socialismo del siglo XXI considera que el rol del Estado²⁷³ debe invadir todos los aspectos del quehacer humano, incluso en relaciones, que en otro contexto son consideradas “privadas”, como son las condiciones del trabajo particular.

Cuando se considera que el Estado debe jugar un rol esencial, se refiere a todas las funciones y poderes públicos sin excepción de la judicial, ya que en la obligatoriedad de salvaguardar derechos difusos o normas que se presenten como mandatos para ser optimizados, la justicia social es un objetivo que tiene como organizaciones para su realización no solo la función ejecutiva sino también la judicial.

d.- La democracia representativa es al Estado liberal, lo que la democracia participativa,²⁷⁴ al Estado pluralista.- Recompuesto el tejido social, se abandona la

270 Ver Alinovi, Matías, *Historia de la energía* (Buenos Aires: Capital Intelectual, 2007).

271 Capítulo Quinto del Título VI, del Régimen de Desarrollo, de la Constitución de la República del Ecuador, publicada en Registro Oficial 449, del 20 de octubre de 2008.

272 Ver Conway, Edmundo, *50 cosas que hay que saber sobre economía* (Colombia: Planeta Colombiana, 2015), pp. 10-13

273 Capítulo Segundo, Título VI, del Régimen de Desarrollo de la Constitución de la República del Ecuador, publicada en Registro Oficial No. 449. 20 de octubre de 2008.

274 Título IV, Capítulo I, de la Constitución de la República del Ecuador, publicada en Registro Oficial 449. del 20 de octubre de 2008.

EL NEOCONSTITUCIONALISMO EN ECUADOR

dualidad mercado-cliente, y se pasa a la consideración de pueblos, nacionalidades, género, colectivos, de un mundo, se pasa a mundos posibles. La democracia representativa que delega a través del sufragio autoridad a personas específicas, no puede responder a la diversidad de intereses, muchos de ellos contrapuestos entre sí. Fundamentalmente el ejercicio democrático deja de ser una actividad esporádica que comienza y se termina en un solo acto, el voto; produciéndose una enajenación de la soberanía y por tanto una desconexión entre los intereses colectivos e individuales, sin la regulación de mecanismos de fiscalización popular sobre el ejercicio del poder público. “De manera que siendo las democracias de nuestro tiempo regímenes de opinión, el rol que desempeñan sendos órganos,²⁷⁵ creados en la Constitución tienen diferente naturaleza”,²⁷⁶ esto es no solamente actuar de conformidad a lo previamente regulado, sino rendir cuentas de lo actuado.

En resumen, para que exista una democratización de la riqueza y la propiedad,²⁷⁷ es necesaria una democratización del poder político, a través del cual en la toma de decisiones macroeconómicas, la “ciudadanía” pueda participar.

No es lo mismo propiedad estatal, que propiedad social. La propiedad social implica una democracia profunda, una democracia en la cual las personas funcionan como sujetos, tanto al ser productores, como al ser miembros de la sociedad.²⁷⁸

e.- De forma concreta, las sociedades capitalistas se caracterizan porque la actividad económica persigue la ganancia, a partir de la producción de bienes y la prestación de servicios, en la que el fin e interés de la actividad económica, pasa de ser social a particular. Frente a esto, el socialismo del siglo XXI procura que el excedente del trabajo o plus trabajo, vaya a manos del productor, es decir, una economía solidaria, que no busque crematística. Para alcanzar este propósito, se debe tener un marco legal que regule la propiedad, no como único elemento que resolver, sino en comunión con la regulación de los precios de esos bienes o servicios, conforme se señaló anteriormente, con el objetivo de limitar el fin crematístico de la propiedad, donde la fijación de precios no es únicamente producto de libre oferta y demanda, o libre competencia entre empresarios, sino una medida de tiempo de trabajo invertido en él, que en consecuencia, resulta regulado

275 Para el caso ecuatoriano, este organismo es la Función de Transparencia y Control Social, dentro del cual se encuentra el Consejo de Participación Ciudadana.

276 Alzaga, Óscar, op. cit., p. 48.

277 Artículo 334 de la Constitución de la República del Ecuador, publicada en Registro Oficial 449, del 20 de octubre de 2008.

278 Ver Lebowitz, Michael, *El socialismo no cae del cielo. Un nuevo comienzo* (La Habana: Ciencias Sociales, 2009), pp. 12-13

y penalizado por el Estado, a través de medidas de orden tributario y no como en los sistemas estatistas donde “los precios se fijaban administrativamente y apenas reflejaban los costes reales de producción o la naturaleza de la oferta y la demanda, en un sistema que operaba, en los hechos, a ciegas”.²⁷⁹

Frente al neoliberalismo, para una nueva teoría de la democracia, resulta tan importante reconocer los límites del Estado en el mantenimiento efectivo del pacto, como su insustituibilidad en la definición de las reglas de juego y de la lógica política, que debe inspirarlo en la transformación de la ciudadanía abstracta en un ejercicio de reciprocidad.²⁸⁰

Todo lo afirmado conlleva la conformación de un tipo de Estado en el cual el ejercicio del poder es un hecho colectivo, donde existen incluso salvaguardas y limitaciones a las dictaduras de las mayorías, es decir la democracia no solamente política sino económica respeta las particularidades sociales que, sin ser mayorías, deciden sobre su destino, todas estas serán directrices que guiarán la construcciones del Estado Constitucional del Derechos y Justicia, a través tanto de la Legislación como de la Jurisprudencia.

Es importante enfatizar en la trascendencia de desarrollar un sentido común nuevo que tenga en el centro de la nueva construcción socialista, sus cimientos materiales: los seres humanos. Se necesita concentrarse conscientemente en las necesidades humanas y la búsqueda de soluciones colectivas como responsabilidad de todos y en el desarrollo de instituciones que le permita a los seres humanos su autotransformación²⁸¹ y defensa.

III.2.1. El Estado de justicia social en Ecuador: presupuestos de las actuaciones jurisdiccionales

“La teoría del Estado social perfila una imagen del sujeto que debe ser protegido por el Estado y que se compone esta vez no de un conjunto de facultades, sino de necesidades básicas”.²⁸² Alcanzar la justicia social significa un cambio de paradigma, distinto a los que empujaba las organizaciones sociales modernas tan-

279 Ayala Cruz, Gustavo, (Coomp.), Ayala Mora, Enrique, González Casanova, et al: “Volver al futuro, La búsqueda de un socialismo latinoamericano”, Ediciones la Tierra, Quito, 2008, p. 30.

280 Ver de Sousa Santos, Boaventura, *Reinventar la democracia. Reinventar el Estado* (La Habana: José Martí, 2005), p.100.

281 Ver Lebowitz, Michael, op. cit. pp. 2-4.

282 Bernal Pulido, Carlos, op. cit. p. 391.

EL NEOCONSTITUCIONALISMO EN ECUADOR

to liberales, como socialistas clásicas, la primera desde la visión de una economía de mercado y sometido a sus reglas y consecuencias y la segunda desde el control estatal y la planificación de la economía. Este cambio, tiene que ver con las tesis y praxis sobre de democracia, ciencia, desarrollo, crecimiento, antropocentrismo, eurocentrismo, medio ambiente, género, etc. vistas y reflexionadas a partir de lo vernáculo, latinoamericano y ancestral, como señal Rafael Correa,²⁸³ “por fin América Latina, después de décadas se atreve a generar pensamiento propio: el socialismo del siglo XXI”, en todo esto el Estado juega el rol protagónico.

El modelo liberal tecnológico procura la acumulación de capital a través de presentar nuevas condiciones de vida que requieren y forjan un cúmulo de necesidades y demanda de bienes y servicios no necesariamente básicos, esto crea falsas necesidades a fin de mantener un *status quo*, para lo cual alteran incluso la cultura y cosmovisión local en pos de un tipo y modelo de vida universal ideal, acorde a los tiempos. Ante estas circunstancias, el fin ético de la vida deja de ser una especulación puramente filosófica, Shopenhauer le asignó el nombre, “eudomonología”²⁸⁴ o una opción particular de vida, como enseñaba la filosofía helénica,²⁸⁵ y pasa a ser una propuesta colectiva.

Frente a esto, la nueva apuesta para alcanzar justicia social se forja sobre la base de las experiencia vividas por gran parte de la civilización occidental, durante el siglo XIX y XX, a pesar de que, como se ha señalado reiteradamente en líneas anteriores, se quiere marcar diferencias sustanciales, por obedecer a procesos autóctonos de Latinoamérica, fundamentalmente a partir del reconocimiento de pueblos y culturas ancestrales.

En este sentido un elemento rector y fundamento ético en la Constitución ecuatoriana de 2008 está dado en el postulado de un modelo de economía social y solidaria, como alternativo y distinto a los enunciados anteriormente y presentados como parte del socialismo del siglo XXI,²⁸⁶ cuyo sostén viene dado en la vivencia latinoamericana, donde la justicia a la que se aspira puede ser, conforme al planteamiento de Campell: “la justicia socialista tiene que ver con algo más que la rectificación de la conducta interpersonal dañina, la lucha por hacer más

283 Correa, Rafael, García Linera, Álvaro, Lugo, Fernando, El Troudi, Haiman, et al, op. cit., p. 21.

284 Schopenhauer, Arthur, *Arte del buen vivir* (Madrid: Edaf, 1983). En la obra descrita el autor citado, nos refiere a que la eudomonología es una disciplina que tiene por objeto de estudio el vivir bien o su traducción que sería buen vivir.

285 Ver Reyes, Alfonso *La filosofía helenística* (México: Fondo de Cultura Económica, 1959).

286 Ayala Cruz, Gustavo (Comp.), Ayala Mora, Enrique, González Casanova, Pablo, et al, “Volver al futuro, la búsqueda de un socialismo latinoamericano”, Ediciones la tierra, Ecuador, 2008, p. 107.

“equitativos” los sistemas económicos competitivos, y la instrumentación de una red de seguridad para los enfermos, los ancianos y los discapacitados. Se trata más bien de entrar en los principios que organizan todas las actividades sociales, que se dirigirán a la satisfacción de las “necesidades” en un sentido lo suficientemente amplio como para abarcar todas las aspiraciones creativas y comunitarias del individuo plenamente desarrollado.”²⁸⁷

Efectivamente la imagen liberal que contrastaba el Estado y la economía privada se verá afectada a los largo del siglo XX, fundamentalmente por las crisis económicas mundiales, que obligan a la extensión de las actividades públicas a la satisfacción de derechos sociales, las guerras, y revoluciones socialistas²⁸⁸ y, en definitiva, la injusticia social no resuelta por los modelos enunciados acarrearán un replanteamiento del modelo a seguir. “Efectivamente, lo económico en el siglo pasado era como la estructura en la que se apoyaba toda la sociedad y que todas las demás funciones, sociales, la cultura, el arte, etc., y la propia política venían a depender de esta base que sostenía todo ese edificio. Por tanto en el siglo pasado, la lucha por el poder se desarrollaba esencialmente sobre el terreno económico, el decisivo”.²⁸⁹

Los diferentes modelos económicos, pueden configurar una trilogía de propuestas, dos de ellas se podría decir en franca oposición, y una tercera que busca el punto medio entre ellas. Entonces las preguntas que caben son las siguientes: si la propuesta de un nuevo modelo económico, expresada en la Constitución, difiere sustancialmente de las tres señaladas o, sin diferir sustancialmente de ellas, se acerca más a una o a otra de las dos opuestas; no obstante, el discurso nacionalista y aparentemente autóctono puede verse asimilado a otros planteados por sus opuestos políticos. Así por ejemplo, se alude a una sociedad de propietarios y productores, abanderado por sectores de izquierda, mientras que “expresiones como capitalismo popular y un país de propietarios había comenzado a ser un realidad”,²⁹⁰ en países capitalistas como Gran Bretaña.

A partir de la recomposición del tejido social, el reconocimiento de la diversidad cultural, étnica y de toda forma de vida que adopten las personas

287 Campbell, Tom, *La justicia* (Barcelona: Gedisa, 2002), p.199.

288 Castro, A. y Lessa, C. *Introducción a la economía, un enfoque estructuralista* 28a. ed. (México: siglo XXI, 1978), p. 83.

289 Zagrebelsky Gustavo, op. cit., p. 101.

290 Vargas Llosa, Mario, op. cit., p. 17.

EL NEOCONSTITUCIONALISMO EN ECUADOR

individuales y colectivamente, la revolución contextual,²⁹¹ obliga a vivir conforme y aceptando la diversidad en la máxima amplitud que se puede aplicar el término, una manifestación palpable es el reconocimiento en un Estado unitario de pluralidad jurídica, y evidentemente la declaratoria de Estados plurinacionales.

La soberanía como único fundamento de la autoridad en la sociedad moderna, debe dejar de ser un enunciado en la sociedad postmoderna, a través del activismo cívico y no la simple representación ya que

“el método del método de las decisiones políticas fundado en la representación popular a través del sufragio universal, designa y garantiza únicamente la forma democrática de las selecciones de los gobernantes, pero en modo alguno implica que las decisiones tomadas por la mayoría tengan una sustancia democrática. La forma representativa de los órganos legislativos y de gobierno, aun siendo una condición necesaria de su legitimación política y de la dimensión formal de la democracia, no basta para garantizar ni la bondad de las decisiones políticas, ni su correspondencia con la (supuesta) voluntad popular”.²⁹²

Es decir, la delegación de autoridad no garantiza siquiera la conformidad de las decisiones del legislativo con la voluntad general y consecuentemente la democracia representativa termina por producir una enajenación de la soberanía contrariamente al nuevo pacto social que propugnaba Rousseau, en el cual la soberanía no se enajenaba y esta debe practicarse a la forma del ágora directa e indelegable.²⁹³ En ese caso, la representación tendría un carácter de mandato, a modo del encargo plenamente revocable, lo cual es propio de la democracia participativa.

Partiendo de la historia, y cultura propia, que toma distancias de occidente,²⁹⁴ pero sin obviar la influencia externa, un Estado de justicia social se forja a través del reconocimiento de las diferencias en el desarrollo biológico, físico o cultural, la condición y diferenciación natural en razón de edad, sexo o cualquier otra condición son relevantes en la Constitución.

En conclusión, las condiciones materiales para la vida han sufrido una transformación a raíz de desahucio y fin del modernismo, ya señalado por Romano

291 De Souza Silva, José, *Prospectiva y desarrollo* (Quito: ESPE, 2002), p. 63.

292 Ferrajoli, Luigi, op. cit., p. 42.

293 Rousseau, Juan Jacobo, *El contrato social* (Bogotá: Momo, 2012), p. 23.

294 Para evidenciar esta propuesta es más que ilustrativa la declaración de principios de la Constitución: “Decidimos construir, una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el *sumak kawsay*.”

Guardini, en la mitad del siglo XX.²⁹⁵ Estas nuevas condiciones se pueden palpar, en las relaciones intrafamiliares con respecto al trato hacia la mujer, en las relaciones sociales y políticas, así la ley de cuotas, paridad de género, en el espacio laboral, cultural de la sociedad, multiculturalidad, jóvenes, medio ambiente, entre otros.

“El sujeto de derecho moderno es el *homo iuridicus*, el ciudadano, una persona que se define precisamente por ser igual en derechos y deberes a los demás ciudadanos, con independencia de su religión o de sus creencias filosóficas. En esto consiste básicamente la universalidad de los derechos, en que esto se adscribe a todos en cuanto qué personas y no como tiende el liberalismo clásico en negar los derechos culturales por innecesarios y discriminatorios, son innecesarios porque basta el reconocimiento de los derechos de los individuos como tales, no tiene sentido defender a unos colectivos cuando sus miembros pueden ser protegidos por un derecho dirigido a todos los individuos...”²⁹⁶

Pero si estas manifestaciones son visibles, más aún son los espacios obtenidos o reivindicados por grupos humanos, autocalificados o calificados como pueblos ancestrales, a partir de la declaratoria constitucional de un Estado plurinacional, del cual derivan una serie de implicaciones en todos los órdenes. Si bien la nacionalidad constituye un vínculo jurídico que tiene una persona con determinado Estado, en el caso hablaremos, de la nacionalidad ecuatoriana, no es menos cierto que el considerarse perteneciente a una nacionalidad específica no rompe este vínculo, pero si entra en un estatuto específico, y por ende en un tratamiento en muchos aspectos diferenciados, sea en el orden político, administrativo, cultural, económico, etc.

La plurinacionalidad entraña el respeto o búsqueda de espacios de poder político y de autodeterminación, aparentemente sin alterar la unicidad e indivisibilidad del territorio ecuatoriano, no hasta el punto de reclamar para sí (es decir para el grupo) una soberanía territorial, que entrañaría una secesión del Estado, pero si una soberanía como forma de autodeterminación, por tal razón será necesario el reconocimiento de una cultura específica.²⁹⁷ Esta auto determinación solamente se puede dar, con espacios de poder político y administrativo, es decir, formas microgubernativas, en la toma de decisiones, hasta la forma de resolver su conflictos, reconociéndose necesariamente un administración de justicia distinta a la ordinaria. Esto configura un Estado de justicia social en el sentido de que las

295 Kauffman, Arthur, *La filosofía del Derechos en la posmodernidad* (Bogotá: Temis, 2007), p. 2.

296 Prieto Sanchís, Luis, op. cit., pp. 238, 239.

297 Cerutti Guldberg, Horacio, Agüero, Oscar (Coord.), Ainsa, Fernando, Agostini, Oscar, et al “Utopía y nuestra América”, Ediciones Abya-Yala, Cayambe-Ecuador, 1996, p. 280

nacionalidades no son absorbidas y desintegradas en este modelo de Estado, más aún cuando su práctica de vida difiere del modelo occidental para cuya forma está dirigido un cierto tipo de derecho, que no necesariamente es apto para regular las relaciones comunitarias con otro tipo o práctica de vida, ejemplo de ello tenemos en aspectos relativos a la propiedad, al trabajo, a la familia, a toma de decisiones comunitarias, a las jerarquías intra comunidad entre otros casos.

En lo ambiental, los constituyentes de Montecristi prestaron una atención relevante, estableciendo una regulación que versa sobre los “derechos de la naturaleza” en el texto constitucional. A saber, se esgrimen una serie de argumentos para tal regulación, una de ellas, la manifestada con anterioridad sobre una cosmovisión ancestral propia del mundo y la vida, que rompe la dualidad occidental: hombre y naturaleza, y la fusionan en uno solo, ser humano como parte de ella en una simbiosis que es la única forma de preservar la especie. Estos valores pos modernos condicionan las actuaciones de las personas y los colectivos, y condicionan también la forma de vida. Para comprender la cosmovisión ambientalista se repensará la noción que se tiene sobre la tierra, el ser humano, y su relación o su fusión en uno solo. “El indio, de acuerdo con los principios cósmicos de la naturaleza, es la misma *Pachamama* (la tierra), la relación del hombre con la tierra es la que forma su cultura”.²⁹⁸ Es decir aquella separación hombre y naturaleza no es parte de la concepción indígena. En tal sentido el etnocentrismo manifestado de un eurocentrismo no es compatible con la visión cósmica que tuvieron y tienen nuestros pueblos ancestrales. Sin embargo, formas de concebir las relaciones del ser humano con la naturaleza como un todo único e inseparable, las encontramos en los albores de la cultura occidental, helénica específicamente. Para los estoicos específicamente el individuo no es más que una parte coherente del todo.²⁹⁹

Efectivamente colocar al ser humano por sobre la naturaleza y concebirla como un recurso inagotable, así como susceptible de apropiación individual, rompe los principios y prácticas de vida de muchos pueblos, que consideran que nada existe o puede existir fuera de la Pachamama.

“Los pueblos indígenas sienten una reverencia y una pasión por la personalidad humana insuperable de su reverencia y pasión por la Madre Tierra y su interminable red de vida. Ellas constituyen su imagen de la tierra. Estos pueblos han reconocido ya por largo tiempo lo que los científicos occidentales comienzan a comprender: que dañar la tierra es dañarse a sí mismo.”³⁰⁰

298 Movimiento Indio Tupaj Katari. *El indígena y la tierra* 3.a ed. (Quito: Conferencia en Ginebra, Abya-Yala, 1992), p. 47.

299 Reyes, Alfonso, op. cit., p. 135.

300 Movimiento Indio TupajKatari, op. cit., p. 26.

Esta noción condiciona la relación con el medio ambiente, unido a una concepción de vida distinta a la de acumulación, riqueza, desarrollo y progreso traído por el industrialismo occidental, nos determina a seguir y adoptar una nueva cosmovisión y prácticas individuales y sociales.

En el primer caso, la diferente concepción de riqueza (si el término existe en la cultura ancestral indígena), hace que la naturaleza sea fuente de vida y de auto-subsistencia, sin buscar excedentes para la negociación: y el segundo caso, que el progreso material no constituye el elemento clave de la vida, más que otros como la armonía con la naturaleza. Estas circunstancias de atribuir un orden sagrado y una relación divina con el medio ambiente nos compelen a aceptar que material y objetivamente la vida humana es sostenible cuando se sostenga su fuente.

A pesar de lo apuntado, no se puede ignorar que la cultura occidental también se cuestiona por los efectos causado al medio ambiente por la actividad humana, especialmente en la modernidad, más aún si se ve en la actualidad a la biodiversidad como nueva forma de acumulación sin tomar en consideración que “según el estudio Planeta vivo del WWF, en 2006, los seres humanos extraen un 25 % más de los recursos que el planeta puede producir, en 2050 será el doble de la capacidad de reproducción del planeta”.³⁰¹ No obstante en los albores mismos de la cultura occidental se proponían formas de vida similares a las planteadas, especialmente por la filosofía helénica, que recomendaba vivir conforme a la naturaleza, especialmente en desdén a la acumulación de riquezas. Pero, es posible considerar también como fuente doctrinaria para la Constitución los postulados de la ecología profunda, que devienen, como se señaló, de un proceso de auto-crítica sobre los efectos del desarrollismo alcanzado especialmente en la época moderna, tomando en consideración que el siglo XX es cuando el ser humano adquiere un poder real de alterar la naturaleza de tal magnitud que cambia radicalmente nuestra relación con ella a tal punto que por primera vez, ha perdido la capacidad de vivir y regenerarse por sí misma.³⁰²

“Durante el último cuarto de siglo, este poder no solo se ha sido incrementado hasta una inquietante magnitud, sino que ha cambiado en características. El más alarmante de todos los atentados del hombre contra su circunstancia, es la contaminación del aire, la tierra, los ríos y el mar con peligrosas y hasta letales materias. Esta polución es en su mayor parte irreparable, la cadena de males que inicia, no solo en el mundo que debe soportar la vida, sino en los tejidos vivos, en

301 Houtart, Francois, *op. cit.*, 2009, p. 56.

302 Zagrebelsky Gustavo, 2009, *op. cit.*, pp. 103, 104.

EL NEOCONSTITUCIONALISMO EN ECUADOR

su mayor parte es irrecuperable.” Esta afirmación es hecha ya en la considerada clásica obra “primavera silenciosa” de Rachel Carson,³⁰³ la misma que ha servido de fuente para la construcción de una filosofía y una cosmovisión similar pero probablemente de mayor alcance que la de nuestros pueblos ancestrales fundada por Arne Naess, la ecología profunda.

Efectivamente, el análisis parte de la relación entre el ser humano y la naturaleza, desde una connotación y consecuencia económica, ya sea sobre la propiedad, ya sea sobre la producción, el aprovechamiento, y explotación de la naturaleza, esto deriva consecuentemente a una crítica al colonialismo, y al capitalismo, sin ser únicamente estos modelos de desarrollo los únicos que colisionan con una visión ambientalista.

Pero la visión de la ecología profunda va más allá, hacia un ecocentrismo y una ecosofía,³⁰⁴ que quienes siguen y viven conforme sus postulados, no siempre tienen acuerdos unánimes, como suele suceder en toda preocupación filosófica. No obstante, sus fundamentos se hallan en torno a “*Autorrealización* es que” el Universo (la Naturaleza, el Tao), y todos los individuos (humanos y no-humanos) del cual son parte, se autorrealizan³⁰⁵, es decir que toda realización personal se encuentra condicionada, no puede darse por sí sola de forma ajena, sino solo a través de un entorno humano o no, a tal punto que uno puede llegar a ser único en tanto en cuanto tienen la capacidad de poder diferenciarse de lo otro también existente. Ahora bien, si fuese así, aún la preocupación gira en torno al hombre o mujer en sí, es decir no abandonamos del todo una visión antropocéntrica, cuando el planteamiento constitucional va más allá a una propuesta de conservación, promoción y respeto por la vida en general y en todas sus manifestaciones; por tanto, no es menos cierto que sus enunciados tienen coincidencias incluso textuales³⁰⁶ con la forma en que Naess caracteriza a la ecología profunda. Así, la vida de todo y todos tiene un mismo valor. Estas formas de vida contribuyen a la existencia de esos valores. Los seres humanos no tenemos derecho a destruir toda forma de vida excepto por necesidades vitales.³⁰⁷ Pero a partir de lo señalado, la eco-

303 Carson, Rachel, *Primavera silenciosa* (Boston–New York: Houghton Mifflin Harcourt, 1962), p.8

304 Naess, Arne, *El movimiento de la ecología profunda, algunos aspectos filosóficos*, www.sangay.org/naess2.html, Acceso, octubre 2012

305 *Ibidem*, p. 3.

306 Ver artículo 71 de la Constitución de la República, publicada en Registro Oficial 449, del 20 de octubre de 2008.

307 Naess, Arne: op. cit., p. 10.

gía profunda va más allá cuando afirma la necesidad de una población humana menos numerosa, concebida como calidad de vida fundada en valores intrínsecos, diferencias de tamaño y la grandeza.³⁰⁸ En conclusión, la judicatura tiene que mirar la relación ser humano naturaleza, de forma equilibrada en función de garantizar una coexistencia, permanencia y sostenible.

Como suele suceder a toda actividad y reflexión humana, tales posiciones no están inmunes a la crítica. Unas que van desde el argumento de desvalorización del ser humano, cuando se le coloca en una situación igual e incluso inferior a los otros seres vivos; otras desde restringir la libertad de elegir el número de integrantes de una familia, tal es el caso de una política de esterilización, etc.

Pero a pesar de las objeciones que se plantean, ningún proyecto humano individual y colectivo, puede llevarse a cabo bajo las premisas de un antropocentrismo, ya que este llevaría en su esencia el germen de su propia destrucción. La naturaleza humana dotada de conciencia entiende que la vida en todas sus manifestaciones son un fin en sí mismo, ampliando de esta manera los sujetos de derechos y el espectro de cobertura en la legislación, planteando a la judicatura nuevas premisas esencialmente en aspectos procesales, tales como la legitimación, reparación y valoración de bienes más importantes en sentido colectivo, previa una decisión.

III.3. Los presupuestos básicos de funcionalidad del Estado Constitucional de derechos y justicia en Ecuador

Si el ordenamiento jurídico en general y el constitucional en particular son medios idóneos para alcanzar una justicia social, es decir, si el rol asignado al Derecho clásicamente estaba en ser un factor ordenador y regulador de los hechos sociales, y ahora se le asigna, además de este papel fundamental, ser el medio más idóneo para alcanzar la justicia social, en los términos señalados a lo largo del presente capítulo, entonces la carta constitucional requerirá dos componentes fundamentales: uno estrictamente de contenido de las normas constitucionales, y otro del modelo jurídico constitucional inmerso en las tesis neoconstitucionales que aplicarán los contenidos constitucionales.

“Como siempre en la historia, la vanguardia de un nuevo proyecto histórico se constituye a través de su práctica de lucha y la calidad teórica de su proyecto.”³⁰⁹ Se

³⁰⁸ *Ibidem*, p. 18.

³⁰⁹ Dieterich, Heinz, *Bases de la democracia participativa y del nuevo socialismo* (Argentina-Méx-

requiere un Estado estructuralmente diferente. El clásico modelo francés y sus dos formas, sea de una estructura estatal dividida en poderes, sea de separación de poderes, que tenga como fin un equilibrio en el ejercicio de poder a través de controles mutuos o por medio de competencias especializadas,³¹⁰ es limitada a la existencia de tres funciones fundamentales, adoptadas en la mayor parte de los países, con diferentes nombres. Sin embargo, el modelo garantista del constitucionalismo sugiere una reconsideración y un replanteamiento de esta tripartición.³¹¹

Esta estructura se alimentaba y funcionaba a través de la democracia representativa, en que la soberanía como forma de autodeterminación de los pueblos se ejercía fundamentalmente y en muchos casos en la práctica solo mediante el sufragio, luego de lo cual se volvía a dar a través de procesos cíclicos, dependiendo de la legislación existente en cada lugar frente a esto, la democracia constitucional (con otro contenido) se erige como un nuevo paradigma, fruto de un cambio radical producido en el papel del derecho en estos últimos 50 años. Un paradigma del cual no tenemos suficiente conciencia y cuyas técnicas de garantía estamos aún bien lejos de haber elaborado y asegurado.³¹²

Pero en virtud de considerar la democracia representativa insuficiente en los términos descritos en la que el voto popular contribuye solamente a la elección de quien está llamado a decidir, pero sin más incidencia en las decisiones de los elegidos,³¹³ la democracia participativa requiere que se prescriban, a escala constitucional, una serie de preceptos fundamentales que permitan que se cumpla de manera cabal el principio de soberanía popular,³¹⁴ como ejercicio permanente por medio de fórmulas estructurales y normativas. La Constitución ecuatoriana recoge ese tipo de fórmulas a través de los siguientes aspectos:

a.- La institucionalización de organismos con competencias y rango de poder político, de igual jerarquía que las funciones ejecutiva, legislativa y judicial.

ico: Edit. 21 s.r.l. 2001), p.78.

310 Guastini, Riccardo, op.cit., pp. 64,65,66.

311 Ferrajoli Luigi, 2014, op. cit., p. 189.

312 Ferrajoli, Luigi, 2001, op. cit., p. 160.

313 Ferrajoli Luigi, 2014, op. cit., p 39.

314 “La democracia no se mide primariamente `por el número, según hacía Aristóteles, sino por los criterios, los vectores, que dan lugar a ese número. En unos casos el porcentaje de ciudadanos activos puede resultar alto (soberanía nacional); en otros, tienen que resultar elevado (soberanía popular).” Bastida Freijedo, Francisco: “La soberanía borrosa: la democracia” En: Instituto de Estudios Parlamentarios Europeos de la Junta General del Principado de Asturias, *Fundamentos. Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, derecho Público e Historia constitucional*, 01,1998, p. 414.

Estas instituciones tienen, por un lado, la misión de garantizar la transparencia en los procesos de delegación de poder público, y, por otra, deben garantizar el activismo ciudadano en la toma de decisiones; es decir, mantenerla viva, tanto en la participación como en el control de los actos de poder público; y otra asignada por la Constitución, a partir del nombramiento de autoridades fundamentales del Estado. En el primer caso se presenta la Función Electoral, dividida a su vez en dos organismos, uno de orden administrativo y otro de carácter jurisdiccional; y en el segundo caso por la Función de Participación Ciudadana y Control Social.

b.- Entre los derechos políticos vigentes en la democracia representativa, como se mencionó, el derecho al sufragio constituía la esencia del ejercicio de soberanía. Esta forma de democracia es calificada por Ferrajoli como democracia formal, frente a una democracia que debe ser sustancial. Así señala:

La dimensión formal de la democracia injertada en el paradigma legislativo consiste esencialmente en un método de formación de las decisiones políticas: más precisamente, en el conjunto de las reglas de juego que atribuyen al pueblo o a la mayoría de sus miembros el poder de asumir tales decisiones, directamente o a través de sus representantes. Esta es la expresión de la democracia *toutcourt* que vertebra la historia toda del pensamiento político, de la clásica tripartición introducido por Platón en el *Político* y retomada por Aristóteles a la idea roussoniana de la voluntad general hasta las actuales teorías de la democracia representativa de Kelsen a Bobbio, de Schumpeter a Pooper y Waldron.³¹⁵

En tal razón, en la democracia participativa, la representación a través del derecho al sufragio, es uno más y de igual y no mayor importancia que otros como por ejemplo, fiscalizar los actos de poder público o formular propuestas de ley, que conjugan la participación activa de la ciudadanía. Es precisamente por ello, que la Constitución ecuatoriana la denominación de derechos políticos por derechos de participación, en el cual se conjugan no solamente el derecho de elegir representantes para ciertas actividades específicas, sino franquea la posibilidad de que la población tenga papel protagónico en la elaboración y ejecución de políticas públicas; y, fiscalización permanente de los actos de poder público.

En cuanto a los derechos en general, la Constitución ecuatoriana, presume de ser garantista, no escatima en la tipificación de derechos, planteados desde una nueva visión, toma en consideración su inmediata anterior, la Constitución de 1998, pero la amplía sustancialmente tanto en contenido, como en esencia y ejercicio. Así, existen, en un primer momento, una serie de principios que regulan la aplicación de los derechos establecidos en la Constitución, que tienen como fin un ejercicio efectivo, para contrarrestar la formalidad, la ideologización, irrealización

315 *Ibidem*, p. 35

EL NEOCONSTITUCIONALISMO EN ECUADOR

y utopismo de la carta constitucional. Estos principios en general cumplen un papel asimilable a los preceptos de un debido proceso en administración de justicia, pero más amplios.

Los derechos individuales enunciados en la Constitución de 1998 se reconocen en la Constitución de 2008 como derechos de libertad, pero su jerarquía es rota, y su aplicabilidad no requiere ni solemnidades sustanciales, a tal punto de no ser necesario que se concreten en ley. Los derechos colectivos, según la Constitución de 1998, se denominan ahora derechos del buen vivir, y si en la anterior era difusos, ahora lo son en mayor grado. Si bien para su aplicación urge de legislación que los desarrolle, podría presentarse judicialmente el hecho de la inejecutabilidad de un fallo de garantía de derechos, dado que en la práctica se requerirá de acciones administrativas y ejecutivas no contenidas en la sentencia, lo que sucede por ejemplo, con los derechos al agua y la alimentación. Esto obligará a que las partes procesales, presenten recursos horizontales de ampliación o aclaración, girando la actividad del juez en una labor directriz y ejecutiva, que se verá en potestad y obligación de hacerla, alterando la naturaleza del ejercicio jurisdiccional.

Los derechos de los grupos vulnerables señalados así en la Constitución de 1998, pasan a denominarse derechos de los grupos de atención prioritaria, privilegiando y reconociendo las diferencias de orden físico, de carácter permanente o temporal, sean adquiridos o congénitos, teniéndose en cuenta no solo las diferencias de orden físico, sino también de índole social. La diversidad reconocida en la Constitución de 1998 a los pueblos indígenas y afro ecuatorianos, se amplía a los pueblos montubios, extendiéndose a reconocer la autonomía política y la pluralidad jurídica. En este sentido, algo sustancial y novedoso en relación al resto de los ordenamientos constitucionales es la regulación de los derechos de la naturaleza, y la consideración de sujeto de derechos a lo no humano, sobre la base de la aceptación de una nueva forma de vida.

En resumen, la nueva cosmovisión del ser humano asumida constitucionalmente sobre la naturaleza, la vida, la economía, la democracia y la equidad, serán máximas supra ordenadoras de los contenidos constitucionales expresados en forma de valores y principios, a aplicar por los jueces en el control constitucional de actos específicos de particulares, de los productos legislativos, y en concreto de todos los actos emanados de poder político.

III.4. Influencia del neo constitucionalismo en la concepción del Estado Constitucional de derechos y justicia en la República del Ecuador

En la República del Ecuador, la influencia de corrientes neoconstitucionales se pone de manifiesto desde la propia denominación del Estado ecuatoriano, como Estado constitucional de derechos y justicia. Efectivamente en la evolución jurídica ecuatoriana, las constituciones han ido incorporando paulatinamente un conjunto de normas de carácter material que han configurado el modelo de Estado que se concreta en Montecristi, lo que ha provocado profundas reflexiones iusfilosóficas y el paso de la *sciencia juris* a la *juris prudencia*.³¹⁶

El ordenamiento jurídico ecuatoriano puede considerarse constitucionalizado, no en el supuesto primero, básico de que ha sido introducido en él una Constitución, si no en el pretendido analizado por Guastini de que la Constitución sea extremadamente invasora, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia, el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos y las relaciones sociales.³¹⁷ A continuación, con referencia a los elementos de constitucionalización aportados por el autor señalado, se analizan los condicionamientos constitucionales de los contenidos de las normas secundarias³¹⁸ y la forma de actuación de los jueces en Ecuador, sobre la base de que el neoconstitucionalismo es una teoría, una ideología y también un método de análisis del Derecho:

La rigidez de la Constitución:

“La idea de constituciones sempiternas —que tiene en nuestra tierra un precedente en la ley perpetua de los comuneros castellanos— nunca pasó de ser en los siglos XVIII y XX, un ideal de revolucionarios huérfanos de realismo, incursos en ocasiones, en el extendido pecado de la vanidad legislativa, y que, en todo caso veían en sus constituciones unas conquistas históricas de tal magnitud que bien debiera concebírselas como inmutables”.³¹⁹

En la actualidad, la rigidez de las constituciones no es solamente algo que debe caracterizarles sino su esencia misma, a fin de garantizar el cumplimiento de sus contenidos y la voluntad de la sociedad pluralista.

“La rigidez constitucional no es, en sentido propio, una garantía de aplicación e

316 Zagrebelsky, Gustavo, 2009. op. cit., p. 123.

317 Guastini, Riccardo, Edit. Trotta, Madrid 2006, p.50

318 Por normas secundarias, se refiere a los instrumentos jurídicos subordinados que se encuentran mencionados en el art. 425 de la Constitución de la República del Ecuador, de 2008.

319 Alzaga, Óscar, op. cit., p. 56.

inmutabilidad, es más bien un rasgo estructural de las constituciones, vinculado a su colocación en el vértice de la jerarquía de las normas, de modo que las constituciones son rígidas por definición en el sentido de que, si no lo fueran, en realidad, no serían constituciones sino que equivaldrían a leyes ordinarias.³²⁰

Una Constitución puede llegar a ser calificada como rígida, cuando su proceso de reforma sea dado por un sujeto distinto del legislador ordinario y bajo procedimientos no ordinarios (referéndum, asamblea convocada al efecto, intervención de varios sujetos colegisladores) o mediante una mayoría cualificada.³²¹

En la Constitución ecuatoriana, es posible ver con absoluta claridad esta cualidad, ya que dedica un título completo, el noveno y último, a establecer su supremacía sobre cualquier otra.³²² Tal prevalencia no solo es en casos de contradicción de contenidos, sino de aplicación.³²³ De igual forma el procedimiento de reforma es limitado, ya que existe inmutabilidad en principios constitucionales, derechos, garantías, carácter y elementos del Estado, temas expresamente señalados sobre los que no cabe cambio alguno, exceptuando un proceso de conformación de una nueva asamblea constituyente, que solamente puede darse a voluntad del pueblo ecuatoriano y a iniciativa del presidente, de las dos terceras partes de la asamblea, o a iniciativa del 12 % de personas inscritas en el registro electoral,³²⁴ o al margen de lo franqueado en la Constitución a través de un proceso revolucionario. Mientras que para los temas que sí son susceptibles de modificación existe un procedimiento agravado, comenzando por los requisitos en la iniciativa, dado al presidente de la República quien puede convocar a referéndum con el respaldo del 8 % del electorado.³²⁵

Cuando la iniciativa compete a la Asamblea General, la mayoría es agravada: solo la voluntad de los dos tercios, podrá aprobar reformas constitucionales. Así en el presente, la Asamblea posesionada en el mes de mayo de 2013, conformada por 137 miembros, procede la reforma constitucional sobre temas susceptibles de cambio con la voluntad expresa de noventa y un asambleístas, esto no sucede en la aprobación de leyes orgánicas u ordinarias.

320 Ferrajoli, Luigi, 2014, op.cit., p. 62.

321 Prieto Sanchís, Luis, op. cit., p. 164.

322 Ver artículo 424, Constitución de la República del Ecuador. Publicado en el Registro Oficial del 20 de octubre de 2008.

323 *Ibidem*, 425.

324 *Ibidem*, 444.

325 *Ibidem*, 441.

En cualquier caso la rigidez constitucional pretende atar de manos a las generaciones presentes a fin de impedir que estas amputen las manos de las generaciones futuras.³²⁶ Aunque muchas constituciones hoy día son rígidas, la constitucionalización resulta enfatizada cuando existen principios constitucionales, formulados o implícitos, que no pueden ser modificados.

a) La garantía jurisdiccional de la Constitución.- Con el propósito de asegurar la vigencia de la Constitución, se establecen mecanismos jurisdiccionales³²⁷ de control de las normas jurídicas y todo acto de poder público, que deba guardar correspondencia con el contenido constitucional, hasta dirimir las relaciones de poder político. En el sistema ecuatoriano, es posible encontrar un control no solo jurisdiccional, sino hasta administrativo de creación³²⁸ control y aplicación, pero en lo referente a la administración de justicia constitucional, su control no es exclusivamente concentrado, es decir de parte de la Corte Constitución sino también difuso, cuando cualquier juez está en la posibilidad y obligatoriedad de pasar un test de constitucionalidad en los casos sometidos a su conocimiento. Actualmente se “otorga a los jueces una inmensa capacidad de transformación de la sociedad por medio de la creación de nuevo Derecho, función que aleja a los jueces de esa imagen de aplicadores mudos de la ley que la doctrina liberal clásica les había impuesto”,³²⁹ esto se puede verificar expresamente cuando se otorga competencia al juez en general para conocer y resolver cuestiones de constitucionalidad,³³⁰ con sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales y a la ley,³³¹ incluso, los derechos y garantías establecidos en la Constitución serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidor público, sea administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.³³²

326 Ferrajoli, Luigi, op. cit., p. 62

327 De la misma manera, la Constitución dedica un título, específicamente el tercero, a tratar medidas administrativas y jurisdiccionales de la Constitución.

328 El control de conformidad de las leyes para con la Constitución no solamente es de carácter jurisdiccional sino normativo. Así los refiere el art. 84 de la Constitución de la República del Ecuador, cuando exige a la asamblea nacional que tiene potestad normativa a adecuar formal y materialmente las leyes y toda norma jurídica a la Constitución.

329 Montaña Pinto, Juan (editor), porras velasco, Angélica, lozada prado, Alí, et al, “Apuntes de Derecho Procesal Constitucional”, Corte Constitucional para el período de transición, Tomo I, Quito, 2011, p. 37.

330 Ver Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449 del 20 de octubre de 2008 artículo 86 numeral 2.

331 *Ibidem*, 172 inciso primero.

332 *Ibidem*, 11 numeral 3.

EL NEOCONSTITUCIONALISMO EN ECUADOR

La administración de justicia especializada en materia constitucional la realiza la Corte Constitucional, también de forma ulterior de normas y actos administrativos de poder público a tal punto que puede declarar inconstitucionalidad de fondo y forma actos normativos generales, es decir, leyes, acarreado tal declaratoria la invalidez del acto normativo³³³ y/o acto administrativo.³³⁴ Además pueden conocer por apelación en calidad de jueces *ad quen* los casos concretos decididos por los jueces *a quo* ordinarios, en acciones constitucionales como por ejemplo la de protección.³³⁵

Este control ulterior no es el único existente en el ordenamiento, sino también el control anterior, tal el caso de la exigencia al legislativo citada anteriormente, pero de manera más evidente se encuentra regulado en la Constitución, cuando se requiere dictamen previo, que tienen el carácter de vinculante; es decir, obligatorio de la corte constitucional para aprobar o improbar tratados internacionales,³³⁶ que van a formar parte del ordenamiento con jerarquía de norma constitucional; así como, la objeción de inconstitucionalidad que presente el presidente de la República, en la formación de leyes.³³⁷

Ahora bien, en el control de conformidad de las leyes que trata la justicia ordinaria, se puede señalar que el “juez juzga la ley” y encontrándola incompatible, inaplica, inobserva la norma para el caso específico, pero no la expulsa del sistema jurídico; es decir, escoge el camino de la aplicación de norma superior, aunque de todos modos, el ordenamiento establece una salvedad de consulta por parte del juez dirigida a la Corte Constitucional, cuando a petición de parte o de oficio encontrare una norma legal contraria a la norma constitucional.³³⁸

Mientras, en el control de constitucionalidad de la ley realizada por la justicia especializada, el “juez juzga la ley” y, encontrándola incompatible la invalida con efectos generales; en definitiva, declara su inconstitucionalidad expresamente con su consecuente expulsión del sistema jurídico. Los jueces entonces actúan como legisladores negativos, dado que sus decisiones osten-

333 *Ibidem*, artículo 436 numeral 2.

334 *Ibidem*, artículo 436 numeral 4.

335 *Ibidem*, artículo 436 numeral 6.

336 *Ibidem*, artículo 438 numeral 1.

337 *Ibidem*, artículo 438 numeral 3.

338 *Ibidem*, artículo 428.

tan el mismo alcance general de las leyes.³³⁹ Esto altera el sistema de fuentes haciendo de la jurisprudencia la fuente primera del Derecho, por encima de la ley y, en consecuencia, instituir el gobierno de jueces.

b) La fuerza vinculante de la Constitución.- Se planteó al inicio del capítulo que el neoconstitucionalismo se sustenta en la existencia de constituciones materiales, es decir textos de “largo aliento”, generosos en la estipulación de normas genéricas y principios de aplicación de derechos, que tiene como fin alcanzar la justicia social. Así lo hace la Constitución ecuatoriana, con principios de aplicación de los derechos,³⁴⁰ estipulando derechos colectivos, denominados en la carta como del Buen Vivir,³⁴¹ derechos individuales denominados en la Constitución como lo de libertad,³⁴² y derechos de debido proceso denominados de protección.³⁴³

Ahora bien, no todo el contenido constitucional señalado en los títulos citados se presenta propiamente como norma jurídica concreta, es más, en casos específicos, la misma Constitución remite la aplicación de un derecho a la forma y contenido desarrollado en la ley. Así, el numeral 14, inciso primero del artículo 66 de la Constitución señala: “El derecho a transitar libremente por el territorio nacional y a escoger su residencia, así como a entrar y salir libremente del país, cuyo ejercicio se regulará de acuerdo con la ley. La prohibición de salir del país solo podrá ser ordenada por el juez competente”. En todo caso aun inexistiendo desarrollo legislativo en estas materias, el juzgador se verá obligado a aplicar la Constitución y el mecanismo propuesto será jurisprudencial.

Pero aún más, aunque la norma constitucional no remite expresamente la concretización de un derecho a la ley como el caso citado, sí refiere de forma general a que el contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas.³⁴⁴

Ahora bien, se debe diferenciar entre la materialidad de la Constitución y su vigencia efectiva. La materialidad, como se ha señalado, consiste en la consagración de un conjunto de derechos y principios, de diversos tipos, en tanto la

339 Prieto Sanchís, Luis, op. cit., p. 169.

340 Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449 del 20 de octubre de 2008, artículo 11.

341 Ver a partir del artículo 12 a 35.

342 *Ibidem*, artículo 66.

343 *Ibidem*, artículos 75-82.

344 Numeral 8 del artículo 11.

EL NEOCONSTITUCIONALISMO EN ECUADOR

vigencia de la Constitución depende de su aplicación efectiva. Los indicadores de la misma son las garantías jurisdiccionales establecidas como mecanismos constitucionales.

De esa forma se verifica la desmonopolización de la creación jurídica. La facultad del legislativo en la creación de normas, deja de ser exclusiva, se da paso a la creación judicial de derecho, e incluso a la administración ordinaria y no especializada de justicia.

c) Sobre interpretación de la Constitución.- Guastini parte de una premisa: por más que una Constitución sea extensa no puede agotar todos los hechos producidos en sociedad.³⁴⁵ A tal punto que requiere su desarrollo legal y jurisdiccional; es más, requiere una ampliación de la propia Constitución a través de su interpretación, aspirando así a conformar, como consideraban Kelsen y Bobbio,³⁴⁶ un ordenamiento jurídico coherente, completo, armónico de normas que regulan la vida social, a tal punto de no existir posibilidad de lagunas o vacíos normativos, ya que, en el ámbito privado, por ejemplo, lo no expresamente regulado se entiende permitido por la misma ley, y, en el caso de las relaciones sujetas a derecho público, en donde prima el principio de legalidad, solamente es válido lo expresamente señalado en la ley, de manera que no cabrían espacios sin regulación.

Sin embargo, partiendo de la tesis del derecho y ordenamiento jurídico incompleto, se produce la denominada sobreinterpretación constitucional, que difiere de la interpretación constitucional ya que este segundo caso se da ante la existencia de norma constitucional que requiere ser concretizada a través de un fallo, que sienta jurisprudencia.

Como respuesta al planteamiento anterior, la carta ecuatoriana permite la interpretación constitucional. Aunque se abordará en el siguiente tema, se puede anticipar que, en este caso, resulta discutible imaginar que exista un procedimiento objetivo para la aplicación de los principios constitucionales y sus alcances. “La indeterminación normativa abre siempre las puertas a las apreciaciones subjetivas del juez. Estas aparecerán indefectiblemente tanto en la ponderación como en cualquier otro procedimiento alternativo”.³⁴⁷ A pesar de ello, se debe señalar que en el caso objeto de estudio, el constituyente facultó a la Corte Cons-

345 Ver Guastini, Riccardo “La Constitucionalización del ordenamiento jurídico”: el caso italiano, op. cit. pp. 53, 54 y 55.

346 Ferrajoli, Luigi, 2001, pp. 43-46, tema en donde desarrolla las perspectivas de la filosofía analítica del Derecho.

347 Bernal Pulido, Carlos, 2006, op. cit., p. 56.

titucional para interpretar la Constitución³⁴⁸ en última e inapelable instancia, en la administración de justicia nacional, no supranacional.

Ahora bien, si se acepta que la Constitución puede tener “vacíos”, y que tal omisión puede ser llenada por la ley, esto no es compatible con un sistema jurídico constitucionalizado, ya que adquiere su validez tanto en la forma en que es creada, como la coherencia constitucional de su contenido, simplificando los términos: una ley solamente debe ser considerada válida en razón de que encuentre formal y materialmente un punto de partida en la Constitución, ya que jurídicamente no puede derivarse de la nada.

Así, el poder constituido encargado de la creación de normas jurídicas, para asumir su poder de forma legítima, debe enmarcar su creación dentro de los límites formales y sustanciales establecidos en la carta fundamental. Por esta razón, si los vacíos constitucionales son llenados a partir de una sobre interpretación constitucional o, en su defecto, como lo hace la Constitución ecuatoriana, al aceptar la posibilidad de aplicar un ordenamiento, supranacional³⁴⁹ que reconozcan derechos más favorables,³⁵⁰ sea a través de una sobreinterpretación o a través de los tratados internacionales, en especial cuando se trata de derechos, colmado por la judicatura o por la Corte Constitucional, significaría un relevo del debate político jurídico que debe darse en una asamblea constituyente, afectando el principio de soberanía, e incluso de auto determinación de los pueblos.

d) La aplicación directa de las normas constitucionales.- A partir de una Constitución material, la cual no se limita a organizar los poderes políticos y sus competencias, sino que es un código que regula las relaciones sociales, tanto de particulares con el Estado, como de particulares entre sí, resulta entonces forzoso que los jueces y otros funcionarios con potestades públicas deban resolver los conflictos tomando en consideración lo establecido en la carta,³⁵¹ más aún cuando la norma que se aplica es clara y no admite objeción; así por ejemplo, en los derechos de protección se establece la prohibición de exigir o forzar la declaración de una persona en contra de sí misma, sobre asuntos que puedan ocasionarle responsabilidad hasta de orden penal.³⁵² Sin embargo, no sucede así

348 Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449 del 20 de octubre de 2008, artículo 429.

349 *Ibidem*, artículo 11 numeral 3.

350 *Ibidem*, artículo 424 inciso segundo.

351 *Ibidem*, artículo 11 numeral 3.

352 *Ibidem*, literal c del numeral 6 del artículo 77.

cuando lo establecido en la Constitución es un principio general, un derecho colectivo o difuso.³⁵³ Las normas constitucionales ecuatorianas producen efectos directos y pueden ser aplicadas por el juez ante cualquier litigio.

e) La interpretación conforme de las leyes.- El iusfilósofo Dworkin planteó el problema sobre si, en derecho, existe una sola respuesta,³⁵⁴ problema que motiva la teoría de la argumentación de Alexy, y su búsqueda de un criterio de corrección.

Concomitantemente, Guastini señala, que “no existe un texto normativo que tenga un solo significado determinado antes de la interpretación”.³⁵⁵ Así, las dudas que pueden existir sobre el sentido y alcance de una norma no solo se dan en contenidos constitucionales, sino también sobre leyes, aunque su presentación generalmente se da en la forma de reglas. Sin embargo, no es menos cierto que en todo ordenamiento existen enunciados legales en forma de principios. Cuando se está en frente de una ley que requiere interpretación, la misma debe realizarse conforme la Constitución en tanto esto fuera posible. No sucede así cuando el tenor literal de una ley restringe derechos constitucionalizados,³⁵⁶ o disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos, en cuyo caso será inconstitucional,³⁵⁷ y se suspenderán sus efectos.

“La forma general de la ley es el lenguaje, porque su forma particular de atribuir solo en el lenguaje puede darse. No hay ley sin lenguaje y el lenguaje es la casa del ser y la morada del hombre”.³⁵⁸ Pero si en la generalidad de los casos, los textos legales pueden ser leídos y consecuentemente entendidos de una forma; y, al momento de su aplicación en un hecho controvertido su interpretación difiere, ¿cuál de las interpretaciones es la que debe guiar la decisión de los jueces?, pues debe ser aquella cuya interpretación se ajuste más a la Constitución, es más, la interpretación de la ley tiene como condición previa ser desarrollada de forma progresiva a la previamente establecida en la Constitución,³⁵⁹ de manera que pueda ser conservada la norma, caso

353 *Ibidem*, inciso tercero del numeral 3 del artículo 11.

354 Dworkin, Ronald, “Los Derechos en serio”, Edit. Ariel Derecho, 6ta, edición, Barcelona 2007, p. 396.

355 Ver Guastini, Riccardo, 2001, op. cit., p. 56.

356 Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449 del 20 de octubre de 2008, artículo 11 numeral 4.

357 Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449 del 20 de octubre de 2008, artículo 11 numeral 8.

358 Insanti, Horacio, op. cit., p. 52.

359 *Ibidem*

contrario tendría que inobservarse, por tanto perdería su vigencia. Si así sucede, el legislador pasivo que es el juez, pasaría a colmar el ordenamiento jurídico a través de fallos, haciendo innecesaria la existencia de la legislatura, ya que no solo pierde el monopolio de creación jurídica, sino también el de interpretación de la ley. Aunque la Constitución ecuatoriana no es explícita en otorgar facultades de interpretación a los jueces, sí lo es con la Asamblea General,³⁶⁰ sin embargo, al establecerle un orden prelatorio de aplicación de normas empezando por la Constitución,³⁶¹ exige que la primera actitud del juez sea juzgar la conformidad o no de la ley para su aplicación.

f) La influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas.- Es posible encontrar en la Constitución ecuatoriana facultades dadas a la Corte Constitucional y a los jueces que tienen como fin decidir sobre conflictos de competencia en el orden administrativo y ejecutivo, que básicamente tienen como fundamento lo siguiente: “El constitucionalismo es un modelo normativo producido por un cambio de paradigma tanto del Derecho como de la democracia, gracias a la cual la validez de las leyes y la legitimidad de la política están condicionadas al respeto y a la actuación de las garantías de los derechos estipulados en la Constitución”.³⁶² En tal sentido, se pueden citar los casos en los cuales la Constitución faculta a los tribunales a decidir sobre el tema, puntualmente son los siguientes:

1.- La facultad de la Corte Constitucional de dirimir conflictos de competencia entre funciones del Estado, u otros organismos establecidos en la carta;³⁶³

2.- la facultad de la Corte Constitucional de juzgar las omisiones en las que incurran las instituciones del Estado y sus autoridades, cuando dentro de plazos previamente establecidos o considerados razonables han inobservado parcial o totalmente los mandatos constitucionales;³⁶⁴ y,

3.- la facultad de los jueces de conocer y resolver, de ser el caso, todos los actos que sean impugnados y provengan de cualquier autoridad administrativa, independientemente de la vía contenciosa administrativa más aún cuando el daño es inminente y la vía no es expedita.³⁶⁵

360 Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449 del 20 de octubre de 2008, artículo 120 numeral 7.

361 *Ibidem*, artículo 172 inciso 1.

362 Ferrajoli, Luigi, 2014, op. cit., p. 10

363 Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449 del 20 de octubre de 2008, artículo 436 numeral 7.

364 *Ibidem*, 436 numeral 10.

365 *Ibidem*, artículo 173.

El análisis anterior permite resumir que el ordenamiento jurídico ecuatoriano se encuentra constitucionalizado. La carta juega un papel preponderante no solo en el desarrollo de la legislación secundaria, sino en la actuación de los operadores de justicia, sustancialmente en quienes tienen jurisdicción, sea ordinaria cuando la ejercen jueces ordinarios en control de constitucionalidad de casos específicos y con efectos inter partes, sea especial cuando lo ejerza la Corte Constitucional en control abstracto y de efectos *erga omnes*. Estas novísimas potestades incorporadas al ordenamiento constitucional ecuatoriano son muestras de la adscripción del sistema jurídico, al neoconstitucionalismo.

III.4.1. La interpretación constitucional en la República del Ecuador

A partir de lo preceptuado constitucionalmente, las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de dudas, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional.³⁶⁶

De lo señalado, cabe la pregunta sobre en qué consiste interpretar al tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad, es decir, dotar de un sentido unívoco a todo el corpus constitucional —para autores como Zagrebelsky— es posible toda vez que el carácter sistemático de la Constitución se traduce en la exigencia de que jamás se interprete pieza por pieza, norma a norma, sino que se interprete siempre como un todo, de ahí que se plantee, “que la interpretación de la Constitución, tomada como tal y no como un mera suma de leyes constitucionales, es siempre interpretación de toda la Constitución”.³⁶⁷

Se debe añadir que, cuando de enjuiciar una ley por su inconstitucionalidad se trate, la forma de interpretación sobre su validez difiere.

“El juicio constitucional sobre las leyes es un juicio de validez, en el cual la ley está destinada a someterse a un test de compatibilidad con la Constitución. El hecho, se dice, está representado por la ley, el derecho, por la Constitución. La ley, es degradada al hecho y no constituiría derecho propiamente como si la Constitución: esta es la esencia del juicio constitucional en el que la ley, de ser algo en virtud de lo cual se juzga, se transforma en lo que es juzgado.”³⁶⁸

366 *Ibidem*, artículo 427.

367 Zagrebelsky, Gustavo, 2008, op. cit., p. 227.

368 *Ibidem*, p. 217.

Para deducir si es posible la interpretación constitucional tomando a la carta como un todo, es pertinente partir de analizar a qué se refiere primero al decir tenor literal. Para esto es pertinente ayudarse de las tesis positivistas, método que le es afín. Se entiende por tenor literal el significado de las palabras en su sentido primario y natural, es decir de uso y significado usual y normal. Sin embargo, las corrientes neoconstitucionalistas consideran que todo texto es susceptible de tener varios sentidos. Por tanto, el sentido que se da a partir del significado natural de las palabras será válido cuanto se ajuste al sentido de la Constitución, concebida en su totalidad, es decir, se debe colocar esa interpretación dentro del conjunto normativo contenido en la Constitución, más o menos en la forma como describe Guastini la interpretación sistemática de una norma.³⁶⁹

¿Pero, cuál es el sentido total de la Constitución, cómo se alcanza, es posible?. Evidentemente, se peca de la crítica hecha al positivismo “duro” cuando se considera que la Constitución en sí misma es un conjunto de normas coherentes, sin contradicciones, completa y con significación unívoca, cuestión que no se comparte por los mismos postulados del neoconstitucionalismo. Por tanto, se entiende que la interpretación de una disposición constitucional será válida, si se ajusta al sentido general de la Constitución, cuando no exista contradicción interna y se interprete de forma contextualizada. Se citan para reforzar la idea, dos ejemplos: la Constitución trata por separado a los servidores públicos³⁷⁰ y a los trabajadores,³⁷¹ sin hacer referencia a que el término trabajador abarca a los servidores públicos, en tal sentido por ausencia de esta referencia literal, se tendría que aceptar que a los servidores públicos no le son aplicables ciertos principios que rigen el derecho del trabajo, como son la intangibilidad, a trabajo de igual valor corresponderá igual remuneración, entre otros.

En el ejemplo dado anteriormente, no se debería llegar a la equivocada interpretación de excluir a los servidores públicos de los principios que rigen a los trabajadores en general; por lo que se podría afirmar que la interpretación tomando a la Constitución en su integralidad lleva a concluir en ese ejemplo que el servidor público es un trabajador al que le son aplicables todos los derechos del trabajo establecidos en la Constitución.

La Constitución establece de forma explícita que, en caso de duda sobre la norma constitucional, se interpretará en el sentido que más favorezca a la plena

369 Guastini, Riccardo, op. cit., pp. 43, 44.

370 Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449 del 20 de octubre de 2008, artículos 229 - 234.

371 *Ibidem*, artículos 325 - 333.

vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente. Esto, contrariamente, sitúa el análisis en el polo opuesto de la interpretación literal. La manera más evidente de respetar la voluntad del constituyente es atender el contenido de su texto tal cual. Pero si se parte de la idea de que el legislador no dice todo lo que quiere, como asume la Constitución cuando obliga una interpretación más ajustada a la voluntad del constituyente, se tendrá que atribuir un sentido distinto al escrito; en ese caso, deberá ser el que más favorezca la vigencia de los derechos en razón del contexto social y político que involucró la creación de la carta magna, condiciones particulares, que son escritas en el preámbulo de la Constitución.³⁷²

De la lectura detenida del preámbulo constitucional, se puede colegir que la labor del legislador constituyente se desarrollaba en un contexto de respeto de género, religiosidad; de reconocimiento a la diversidad de pueblos, culturas, aspirando a: una nueva forma de vida, cuyas características se fundamentan en la democracia, la diversidad, el respeto a la naturaleza, una posición anticolonialista, integracionista a escala latinoamericana, entre otros. En tal sentido, cuando el juzgador interprete la norma atendiendo a la voluntad de legislador constituyente, esta debe concretizarse en ese entorno del creador de la carta fundamental.

El derecho no solo se basa en normas establecidas, sino también en principios. Los principios, además de tener una función fundamentadora o directora, se aplican también como prescripciones interpretativas.

“Una característica de los principios, dice Dworkin, citado por Riddall, es que, a diferencia de las normas, tienen la dimensión de peso o importancia. Cuando dos principios llegan a conclusiones diferentes, el Juez debe considerar el peso relativo de cada uno de ellos... los principios juegan un papel esencial en los argumentos que apoyan las sentencias”.³⁷³

Explica Bobbio que: “La dificultad para ubicar todas las normas de un ordenamiento depende del hecho de que generalmente estas no provienen de una sola fuente. Los ordenamientos jurídicos pueden ser simples y complejos, según sus normas emanen de una o de varias fuentes. Generalmente son complejos. Esta complejidad se deriva del hecho de que la necesidad de la sociedad de regular las conductas es tan grande que no hay poder u órgano capaz de satisfacerlas por sí mismo”.³⁷⁴

372 Ver Preámbulo de la Constitución de la República del Ecuador.

373 Riddall, J.G., op. cit., p.40.

374 Ver Bobbio, Norberto *Teoría General del Derecho* (Madrid: Debate, 1998), pp. 165 - 166.

De lo anterior se deriva que la calificación de prescripciones interpretativas, no sea casual, con ello se quiere resaltar el carácter prescriptivo de esta fuente en todas y cada una de sus aplicaciones. La consecuencia práctica es que el interprete debe elegir entre todos los sentidos posibles que pueda tener un acto jurídico, aquel que sea más acorde con los principios, como valores jurídicos-éticos de la comunidad.³⁷⁵

Teniéndose en consideración lo regulado en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control de la Constitucionalidad, se establecen de la misma manera reglas y métodos de interpretación constitucional,³⁷⁶ que son una combinación del modo de actuar del juzgador bajo un modelo positivista y naturalista. Así, existen en el primer caso, las soluciones de antinomias, a través de la aplicación de la norma jerárquicamente superior,³⁷⁷ la interpretación literal y sistemática tratada en el literal anterior; en el segundo caso, la interpretación evolutiva, en la cual se le asigna al texto constitucional un significado actual, es decir al momento de su utilización y no al significado que tenía al momento de su creación; en tal sentido la vida toda, mudable, cambiante e inmersa en ella las personas, su entorno social y natural, es decir, un proceso de cambio y movimiento en la forma enunciada por Heráclito.

No obstante estos clásicos métodos y reglas de interpretación, la ley regula principios que rigen la interpretación del texto constitucional. Así se encuentran los principios de proporcionalidad y de ponderación, que si bien se encuentran contorneadas sus características en la ley, no se esclarecen de forma definitiva, sobre todo, cuando en la misma doctrina son temas aun en debate.³⁷⁸ Además que los principios contenidos en la Constitución, salvando casos específicos, no se encuentran gradados; es decir, no se establecen sus pesos respectivos de los unos frente a los otros, de donde surge la palabra clave proporcionalidad, es decir la consideración a cualquier principios en su relación con los demás, igualmente importantes,³⁷⁹ de lo que se deduce necesario tener en consideración las siguientes aristas:

Los principios no excluyen la validez simultánea de otros principios en conflicto. Teniendo en cuenta como señala la profesora Ferrari Yaunner³⁸⁰ que no existe

375 Ver Beladiez Rojo, Margarita, *Los principios jurídicos* (Navarra: Aranzadi, 2010), p. 152 y pp.180-192.

376 Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control de la Constitucionalidad.

377 Artículo 425 de la Constitución de la República del Ecuador.

378 Escobar García, Claudia, op. cit., pp. 87-88.

379 Zagrebelsky, Gustavo, 2008, op. cit., p. 241.

380 Ferrari Yaunner, Majela, *Los principios de legalidad y seguridad jurídica como fundamentos del proceso de integración del Derecho para colmar las lagunas de la ley en Cuba*. Tesis presentada en

una jerarquización de los principios, en estos casos, no hay otro camino que acudir a la ponderación teniendo que resolverse las tensiones entre principios.³⁸¹

En lo referente al principio de ponderación,³⁸² la materialidad de la Constitución se aprecia cuando enuncia generosamente un conjunto de derechos en la forma de principios y reglas, que no necesariamente tienen una relación matemática entre ellos, por lo que pueden en determinado momento de su aplicación colisionar, primer requisito, que debe darse para la aplicación del mencionado principio.

“La ponderación trata de dar respuesta a la luz de las propiedades que presenta un caso en el que resultan relevantes dos principios, cuál de ellos debe triunfar y cuál debe ceder, o en qué medida resulta exigible lo que establece uno de ellos. De ahí que el resultado de la ponderación sea el establecimiento de una jerarquía móvil, puesto que un cambio en las circunstancias determina un cambio en la prioridad de los principios”.³⁸³

La colisión de normas cuando son de diferente jerarquía no entrañaría problema ya que se aplicaría la regla de resolución de antinomias, a partir de un orden jerárquico, pero el problema se suscita cuando tienen la misma jerarquía, como en caso de dos principios constitucionalizados, que antes de interpretar debe determinarse con claridad si existe colisión, contradicción, enfrentamiento normativo, luego de lo cual el legislador ecuatoriano sugiere adoptar la fórmula propuesta por Alexy,³⁸⁴ que a menor aplicación o satisfacción de un principio o derecho, mayor satisfacción de otro principio o derecho.

Para ilustrar lo anterior, sirvan los siguientes ejemplos: entre los derechos de libertad regulados constitucionalmente, se encuentra el de acceso a la propiedad en cualquier de sus formas;³⁸⁵ es decir, se garantiza la propiedad privada, mientras otra norma constitucional establece, que la propiedad debe cumplir una función social y ambiental.³⁸⁶ Sucede también, con la regulación del derecho de

opción al grado científico de Doctor en Ciencias Jurídicas, La Habana, 2011, p. 104.

381 “La pluralidad de principios y la ausencia de una jerarquía formal entre ellos hace que no pueda existir una ciencia sobre su articulación, sino una prudencia en su ponderación.” Zagrebelsky, Gustavo, 2005, op. cit., p. 125. Ver también: Larenz, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, 2.^a ed. (Barcelona: Ariel Derecho, 2001), p. 400.

382 Esta técnica de la ponderación será recogida en el ordenamiento ecuatoriano en el art. 3 número 1 y 2 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

383 Prieto Sanchís, op. cit., p. 46.

384 Bernal Pulido, Carlos, op. cit., p. 65.

385 Constitución de la República del Ecuador, artículo 66, numeral 26.

386 *Ibidem*, artículo 321.

igualdad formal, igualdad material y no discriminación³⁸⁷ *versus* el principio de discriminación positiva.³⁸⁸ En estos casos, dos normas pueden llegar a ser calificadas en conflicto, o contrariamente pueden darse interpretaciones en las cuales se establezca que no existe un conflicto, y que la una se adecua a la otra, pero si se considerase la existencia de un conflicto, este está en el papel es decir en el mundo del lenguaje y de los enunciados normativos.

Pero qué sucede en el mundo de los hechos, de las realidades, por ejemplo y utilizando los mismos derechos y principios ejemplificados. El caso del propietario de un inmueble que cumplen una función ambiental de conservación a través de un parque privado de conservación de cierta flora y fauna se ve ante la inminente presión demográfica o económica, sea un interés estatal o particular, que amenaza su derecho de dominio, o en otro caso, dos personas uno mestizo y un afroecuatoriano, participan en un concurso de méritos y oposición resultando un empate, y en atención a la discriminación positiva, el mestizo corre el grave riesgo de perder su oportunidad laboral.

Si nos inclinásemos a considerar en primer término que en los presentes casos existen conflictos, y conminados a resolver a través de la ponderación, tendríamos como soluciones: en el primer caso, el derecho a la propiedad merece el menor grado de satisfacción y mayor afectación, en términos del interés colectivo de orden económico, ni siquiera ambiental, que inversamente proporcional, tendrá mayor grado de satisfacción y menor afectación, es decir el uno cede sus posiciones frente al otro. En el segundo caso, el principio de igualdad se ve afectado y disminuido frente a una forma de discriminación, básicamente por consideración de etnia y género, en cuyo caso el tratamiento no es el mismo.

En cualquiera de los casos enunciados la ponderación no deja de tener una carga sustancialmente valorativa no solo en el ámbito subjetivo del juzgador, sino en los valores que dirigen las actuaciones del legislador constituyente; por tanto, lo que se pone en balanza no son normas sujetas a reglas específicas de validación, sino los valores contenidos en cada norma constitucional y en el fuero interno de juzgador, teniendo como fin no equilibrar las normas constitucionales en conflicto, sino aflorar un principio a costa de la marchitar otro. Está circunstancia o potestad se agrava porque lo que entra en juego son el conjunto de derechos subjetivos cuyos titulares y no solamente destinatarios son todos los ciudadanos, en tal sentido sus normas deben estar sustraídas no solamente al arbitrio de las mayorías, sino también al poder de revisión constitucional³⁸⁹ o justicia constitucional.

387 *Ibidem*, artículo 66, numeral 4.

388 *Ibidem*, artículo 11 numeral 2 inciso segundo.

389 Ferrajoli, Luigi, y Ruiz Manero, Juan, op. cit., p. 53.

Pero no solamente qué criterios subjetivos y valorativos pueden guiar a los juzgadores derogando (por utilizar un término de Ferrajoli) un principio en beneficio de otro, ya que en otro caso el principio afectado puede redimirse y aflorar en otras circunstancias frente al mismo principio que otrora fue la causa de su afectación, en una especie de péndulo de aplicación de principios.

Así para concluir, el juez constitucional podrá resolver en otras circunstancias la no afectación de la propiedad que cumple una función ambiental con independencia del beneficio económico que puede tener un colectivo, y de la misma forma otro juez constitucional podrá decidir, sin tener en cuenta condiciones de género o etnia para la asignación de tal o cual cargo, sino en razón a otras causas o condiciones, como podrían ser, por ejemplo, los conocimientos.

En lo referente al principio de proporcionalidad, al igual que en el caso del principio de ponderación, la ley, si bien lo enuncia y define someramente,³⁹⁰ lo deja en estado de indeterminación, por lo que es sustancial bosquejar sus características.

Teniendo como referencia la doctrina,³⁹¹ mientras la ponderación consistía en la valoración de normas en conflicto, sobrestimando uno de ellos en desmedro del otro, la proporcionalidad va más allá. En un primer momento, cuando el juzgador se enfrenta a dos normas, sea principios o reglas constitucionales y pondera, lo hace limitando una de la normas a fin de extralimitar la otra; por tanto la ponderación puede limitar derechos fundamentales,³⁹² pero a través de observar un conjunto de reglas estrictas como la idoneidad, la necesidad, y la proporcionalidad en sentido estricto.³⁹³ Un segundo momento en el cual pasamos a la proporcionalidad es saber cuál es ese límite que se asigna a una norma, o cuál su intensidad, ya que los mandatos constitucionales, especialmente los principios, son mandatos de optimización que pueden ser desarrollados.

En ese sentido, la técnica de proporcionalidad se utiliza para saber la dosis o medida en la cual se limitan las normas fundamentales, sin que tal limitación llegue a anular la norma y se torne desproporcionada. Para prever esto, el juzgador tiene que verificar si la medida es idónea, es decir que si tal medida sirve

390 Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, artículo 3 numeral 2.

391 Bernal Pulido, Carlos, "2008, op. cit., pp. 66, 67, 2008.

392 Carbonell, Miguel (editor), Alexy, Robert, Bernal Pulido, et al: "El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional", Edit. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, p. 175.

393 Bernal Pulido, Carlos, op. cit., pp. 66, 67, 2008.

para obtener un objetivo determinado. La medida a la que se refiere son los datos, hechos y acciones que se deben tomar al margen o ignorando lo preceptuado por otro principio, a fin de garantizar el cumplimiento eficaz del primero para el caso más importante, o exclusivamente por el momento más relevante, ya que en otro evento puede invertirse su importancia.

Encontrar un criterio “único” que acerque el mayor grado de corrección posible, en la resolución de una controversia y que implique la aplicación de una norma sea constitucional o legal, puede asimilarse como un intento igual al de la “teoría pura” de dar certeza a la ciencia del derecho, pero tal emprendimiento tiene que vencer algo que el positivismo metodológico extirpó, los valores, al dedicar sus esfuerzos únicamente al derecho que es y no al derecho que debe ser. Se debe reconocer también que este intento es posible por los aportes de la filosofía del lenguaje que ha dotado de herramientas necesarias a la ciencia jurídica para intentar una teoría de la argumentación.

Los principios pueden estar presentes en cualquier actividad de solución de conflictos cualesquiera sean los métodos técnicos o argumentativos utilizados a tal efecto, subyacen como esencia axiológica, social, moral y política en el devenir histórico del derecho de cada nación.³⁹⁴

La Constitución del Ecuador regula que las normas constitucionales se interpretarán a tenor literal que más se ajuste a la integralidad de estas, y en caso de duda, debe de hacerse en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente.³⁹⁵ La propia Constitución insta a la observancia de los principios establecidos en ella, para interpretar los derechos en lo que proceda.³⁹⁶ Al remitir los derechos fundamentales a valores consagrados constitucionalmente, se brinda la posibilidad de acudir a ellos como clave hermenéutica para su mejor interpretación y aplicación, valores entre los que destacan; el respeto a la vida; a la integridad y a la dignidad (art. 66, incisos 1, 2 y 3); a la igualdad y autonomía personal, comunitario-colectiva y asociativa (art. 66, incisos 4, 5, 6, 8, 9, 10, 11, 13, 19, 20 y 24).

El paradigma constitucional garantista de la Constitución de Montecristi implica transformaciones en la estructura y funcionamiento del Estado, se convierte en un Estado “jurisdiccional” por el papel activo que asumen los jueces, quienes juegan un papel esencial en el proceso de creación y aplicación del derecho y la salvaguarda de los derechos constitucionales.

394 Ver Ferrari Yaunner, Majela, op. cit., p. 105.

395 Constitución de la República del Ecuador, artículo 427.

396 Ver *Ibidem*, Artículo 61: “La Naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tienen derecho a que se respete integralmente su existencia...”

EL NEOCONSTITUCIONALISMO EN ECUADOR

Lo anterior permite concluir que la correcta actuación de los jueces depende más que de la regulación constitucional, de la aplicación e interpretación de las garantías judiciales de los derechos, las que son competencia exclusiva de los jueces ordinarios. En ese contexto, es condición necesaria la preparación teórica y la implicación comprometida que tengan los jueces para asumir tal responsabilidad y apropiarse del constitucionalismo como ideología que se concreta en la realización práctica de los valores y principios de la Constitución.

Los parámetros legitimadores se han modificado:

“La nueva Constitución ecuatoriana representa una ruptura epistemológica radical respecto del modelo de jurisdicción y de justicia existente con anterioridad, reemplazándolo por un orden jurídico en donde el ejercicio de la función judicial se transforma en el mecanismo básico de generación del sistema político, lo que significa que, a partir del momento en que se asume este modelo constitucional, los jueces comenzarán a participar en la definición y control de las políticas públicas a raíz de la necesaria aplicación directa e inmediata de los derechos constitucionales”.³⁹⁷

Se impone la regulación de límites diferentes a la función judicial, como garantía al ejercicio democrático y la realización de la soberanía popular para que la función judicial no centralice el poder real.

³⁹⁷ Zárate Zárate, Edgar, “Justicia, Constitucional y Democracia en el Ecuador”. En: S/A, *Instituciones Judiciales y Democracia. Reflexiones en ocasión del Bicentenario de la Independencia y del Acto Legislativo 3 de 1910*. Colombia, Consejo de Estado y Sala de Consulta y Servicio Civil, s/f, p. 228.

CONCLUSIONES PARCIALES

1. Los principios y valores contenidos en la Constitución de Montecristi se presentan como una reacción frente a los paradigmas éticos, políticos, sociales, culturales y científicos planteados en la modernidad, resumidos constitucionalmente de la siguiente forma:
 - b. Se recupera el pensamiento local, ancestral, comunal, frente a la tesis totalizante y universalista.
 - c. Se regula constitucionalmente la equidad de género, promoviéndose de esta forma la igualdad de derechos políticos y civiles.
 - d. Se concibe una nueva relación con el entorno no humano. La judicatura tiene que mirar las relaciones jurídicas ser humano - naturaleza, de forma equilibrada en función de garantizar una coexistencia, armónica y permanente.
2. El Estado de Justicia Social que fundamenta la Constitución ecuatoriana, descansa en los pilares de: solidaridad, riqueza espiritual, conservación, desarrollo sustentable, sostenible, la tipificación de derechos de la naturaleza, de participación y el régimen del buen vivir. El cuidado del medio ambiente, los derechos de la naturaleza que rompe con las definiciones clásicas y actuales de derecho y de derechos subjetivos, conforman un material de innovación y reflexión que la carta ecuatoriana aportan al constitucionalismo actual.
3. La justicia como criterio de validez de la ley, retoma los saberes ancestrales, el pensamiento holístico, la filosofía crítica, la ecología, la ecosofía, la democracia participativa, existe un retorno al derecho natural, al estoicismo, entendiendo la virtud como bien supremo que lleva a la felicidad a través de una vida más racional.
4. Frente al utilitarismo, se presenta un deontologismo que, sin renunciar a los objetivos de desarrollo y bienestar, invita a limitar los medios para alcanzarlos, es decir, el principio liberal de “dejar hacer dejar pasar”, ya no se considera un mecanismo idóneo para alcanzar objetivos éticos colectivos, de manera que serán los medios los que legitimarán los fines.

5. Las máximas señaladas configuran la construcción de un Estado de Justicia en la Constitución en Ecuador y propone un modelo de desarrollo y relación social justa, convirtiendo esos principios en imperativos interpretativos de la actividad de los jueces y fundamento de todo el ordenamiento jurídico ecuatoriano, como garantía democrática.

4. La propuesta política presentada en la Constitución reconoce el pluralismo, la diversidad en todas sus formas y presentaciones, establece condiciones básicas para la convivencia y renuncia a aspiraciones universalistas y hegemónicas del pensamiento. Un juez bajo este esquema tendrá que operar bajo formas holísticas de reflexión, mientras la argumentación jurídica de las sentencias judiciales, deberán recurrir a valores constitucionales que fundamenten una sociedad pluralista, democrática e inclusiva.

5. La concepción constitucional concretada en Montecristi, refuerza el papel de la Constitución, evidenciándose en los siguientes aspectos que han transfigurado el ordenamiento jurídico ecuatoriano, propiciando su constitucionalización: la rigidez de la carta magna, las garantías jurisdiccionales de los derechos, amplias y suficientes, la fuerza vinculante de la Constitución, la sobreinterpretación de la Constitución, la aplicación directa de las normas constitucionales, la aplicación de principios que no se encuentran concretizados en la Constitución y la influencia de la Constitución para resolver controversias o conflictos de competencia entre los poderes políticos.

En correspondencia con la soberanía regulada en la Constitución de Montecristi, el debate político le es privativo a las asambleas, las que conjugan todo un conjunto de valores que condicionan la creación normativa, no debiera trasladarse a la judicatura; esto no solo lesiona la soberanía popular, sino que altera gravemente la funcionalidad del Estado.

CONCLUSIONES

PRIMERA: el análisis evolutivo constitucional conduce a la verificación del rol que desempeñan los derechos fundamentales como puntal del neoconstitucionalismo y fuente de legitimación del Estado Constitucional de derechos y justicia en la República del Ecuador.

SEGUNDA: la constitucionalización del ordenamiento jurídico ecuatoriano bajo influencias neoconstitucionales ha favorecido la potenciación del contenido constitucional y que la interpretación se concrete como un acto de creación legislativa y de “jerarquía móvil”, ha provocado un exceso de poder de los jueces.

TERCERA: la influencia de las corrientes neoconstitucionales, en correspondencia con los postulados de la Constitución de Montecristi, modifica los presupuestos básicos de funcionalidad del Estado ecuatoriano en el ámbito de la acción judicial, sobre la base de condicionantes teóricojurídicos, ideológicos-filosóficos y éticos.

CUARTA: para contribuir a la funcionalidad del Estado constitucional de derechos y justicia en la República del Ecuador, es preciso que la función judicial se guíe por presupuestos que sirvan de cimiento y limiten su actuar. De forma teórica interpretativa y propositiva, se resumen los siguientes presupuestos teórico-jurídicos, político-ideológicos y éticos, como guía para la función judicial:

En el Ecuador, el socialismo se abre paso con identidad propia. Apela a un pensamiento indo socialista, neosocialista, contextual y políticamente distinto, procura romper el *status quo* de la sociedad universal neoliberal, que concibe a los humanos como consumidores y propone una recomposición del tejido social naturalmente heterogéneo y diverso.

Como expresión del constitucionalismo latinoamericano, la construcción política ecuatoriana, parte de una alianza estratégica entre capital y trabajo, donde el Estado juega un rol especial, se convierte en un patrono difuso de una masa de empleados y trabajadores. Se establecen derechos colectivos, cuya satisfacción depende del Estado, quien releva a los capitalistas particulares, de obligaciones sustanciales que devienen de la relación del trabajo.

Se siguen principios del socialismo cristiano como: familiaridad, hermandad universal, donde el trabajo como esfuerzo humano, no tiene como fin la acumulación de capital, sino la satisfacción de necesidades básicas, hasta alcanzar una vida digna que se resume en la Constitución en dos palabras: *Sumak Kausay*.

EL NEOCONSTITUCIONALISMO EN ECUADOR

Se rompe la democracia vertical regentada por las oligarquías, al convertir al ciudadano en propietario y productor, generalizándose la política.

El neoconstitucionalismo, en una de sus variadas formas, se presenta como una teoría del Derecho, a la que se le incorporan aspectos deontológicos, que impregnan de posiciones moralistas a la ciencia jurídica, instando el deber ser del derecho, atendiendo no solo al origen o forma de producción jurídica, sino a la confrontación de la norma con la realidad social.

Los valores constitucionales no se encuentran a libre albedrío del juez, se deben obtener de la carta fundamental. Cuando no sucede de esa forma, la administración de justicia se ve expuesta a la arbitrariedad y a la fractura de la funcionalidad del Estado, al asumir competencias no otorgadas por el constituyente, lo que en consecuencia quiebra el sistema democrático.

En Ecuador, no solo el ordenamiento jurídico se encuentra sujeto a un posible test de constitucionalidad. La Constitución ecuatoriana puede calificarse como una Constitución material y vinculante, determinante radical del ordenamiento jurídico, y de las actuaciones de los funcionarios cuando, en el ejercicio de sus cargos, emitan actos administrativos, planes, o establezcan políticas públicas contrarias a la Constitución.

La Constitución ecuatoriana resulta ser una carta de posición híbrida, en el sentido de que, mientras propugna el sometimiento irrestricto de los poderes públicos a la Constitución, deja abierta la posibilidad de control de constitucionalidad para la interpretación de su propio texto, cuestión que no solo deja en incertidumbre al derecho, sino a la funcionalidad misma del sistema democrático.

No se presenta un contenido unívoco constitucional para regular la actividad interpretativa de su texto. Al remitir al espíritu del constituyente, se fluctúa entre posiciones positivas y naturalistas, que conducen a interpretaciones de tipo literal o teleológica.

Si bien los mecanismos y garantías, tanto normativos como jurisdiccionales, con el fin de sujetar el poder al derecho, son importantes, estos pueden tornarse insuficientes, haciendo de la Constitución un instrumento meramente referencial para el poder y convirtiendo al Estado de fuerza y no de derecho. En tal sentido todo vicio en el ejercicio del poder debe caer bajo el control de constitucionalidad, para lo cual se necesita que los jueces constitucionales no provengan de la iniciativa de los poderes constituidos. El envío de ternas por parte de la función ejecutiva y legislativa no debe tener un origen en los poderes a quienes está

llamado a controlar, afecta la imparcialidad de los jueces constitucionales y con ello, la funcionalidad del Estado y del sistema democrático.

La ley de Garantías Jurisdiccionales y Control de la Constitucionalidad además de regular métodos y reglas tradicionales de interpretación, incorpora los principios de proporcionalidad y ponderación que, en esta tesis, son abordados como objeciones cuestionadoras del activismo judicial, en tanto el alcance de estos principios no está plenamente delimitado y su ejecutividad requiere de requisitos previos, difíciles de determinar. Así se tiene como requisito previo para que pueda ejercitarse el principio de ponderación, que exista una colisión normativa dentro de la Constitución. En tal caso, ofrece para la solución una fórmula poco esclarecedora, al señalar que a menor aplicación y satisfacción de un principio o derecho, mayor satisfacción de otro principio o derecho.

Se regula el principio de proporcionalidad de tal forma que su ejercicio en la práctica puede limitar derechos fundamentales, cuando el juzgador se enfrenta a dos normas en conflicto, en tanto no existe pronunciamiento acerca del límite y las causas por las cuales, un principio puede ceder frente a otro de su misma especie y jerarquía.

El activismo judicial, propuesto por el neoconstitucionalismo ecuatoriano, en lo referente a la legitimidad, se considera cuestionable, en consideración a que el juez, sin ser elegido, se convierte en legislador activo a través de la jurisprudencia, y legislador pasivo a través de la inaplicación de normas legales, y la consiguiente invalidación práctica que este acto trae consigo. De esta forma, el poder de la Corte se transforma en constituyente y la soberanía como autodeterminación de los pueblos se puede quebrar, diluir o extinguir, sin los límites apropiados y correspondientes.

PRIMERA: Modificar en correspondencia con los análisis realizados, la forma de conformación de la Corte Constitucional, de manera que sea un proceso más democrático y se contribuya con ello a superar disfuncionalidades en la concepción del Estado constitucional de derechos y justicia en la República del Ecuador.

SEGUNDA: si bien las normas constitucionales deben ser aplicadas de forma directa, existen principios que deben ser desarrollados y concretizados a través de la legislación y la jurisprudencia, para buscar certeza en el derecho, *versus* la arbitrariedad que puede traer una interpretación ampliada de las normas constitucionales.

TERCERA: sistematizar las propuestas de los pueblos ancestrales y sus culturas, con una estructura coherente y unívoca y en vínculo con ello, desarrollar los presupuestos constitucionales tomando en consideración el acervo consuetudinario existente.

CUARTA: instruir a la ciudadanía formal o informalmente, para que pueda disfrutar de forma efectiva del empoderamiento que la Constitución de Montecristi propicia y se comprenda el alcance constitucional de los contenidos garantistas.

QUINTA: el *Sumak Kawsay* exige el desarrollo de políticas públicas específicas, la continua y generalizada aplicación y sujeción de gobernados y gobernantes al cumplimiento de derechos y obligaciones constitucionales con alto contenido ético, como único correlato para una existencia digna de la población.

SEXTA: la academia, a partir de nuevos planteamientos sobre la naturaleza del Derecho que contiene la Constitución de Montecristi, debe reformar su currículo en pos de lograr en los operadores jurídicos, en particular en los futuros jueces, una visión interpretativa más amplia y socialmente compleja, que contribuya a generar aptitudes y conocimientos consecuentes con el espíritu que animó al constituyente de Montecristi.

BIBLIOGRAFIA

Acosta, Alberto. “El Buen Vivir como alternativa al desarrollo. Reflexiones desde la periferia de la periferia” En Coraggio, José Luis y Laville, Jean-Louis, (organizadores). *Reinventar la izquierda en el siglo XXI*. Sarmiento: Universidad Nacional de General CLACSO. 2014.

Alexy, Robert. *El concepto y la naturaleza del derecho*. Barcelona: Marcial Pons. 2008.

----- . *Teoría de la argumentación jurídica*, 2.^a ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2007.

----- . *Derecho y razón práctica*. México: Fontanara. 1998

Alinovi, Matías. *Historia de la energía*. Buenos Aires: Capital Intelectual. 2007

Alzaga, Óscar. *Del consenso constituyente al conflicto permanente*, Madrid: Trotta. 2011.

Aristóteles. *Política*, La Habana: Ciencias Sociales. 1976.

Ávila Santamaría, Ramiro. *El neoconstitucionalismo transformador. El Estado y el Derecho en la Constitución de 2008*. Quito: Abya-Yala. 2011.

Ayala Cruz, Gustavo, (comp.). *Volver al futuro, La búsqueda de un socialismo latinoamericano*. Quito: La Tierra, 2008.

Bastida Freijedo, Francisco. “La soberanía borrosa: la democracia” En: Instituto de Estudios Parlamentarios Europeos de la Junta General del Principado de Asturias. *Fundamentos. Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, derecho Público e Historia constitucional*, 01, 1998.

Benavides Ordoñez, Jorge, y Escudero Soliz, Jhoel (coordinadores). *Manual de Justicia Constitucional Ecuatoriana*. Corte Constitucional del Ecuador, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, Cuaderno de trabajo No. 4, Quito, 2013.

EL NEOCONSTITUCIONALISMO EN ECUADOR

Benedetti, M; Bonasso, M.; Cardoza, L y Dieterich, H. et al. *Nuestra América y el V centenario*. Quito: Abya -Yala. 1990.

Beladiez Rojo, Margarita. *Los principios jurídicos*. Navarra: Aranzadi. 2010.

Bernal Pulido, Carlos. *El Derecho de los Derechos*. Colombia: Universidad Externado de Colombia. 2008.

-----: *El neoconstitucionalismo al debate*, Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita Universidad Externado de Colombia. 2006.

Bobbio, Norberto. *Teoría General del Derecho*. Madrid: Debate. 1998.

-----: *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*. Madrid: Trotta. 2015.

Böckenförde, Ernest-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden: NomosVerlagsgesellschaft. 1993.

Bodenheimer, Edgar. *Teoría del Derecho*, México: Fondo de Cultura Económica, cuarta impresión. 2005.

Borón, Atilio A. *Socialismo siglo XXI ¿Hay vida después del neoliberalismo?*. La Habana: Ciencias Sociales. 2009.

-----: *Diálogos sobre el poder, el Estado y la Revolución*. La Habana: Centro de Investigación y Desarrollo de la Cultura Cubana Juan Marinello. 2006.

Campbell, Tom. *La justicia*. Barcelona: Gedisa. 2002.

Carbonell, Miguel (editor). *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, Instituto de investigaciones jurídicas UNAM. 2007.

Carbonell, Miguel (editor). *Neoconstitucionalismos*. Madrid: Trotta. 2006.

Carbonell, Miguel. *Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales*. Quito: Jurídica Cevallos. 2011.

- . *Prólogo*. En Villabella, Carlos Manuel (editor). *Nuevo constitucionalismo latinoamericano ¿Un nuevo paradigma?*. México: Mariel. 2014.
- Carson, Rachel. *Primavera silenciosa*. Boston: Houghton Mifflin Harcourt. 1962.
- Castaño Bedoya, Alejandro. *Teoría dinámica del Derecho*. Medellín: Librería Jurídica Comlibros. 2005.
- Castro Patiño, Nicolás. *Poder constituyente, Constitución y control de la constitucionalidad*. Guayaquil: Offset GRABA. 1997.
- Castro, A. Lessa, C, “Introducción a la economía, un enfoque estructuralista”, siglo XXI editores, vigésima octava edición, México, 1978.
- Cerutti Guldberg, Horacio; Aguero, Oscar (coord.). *Utopía y nuestra América*. Quito: Abya-Yala. 1996.
- Comte, Aguste. *Discurso sobre el espíritu positivo*, <http://elvelerodigital.com/apuntes/filosofia/compte.pdf>, (consultado:19/05/2015).
- Conway, Edmundo. *50 cosas que hay que saber sobre economía*. Colombia: Planeta Colombiana, 2015.
- Correa, Rafael; García Linera, Álvaro; Lugo, Fernando; El Troudi, Haiman, et al. *Ecuador y América Latina, Socialismo del siglo XXI*. Quito: NINA. 2007.
- De Cabo Martín, Carlos. *Pensamiento crítico, constitucionalismo crítico*. Madrid: Trotta. 2014.
- De Otto, Ignacio. *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*. Barcelona: Ariel. 1995.
- De Sousa Santos, Boaventura. *Reinventar la democracia. Reinventar el Estado*. La Habana: José Martí. 2005.
- De Souza Silva, José. *Prospectiva y desarrollo*. Quito: ESPE. 2002.
- Dermizaky Paredo, Pablo. “Estado de Derecho y buen gobierno”, Red AL y C La hemeroteca científica en línea en ciencias sociales, www.redalyc.com, Chile, 2000, p.145, (consultado: 14/02/ 2014).

EL NEOCONSTITUCIONALISMO EN ECUADOR

Díaz Arenas, Pedro Agustín. *Estado y Tercer Mundo. El constitucionalismo*. Santa Fe de Bogotá: Temis. 1997.

Dieterich, Heinz: Bases de la democracia participativa y del nuevo socialismo. Edit. 21 s.r.l. Argentina-México, 2001.

----- . *El gran salto adelante del Socialismo del Siglo XXI*. Rebelión. <http://www.Rebelión.org/autores.php?id=13>, (consultado: 11-03-2009).

----- . *El socialismo del siglo XXI*, <http://www.rebellion.org/docs/121968.pdf>, (consultado:15/02/2016).

Dorado Porras, Javier. “Iusnaturalismo y positivismo jurídico”, *Cuadernos Bartolomé de las Casas*. 33, Madrid: Dykinson. 2004.

Dworkin, Ronal. *Los derechos en serio*. 6.^a ed Barcelona: Ariel Derecho. 2007.

Engels, Federico. *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*. Colombia: Orión, 1994.

Engels, Federico. *Del socialismo utópico al socialismos científico*, <http://literatura.itematika.com/descargar/libro/398/del-socialismo-utopico-al-socialismo-cientifico.html>

Escobar García, Claudia. *Transconstitucionalismo y diálogo jurídico*, Quito: Corte Constitucional para el período de transición. 2011.

Estrella Vintinilla, Pablo. *Filosofía, Derecho y Sociedad en América Latina*. Cuenca: El Conejo. 2007.

Fernández Bulté, Julio, y Pérez Hernández, Lissette (compiladores). *Selección de lecturas del Estado y del Derecho*. La Habana: Félix Varela. 2000.

Fernández Bulté, Julio. *Teoría del Estado y del Derecho*. La Habana: Félix Varela. 2001.

----- . *Filosofía del Derecho*. La Habana: Félix Varela. 2005.

Fernández Rodríguez, Tomás-Ramón. Sobre el derecho y el quehacer de los juristas. Dar y exigir razones. En López Menudo, Francisco. *Derechos y garantías del ciudadano. Estudios en homenaje al profesor Alfonso Pérez Moreno*. Madrid: Iustel. 2011.

Ferrajoli Luigi. *El garantismo y la filosofía del derecho*. Colombia: Universidad Ex-tremado de Colombia. 2001.

----- . *La democracia a través de los Derechos, El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*. Madrid: Edit. Trotta. 2014.

----- . *Los fundamentos de los Derechos fundamentales. Debate con Luca Baccelli, Michelangelo Bovero, Riccardo Guastini, Mario Jori, Anna Pintone, Ermanno Vitale Danilo Zol*. Madrid: Trotta, 2013.

Ferrajoli, Luigi, Ruiz Manero, Juan. *Dos modelos de constitucionalismo, una conversación*. Madrid: Trotta. 2012.

Ferrari Yaunner: Majela. *Los principios de legalidad y seguridad jurídica como fundamentos del proceso de integración del Derecho para colmar las lagunas de la ley en Cuba*. Tesis presentada en opción al grado científico de Doctor en Ciencias Jurídicas, La Habana, 2011.

Fioravanti, Maurizio. *Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales*. Madrid: Trotta. 2014.

Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador. *Derecho Constitucional mexicano comparado*. México: Porrúa. 2005.

Fukuyama, Francis. *El fin de la historia y otros escritos*, <https://mega.co.nz/#F!t-0QWQLQJ!aVbcUUh9jM1PGmmzGIG1IQ>.

Garaicoa Ortiz, Xavier. “El régimen constitucional intercivilizatorio del Buen Vivir y del empoderamiento ciudadano y el proyecto de la regeneración en el Ecuador”. *IV Encuentro Internacional: Constitución: Democracia y Sistemas Políticos, La Habana, 4 al 6 de Octubre de 2011*. Guayaquil: Domingo. 2011.

EL NEOCONSTITUCIONALISMO EN ECUADOR

- García-Pelayo, Manuel. *Derecho Constitucional comparado*. Madrid: Alianza Universidad Textos. 1987.
- Gordillo, Agustín. *Derechos Humanos*, 4.^a ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo. 1999.
- Grijalva Jiménez, Agustín. *Constitucionalismo en el Ecuador*, Quito: Corte Constitucional para el período de transición. 2011.
- Grossi, Paolo. *Mitología jurídica de la modernidad*, Madrid: Trotta. 2003.
- Guastini, Ricardo. *Estudios de teoría constitucional*. México, D.F.: Distribuciones Fontamara. 2001.
- . *Estudios sobre la interpretación jurídica*. México: Universidad Nacional Autónoma de México. 1999.
- Hart, H.L.A. *El concepto del Derecho*, Buenos Aires: Abeledo Perrot. 2009.
- Houtart, Francois. *El camino a la utopía desde un mundo de incertidumbre*. La Habana: Ruth Casa Edit., 2008.
- Insanti, Horacio. *Derecho y posmodernidad, el ius y la superación de la metafísica*. Buenos Aires: Abeledo Perrot. 1999.
- Jiménez Serrano: Pablo y Pinto Filho, Heitor: *Metodología para las Investigaciones Jurídicas*, São Paulo, Brasil, 1998.
- Kask L.I.: *Las funciones y la estructura del Estado*, Ed. de la Universidad Estatal de Leningrado, 1969.
- Kauffman, Arthur. *La filosofía del Derechos en la posmodernidad*. Bogotá: Temis, S.A., 2007.
- . *Qué es Justicia*, Barcelona: Editores Ariel., 1992.
- Knowles, Dudley. *Introducción a la filosofía política*, Edit. México: Océano de México, 2001.

Larenz, Karl. *Metodología de la Ciencia del Derecho*, 2.^a ed. Barcelona: Ariel Derecho. 2001.

Lasalle, Ferdinand. *¿Qué es una Constitución?* México: Tomo. 2009.

Latouche, Serge. *La apuesta por el decrecimiento ¿Cómo salir del imaginario dominante*. Barcelona: Icaria. 2009.

Lebowitz, Michael. *El socialismo no cae del cielo. Un nuevo comienzo*. La Habana: Ciencias Sociales. 2009.

Leroy Joes, Harry; Uprimny, Leopoldo; Colaitti, Carlos, et al. *Memorias de la XVII, Conferencia* Quito: Federación Interamericana de Abogados. 1973.

Loewenstein, Karl. *Teoría de la Constitución*, Barcelona: Ariel. 1983.

López De Oñate, Flavio: “La certeza del derecho”, Edit. Comares, S.L., Granada, 2007.

Mackenzie, Norman. *Breve historia del socialismo*. Quito: Labor. 1992.

Mariátegui, José Carlos. “Aniversario y Balance”. En *Ideología y política*. Lima: Amauta. 1969.

Marx, Carlos y Engels, Federico. *Manifiesto del Partido Comunista*. Madrid: ed. del Pueblo, 1980.

------. *La ideología alemana*. 5.^a ed. Barcelona: Pueblos Unidos. 1974.

Marx, Carlos. *El capital*. Bogotá: Gráficas Modernas. 2000.

------. “Salario, precios y ganancias”. En Marx, Carlos y Engels, Federico. *Obras Escogidas en un tomo*. Moscú: Progreso: s/a.

Mena, Marcelo, Chalco, Soledad, et al. *Aportes al debate del socialismo del siglo XXI, el pensamiento de Monseñor Leonidas Proaño y Fernando Velasco*, <http://www.flacsoandes.edu.ec/libros/digital/43301.pdf>, Quito: (consultado 10/03/2016).

EL NEOCONSTITUCIONALISMO EN ECUADOR

Montaña Pinto, Juan (editor). *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional*, tomo I. Quito: Corte Constitucional para el período de transición 2011.

Montesquieu, Charles Louis. *El espíritu de las leyes*. Bogotá: ediciones Universales. 2005.

Moog, W. “Hegel y la Escuela Hegeliana”. *Revista de Occidente*, Madrid: 1931.

Movimiento Indio Tupaj Katari. *El indígena y la tierra, Conferencia en Ginebra*. 3.^a ed. Quito: Abya – Yala. 1992.

Osorio Gómez, Felipe. *Hannah Arendt, El Estado, el individuo y la banalidad*, Medellín: Universidad de Medellín. 2012.

Peces-Barba, Gregorio. *Ética, Poder y Derecho*, México: Distribuidores Fontanara. 2004.

Pérez Herranz, Fernando Miguel. “Sobre el determinismo y el libre albedrío”, *Eikasía. Revista de Filosofía*, III, 16 (enero 2008). <http://www.revistadefilosofia.org>, (consultado:15/02/2016).

Pinker, Steven. *El Mundo de las palabras, una introducción a la naturaleza humana*, Barcelona: Paidós. 2007.

Poole, Diego. *Racionalismo jurídico*. http://www.eticayDerecho.com/Tema7_Racionalismo_juridico.pdf.

Prieto Sanchís, Luis. *El constitucionalismo de los Derechos, ensayos de filosofía jurídica*. Madrid: Trotta. 2013.

Prieto Valdés, Marta. “La defensa jurídica de la Constitución Cubana”. *Revista Cubana de Derecho*, 30, 2008

----- . *Selección de textos constitucionales*. La Habana: Félix Varela. 2002.

Reyes, Alfonso. *La filosofía helenística*, México: Fondo de Cultura Económica, 1959.

Riddall, J.G. *Teoría del derecho*. España: Gedisa, 2008.

Romano, Santi. Una mirada completa al ordenamiento estatal; ahora en Id., La crisis del estado moderno. Una visión desde el Derecho Constitucional, Milán, Giuffré, 1969.

----- . *Principii di Diritto Costituzionale Generale*, Milano: s/e 1946.

Rousseau, Juan Jacobo. *El contrato social*, Bogotá: Momo, 2012.

S/A, Jueces, Derecho y Política, Thomson, Aranzadi, 2004.

Saad Herrería, Pedro. *Antes del amanecer. Antecedentes de la Independencia*, Quito: Crear Gráfica. 2007.

Sanín Restrepo, Ricardo. *Teoría crítica constitucional*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador. 2011.

Santiago, Alfonso. *Neoconstitucionalismo* www.ancmyp.org.ar/user/files/02neoconstitucionalismo.pdf. Argentina 2008. 14/02/2014.

De Aquino, Tomás. *Suma de Teología*. 4.^a ed. Madrid: Biblioteca de autores cristianos.

Schmitt, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: s/e. 1934.

Schopenhauer, Arthur. *Arte del buen vivir*. Madrid: Edaf. 1983.

Sebreli, Juan José. *El vacilar de las cosas* Buenos Aires: Sudamericana. 1994.

Spengler, Oswald. *La Decadencia de Occidente*. Madrid: Espasa–Calpe. 1966.

Tamayo y Salmorán, Rolando. *Introducción al estudio de la Constitución*. México: Distribuciones Fontamara. 1998.

Texter, Jacques. *Democracia, socialismo, autogestión*, Madrid: Biblioteca Omegalfa. 2000.

Valdés, Diego. *Estado de Derecho*. http://www.iidh.ed.cr/comunidades/redelectoral/docs/red_diccionario/estado%20de%20derecho.htm

EL NEOCONSTITUCIONALISMO EN ECUADOR

Vargas, Llosa Mario. *Desafíos a la Libertad*. Quito: Alfaguara. 2012.

Viciano Pastor, Roberto (editor). *Estudios sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2012.

Viciano Pástor, Roberto y Martínez Dalmau, Rubén: “Nuevo constitucionalismo en América Latina”. *Memorias del encuentro internacional El nuevo constitucionalismo: desafíos y retos para el siglo XXI*. Quito: Corte Constitucional. 2010.

Villabella Armengol, Carlos. *Nuevo constitucionalismo latinoamericano ¿Un nuevo paradigma?*. México: Mariel. 2014.

Weber, Max. *Economía y sociedad*, vol. 1. México: Fondo de Cultura Económica. 1974.

Zagrebelsky Gustavo. *Contra la ética de la verdad*, Madrid: Trotta. 2001.

-----, *El Derecho dúctil*. 9.^a ed. Madrid: Trotta. 2009.

-----, *Historia y Constitución*. Madrid: Trotta. 2011.

-----, *La ley y su Justicia. Tres capítulos de justicia constitucional*. Madrid: Trotta. 2008.

LEGISLACIÓN CONSULTADA:

Constitución de la República del Ecuador. Constitución de la República del Ecuador. Asamblea Nacional. Comisión Legislativa y de Fiscalización. Publicado en el Registro Oficial N° 449 del 20 de octubre de 2008.

Reforma constitucional. Registro Oficial N° 490 del 13 de julio de 2011.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Publicado en Registro Oficial S Nro. 127, 10 de febrero de 2010.

Protocolo para la elaboración de precedentes constitucionales obligatorios. Resolución administrativa 0004-10-AF.CC <http://www.corteconstitucional.gob.ec>

Ley de Reforma Agraria , Registro Oficial No. 297, jueves 23 de julio de 1964, Decreto Supremo No. 1480

Código del Trabajo, Registro Oficial No. 78-81, Quito 14 a 17 de noviembre 1938.

Código Orgánico de la Función Judicial R.O. 544, 9-III-2009.

LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR.

Oficio Nro. 19-2008-CC-P, suscrito por el Dr. Patricio Pazmiño Freire, Presidente de la Corte Constitucional para el período de transición, dirigido al Arquitecto Fernando Cordero, Presidente de la Comisión de Legislación y Fiscalización, en noviembre 18 de 2008, Corte Constitucional para el período de transición, Quito, 2008.

Corte Constitucional, Gaceta Constitucional, Nro. 009, publicada en Registro Oficial el 10 de noviembre de 2014.

Corte Constitucional de Transición: Sentencia Interpretativa 001-08-SI-CC. R.O. 479-S-2-XII-2008.

Corte Constitucional de Transición: Sentencia de Jurisprudencia vinculante No. 001-10-PJO-CC. R.O. No. 351-S- de 29 de diciembre – 2010.

Corte Constitucional: Sentencia No. 002-16-SEP-CC, Caso Nro. 2209-11-EP. Dada en Quito, D.M., 06 de enero de 2016.

Resolución de 20 de octubre de 2008, mediante la cual los integrantes del Tribunal Constitucional asumen las atribuciones de la Corte Constitucional creada por la Constitución de Montecristi R.O. 451-S, 22-X-2008.

LEGISLACIÓN EXTRANJERA;

Carta Magna de Juan sin tierra de 12 de junio de 1215. En: Prieto Valdés, Martha. Selección de textos constitucionales, Edit. Félix Varela, La Habana, 2002.

Bill of Rights, de 13 de febrero de 1689. En: Prieto Valdés, Martha. Selección de textos constitucionales, Edit. Félix Varela, La Habana, 2002.

Constituciones de: New Jersey 1776, Pennsylvania 1776, Maryland, 1776, Georgia 1777, New York 1777, Massachusetts 1780. <http://www.constitutionnet.org/es/country/constitutional-history-united-states-america>

EL NEOCONSTITUCIONALISMO EN ECUADOR

Constitución de los Estados Unidos de América. Prieto Valdés, Martha: Selección de textos constitucionales. Editora Félix Varela, La Habana, 2002.

La República del Ecuador aprobó una nueva Constitución el 28 de septiembre de 2008 a través de referéndum, la misma que, a diferencia de todas las constituciones en la historia republicana del país de más de 200 años, estableció que Ecuador es un Estado Constitucional de derechos y justicia. Esta declaración junto al extenso contenido de la carta magna, tiene diferentes fundamentos, entre los que se encuentran principalmente: la influencia de las corrientes neoconstitucionales, el pensamiento ancestral, la ecología, la economía social y solidaria, la concepción de la revolución ciudadana y la democracia participativa, todos con alto contenido teórico, recogidos por los constituyentes ecuatorianos de forma tácita o expresa, como valores o principios en calidad de cimientos constitucionales.

La trascendencia de la comunión de tales fundamentos, significan un cambio cualitativo que superan los contenidos del Estado social de derecho, reconocidos en la mayor parte del mundo occidental.

La influencia del neoconstitucionalismo en la Constitución del Ecuador se aprecia en modificaciones al sistema jurídico tradicional: del Estado legislativo de derecho, al Estado constitucional de derecho; de la prevalencia del principio de legalidad como criterio exclusivo de existencia y validez del derecho, al principio de constitucionalidad como criterio rector de la juridicidad; de la reducción del derecho a la ley y el predominio de esta sobre las restantes fuentes del derecho, al reconocimiento de la fuerza normativa de la Constitución y el carácter obligatorio de la jurisprudencia emanada del máximo órgano de control, interpretación y administración de justicia en materia constitucional.

Regis Parra tiene el título de PhD en Ciencias Jurídicas. Dicta la cátedra de Derecho Constitucional en la Escuela Superior Politécnica de Chimborazo.

ISBN: 978-9942-35-647-5



9 789942 356475