



FACULTAD DE DERECHO

**ANÁLISIS COMPARATIVO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DE
DERECHOS Y JUSTICIA DE LA CONSTITUCIÓN ECUATORIANA DE 2008,
Y EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO DE LA CONSTITUCIÓN
ECUATORIANA DE 1998.**

Trabajo de Titulación presentado en conformidad a los requisitos establecidos
para optar por el título de

ABOGADA

Profesor Guía

Iván Escandón

Autor

DANIELA MAHAUAD BURNEO

2010

Quito

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con la estudiante Daniela Mahauad Burneo, orientando sus conocimientos y competencias para un eficiente desarrollo del tema y tomando en cuenta la Guía de Trabajos de Titulación correspondiente.

Dr. Iván Escadón

PROFESOR GUIA

DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE

Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes

Daniela Mahauad Burneo

1103394654

AGRADECIMIENTO

A mis papis, a mis hermanas, por su apoyo incondicional, a mis profesores por haber sido mi guía durante todos estos años de universidad, y a mis amigos, por estar a mi lado.

DEDICATORIA

A mis papitos, a Loly, Gaby y Doménica

RESUMEN

La presente tesis tiene la finalidad de exponer las características principales del estado constitucional de derechos y justicia estipulado en la Constitución de 2008, y establecer la evolución o involución producida con respecto al Estado Social de derecho de la Constitución de 1998.

Este nuevo paradigma, considera a los derechos de igual jerarquía; como consecuencia, para su aplicación inmediata se debe realizar un juicio de ponderación, el cual, es el nuevo mecanismo de interpretación de la Constitución. Ésta interpretación, ya no está a cargo de los legisladores, sino de la nueva Corte Constitucional, eje de control del constitucionalismo ecuatoriano.

Para lograr estudiar a profundidad el Neo Constitucionalismo, se establecen diferencias entre el estado principialista o material y el estado legalista o positivista; se describen cuales son las nuevas garantías jurisdiccionales, no jurisdiccionales y normativas para el cumplimiento de todos los derechos consagrados en la Constitución; y, se estudia cuáles son los entes encargados del cabal cumplimiento del Estado Constitucional de Derechos y justicia, analizando también, los límites constitucionales y legales que a cada organismo se le ha impuesto.

Para finalmente determinar que este nuevo modelo político, fue un cambio necesario para el Ecuador, y su estudio es fundamental para discernir sobre sus fallas y reconocer sus aciertos.

ABSTRACT

The present thesis describes the principal characteristics of the “Estado Constitucional de derechos y justicia”, stipulated in the 2008 Ecuadorian Constitution, and establishes the evolution or involution produced, based on the 1998 Ecuadorian Constitution.

This new paradigm considers that human rights have the same range; as a consequence, for its application a ponderation judgment is needed. This type of judgment is the new constitutional interpretation mechanism, which is made by the Corte Constitucional and not by the legislators as usual.

Differences between the material and the legalist state are established; the new jurisdictional, non jurisdictional and normative guaranties are described, and the institutions in charge to fulfill the accomplishment of the Constitution are analyzed.

Finally, it is determined that this new political model is a necessary change for our country, and its study is fundamental in order to recognize asserts and critic its mistakes.

ÌNDICE

Introducción	1
1. Capítulo I	
LA EVOLUCIÓN DEL ESTADO: HACIA UN ESADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y JUSTICIA	
1.1 El Estado	4
1.2 Modelos de Estado	5
1.2.1 Estado Absolutista	5
1.2.2 El Estado Nación	7
1.2.3 El Estado Totalitario	8
1.2.4 El Estado Laico	9
1.2.5 El Estado Liberal	11
1.2.6 El Estado Democrático	12
1.2.7 Estado de Derecho	14
1.2.8 El Estado Social de Derecho	14
1.3 El Neo Constitucionalismo	17
2. Capítulo II	
TRANSICIÓN A UN ESTADO CONSTITUCIONAL GARANTISTA.	
2.1 La Constitución de la República del Ecuador de 2008 frente a la Constitución de 1998	31
2.2 El principio de legalidad	33
2.3 El derecho por principios.	41
2.4 El derecho constitucional como sistema de garantías	50

3. Capítulo III		
VIGENCIA Y DEFENSA DEL ESTADO		
CONSTITUCIONAL.		
3.1	Introducción	66
3.2	El rol del legislador y del juez	70
3.3	El tribunal Constitucional	83
3.4	La Corte Constitucional	86
3.5	Restitución Integral	93
3.6	Poder Punitivo	99
3.7	Omisión Legislativa	101
	Conclusiones	110
	Recomendaciones	114
	Bibliografía	116

INTRODUCCIÓN

El estado ha ido evolucionado acorde a las necesidades de las sociedades en las cuales se ha desarrollado; adquiriendo o perdiendo facultades, incrementando o disminuyendo su intervencionismo, extendiendo o limitando su control, pero siempre, tornando a los derechos de los seres humanos, en fundamentales. Es deber entonces, del derecho constitucional, recoger estos avances e instituirlos a nivel constitucional, donde adquirirán supremacía.

Bajo este enfoque, se constituye finalmente, el Estado Constitucional de derechos y justicia, tipificado en la Constitución Política de la República de Ecuador, a diferencia de la Constitución de 1998, la cual, lo señalaba solamente como un Estado Social de derecho. Cabe recalcar, que el Ecuador no ha dejado de ser un Estado Social, sino que, se ha perfeccionado para convertirse también, en un Estado Constitucional.

Mediante el estudio de la doctrina y la historia, la presente investigación demuestra, la exigencia de conquistar esta transición tanto jurídica como política, para evitar así, algunos abusos e ineficacias fraguadas en el pasado.

La disposición de un estado como Constitucional de Derechos, marca el nacimiento de un nuevo paradigma jurídico, que engloba a los derechos, su aplicación y garantía, y no a las leyes y la coacción como se acostumbraba en el Estado de Derecho. La introducción de un Estado Constitucional de Derechos en el sistema jurídico -político ecuatoriano, a partir de la vigencia de la Constitución del 2008, tiene cuatro consecuencias diferentes: la introducción de principios y valores, no solo normativa, un cambio en la interpretación de la Constitución, el perfeccionamiento de las garantías de los derechos establecidos en la Carta Magna y la intensificación del control constitucional; consecuencias que serán desarrolladas a lo largo del presente trabajo de investigación.

De la misma manera, se describirán y explicarán las principales críticas y desventajas, del nuevo modelo, para lo cual se hizo necesario un estudio de los principales argumentos constitucionalistas, además de la exposición de

algunas experiencias nacionales, que, fortalecerán las críticas o por el contrario advertirán sobre el cambio positivo que se está suscitando.

En el primer capítulo, se desarrollarán, los principales modelos de estado que se han originado a lo largo de la historia, describiendo sus características y causas de crisis, que dieron lugar al siguiente modelo, para finalizar con el neo constitucionalismo. Este desarrollo se realiza con la finalidad de presentar la motivación de cambio, y tener las bases claras para entender el profundo desarrollo, que este implica.

En tanto que, en el segundo capítulo, se analizarán dos de las consecuencias descritas en párrafos anteriores, es decir, los principios y su garantismo. Los principios son el pilar fundamental para el estudio y avance del derecho constitucional y se debe entender la superioridad que deben tener los principios, valores y derechos, frente a las leyes y reglas. Mediante los principios se expresa la justicia, pero por si solos son insuficientes, como criterio único para lograr una justicia eficaz, es decir, las leyes, no deben ser burladas y deben seguir acompañando a los principios, derechos y valores.

Del mismo modo, se analizarán las garantías constitucionales, explicando cada uno de los nuevos mecanismos para efectivizar la vigencia de los derechos, tanto aquellos que no fueron tomados en cuenta en la constitución anterior, como aquellos cuyas disposiciones fueron ampliadas y mejoradas en la constitución vigente.

Solo luego de estudiar los principios, los derechos y su garantía, se puede abordar el tema de control constitucional, que es una de las cuestiones centrales de esta tesis. El control constitucional, hace referencia a la labor de las y los servidores públicos y específicamente de la actual Corte Constitucional, en comparación con las facultades del Tribunal Constitucional de la Constitución de 1998, para hacer respetar la constitución y sus disposiciones.

Se considerarán también, algunas otras características primordiales que envuelven a este modelo, características que son motivo de crítica o que

imponen una ventaja ante otros paradigmas, como la independencia, responsabilidad, restitución integral, arbitrariedad, jerarquización, integralidad, ponderación, omisión legislativa, etc.

CAPÍTULO I

LA EVOLUCIÓN DEL ESTADO: HACIA UN ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y JUSTICIA

1.1 El Estado

El término estado ha sido utilizado dentro de las 20 constituciones ecuatorianas¹, aunque con distintas acepciones como: Persona jurídica sujeto de derechos y obligaciones, conjunto de instituciones públicas, gobierno central y también como una sociedad política. Debido a esta variación de conceptos, es necesario que se defina su alcance y se analice su evolución.

El estado es:

Una comunidad de personas, asentada en un espacio físico claro y totalmente delimitado, intrínsecamente dotada de poder suficiente para organizarse y organizar la vida de todos sus elementos, proveerse de los medios necesarios para subsistir con independencia de todo poder extraño.²

¹ Desde la separación de la Gran Colombia al Ecuador le han sucedido 20 Constituciones. **1830** Riobamba (Juan José Flores), **1835** Ambato (Vicente Rocafuerte), **1843** Quito Carta de la Esclavitud (Juan José Flores), **1845** Cuenca Triunvirato Provisional (Vicente Ramón Roca), **1850** Quito (Diego Noboa), **1851** Guayaquil (José María Urbina), **1861** Quito (Gabriel García Moreno), **1869** Quito Carta Negra (Gabriel García Moreno), **1878** Ambato (Ignacio de Veintimilla), **1883** Quito (José María Placido Caamaño), **1896** Guayaquil Constitución Liberal (Eloy Alfaro), **1906** Segunda Constitución Liberal (Eloy Alfaro), **1928** Quito (Isidro Ayora), **1937** Quito disuelta por Alberto Enríquez Gallo, **1938** Quito entro en vigencia al ser derogada por Narváez, **1944** Quito (José María Velasco Ibarra), **1946** Quito (José María Velasco Ibarra), **1966** Quito (Otoo Arosemena Gómez), **1978** Quito (Jaime Roldós Aguilera) **1998** Sangolquí (Fabián Alarcón), **2008** Montecristi, (Rafael Correa).

² Trujillo, Julio César, *Teoría del Estado en El Ecuador*, segunda edición, Corporación Editora Nacional Quito, 2006, pp. 53.

Los primeros en usar la denominación de Estado fueron Eugenio Santa Cruz y Espejo en el Ecuador y Montesquie en Europa. En el Ecuador, en el año 1812 la palabra Estado es incorporada al lenguaje político como se la concibe ahora, cuando el poder dejó de pertenecer al Rey, (individualización de la palabra estado), para pasar a la institución del Estado.

La historia data distintas formas de estado, y cada una de ellas constituyen precedentes del Estado ecuatoriano moderno, es decir, del Estado Constitucional de derechos y justicia.

El proceso nómada del hombre, el establecimiento de la agricultura y la formación de la comunidad, constituyen los antecedentes para el establecimiento de una organización más rígida, llamada Estado.

El Estado esclavista es el primero en delimitarse, el hombre se convierte en propiedad privada de los esclavistas; luego, se instituye el Estado Feudal, donde el señor feudal era dueño y señor de todas las tierras, por ende del poder en ese entonces.

Sin embargo, en los albores del Estado, la doctrina reconoce al Estado Absolutista como el primero en establecerse.

1.2 Modelos de Estado.

1.2.1 El Estado Absolutista

El Estado absolutista es una forma de estado, cuyo origen se halla en el siglo XVI en Europa, principalmente en Inglaterra, Francia y España. Engels describe a este Estado como un equilibrio de clase entre la vieja nobleza feudal y la nueva burguesía urbana; ya que, a pesar de que las monarquías absolutas introdujeron ejércitos, un sistema nacional de impuestos, un derecho codificado y los comienzos de un estado unificado, las relaciones de producción siguieron conduciéndose bajo el mismo régimen feudal; la dominación del Estado absolutista, fue la dominación de la nobleza feudal.

Hubo un resurgimiento del derecho romano, lo que económicamente representaba el desarrollo del capital libre en la ciudad y en el campo, debido a que, la nota distintiva del derecho civil romano era la concepción de la propiedad privada absoluta e incondicional. El sistema legal romano comprendía dos sectores distintos: El derecho civil, que regulaba las transacciones económicas entre los ciudadanos, y el derecho público, que regía las relaciones políticas entre el estado y los súbditos, “en otras palabras el auge de la propiedad privada desde abajo, se vio equilibrado por el aumento de la autoridad pública desde arriba, encarnada en el poder discrecional del monarca”.³

La burocracia civil y el sistema de impuestos característicos del Estado absolutista, eran la venta de cargos como medio indirecto para obtener rentas de la nobleza y de la burguesía mercantil, cargos que más adelante dependían también de cuestiones hereditarias, es decir, se limitaban a las clases adineradas; pero, los impuestos estaban gravados sobre todo a los pobres, por que no existía una concepción de ciudadano como sujeto al fisco, simplemente se negociaba que la clase señorial esté exenta de impuestos.

La centralización económica y el proteccionismo engrandecieron al estado feudal y beneficiaron a la burguesía, incrementaron los ingresos fiscales del primero y proporcionaron oportunidades de negocio al segundo.

Ejército, burocracia, diplomacia y dinastía, formaban un inflexible complejo feudal, que regía toda la maquinaria del Estado.

En el estado Absoluto los que ostentan el poder no admiten más ley que la que ellos discrecionalmente, deciden y, en cada caso, se reservan la potestad de modificarla cuándo y cómo les plazca; no reconocen otra forma de estado que la que ellos logran modelar, ni otra forma de gobierno que las que le permite imponer su omnímoda voluntad, a los gobernados, a quienes no reconocen frente al Estado derechos ni

³Anderson, Perry, *El estado absolutista*, Siglo veintiuno editores, México, 1998, pp. 22.

garantías para hacerlos valer ante cualquier intento de violación o desconocimiento.⁴

Thomas Hobbes, mediante su teoría de contractualismo absolutista, legitima el absolutismo.

... La creación de ese poder común y soberano se alcanza por la “fuerza natural” como es la del padre con sus hijos, por la guerra i por institución; esto último sucede cuando una multitud de hombres pacta (...) transferir a un hombre o a una asamblea de hombres su poder de gobernarse para que a nombre de todos tomes las decisiones y realice las actividades necesarias para asegurar la paz interna y la seguridad externa(...) la generación del “gran leviatán, Estado o “dios mortal, al cual debemos, bajo el Dios inmortal, nuestra paz u nuestra defensa.⁵

La crisis de este Estado, empezó con la llegada de las revoluciones burguesas y con la aparición del Estado capitalista. La aristocracia tenía que adaptarse a un nuevo antagonista: la burguesía mercantil, ya que el mercantilismo logra un absoluto monopolio de las empresas y la industria de la nación.

1.2.2 El Estado-Nación

La crisis del estado absolutista condujo al desarrollo de un estado-nación que se encuentre por encima de todas las clases, sea independiente de la sociedad y de intereses particulares, es decir, se buscaba un auténtico y único representante de la nación en su conjunto.

El estado decidió establecerse como un complejo empresarial, empezando así un conflicto entre las fuerzas financieramente poderosas de esa época con la

⁴ Trujillo, Julio César, *Teoría del estado en el Ecuador*, Segunda Edición, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Corporación Editora Nacional, 2006. Pp96.

⁵ Trujillo, Julio César, *Teoría del estado en el Ecuador*, Segunda Edición, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Corporación Editora Nacional, 2006.pp. 88-89

burguesía que optó por las inversiones privadas, por temor a la intervención del estado y se negó a participar en lo que parecía ser una empresa improductiva. “Hay un distanciamiento entre el estado y la sociedad sobre la que descansaba el cuerpo político.”⁶

No obstante, los judíos sí ayudaron al Estado- Nación a establecerse como una de las mayores empresas y uno de los grandes patronos de su tiempo, a cambio de privilegios como la igualdad: “este periodo trajo consigo la concesión de privilegios”.⁷

La introducción de tratados de minorías, donde a algunos estados no les fueron otorgados derechos y la incapacidad de proporcionar una ley a aquellos que habían perdido la protección de un gobierno nacional, rompe el equilibrio entre estado y nación, entre el interés nacional y las instituciones legales, necesitando ayuda de un gobierno policía que controle lo que había sido desprotegido: el estado totalitario.

1.2.3 Estado Totalitario

En el Estado totalitario todos los órdenes de la vida de la persona, de los grupos y de la sociedad, deben estar sometidos a sus disposiciones; la esfera de intervención estatal es muy amplia; con este tipo de Estado se da inicio a la aparición de una maquinaria estatal controladora.

Las libertades individuales, en especial, la libertad de pensamiento, libertades políticas y económicas, se ven restringidas, ya que, el estado controla la mayor parte de la vida en sociedad, marcando así una diferencia con el estado-nación y el democrático liberal.

Hay un partido único, cuyo jefe tiene poderes ilimitados; y, en el aspecto económico la economía es centralizada.

⁶ Hannah Arendt, *Los orígenes del totalitarismo*, Alianza Editorial, Madrid, 2006, pp. 82.

⁷ Gonzalo Ortiz Crespo “Las tareas inconclusas de nuestra historia” en *Pueblos Indios, Estado y Derecho*, Corporación Editora Nacional, Quito Ecuador, 1992, pp. 90.

Los movimientos totalitarios, pretenden organizar a las masas⁸, no a las clases, no a los ciudadanos con opiniones acerca del gobierno o de los asuntos públicos. Los movimientos totalitarios usan y abusan de las libertades democráticas con el fin de abolirlas.

La política totalitaria afirma transformar a la especie humana en portadora activa e infalible de una ley, creando discrepancia entre la legalidad y la justicia.

En el cuerpo político del gobierno totalitario, el lugar de las leyes positivas queda ocupado por el terror total de un gobierno tiránico; en contraposición con el gobierno constitucional donde las leyes positivas están concebidas para regir fronteras y establecer canales de comunicación entre hombres cuya comunidad resulta amenazada.

1.2.4 El Estado Laico

Durante la etapa colonial las relaciones Iglesia- Estado eran complejas. El estado recaudaba tributos, ejercía represión, controlaba la asignación de mano de obra; por el contrario, la iglesia también se encontraba envuelta en el aparato estatal mediante funciones de control de las manifestaciones ideológicas de la sociedad, ejerciendo un monopolio en este ámbito.

Era un estado que representaba un “derecho de conquista como necesidad de cristianización”⁹, de esta forma, tenía bajo su control el sistema educativo, la información pública, y contaba con armas espirituales como la excomulgación. La iglesia profesaba que las leyes civiles debían adecuarse a las enseñanzas morales de la iglesia, y el Estado trataba de asegurar la no injerencia en la formación del pensamiento de los ciudadanos.

Cuando el Ecuador se separó de la Gran Colombia en 1830, el congreso constituyente declaró: “la religión Católica, apostólica y Romana es la Religión del estado. Es un deber del gobierno, en ejercicio del patronato, protegerla con

⁸Definida como populacho por el libro “Los orígenes del totalitarismo” de Hannah Arendt.

⁹ Gonzales Suarez, Federico, *polémica sobre el estado laico*, Banco Central del Ecuador Corporación Editora Nacional, 1980, pp. 16.

exclusión de cualquier otra.”¹⁰ De este modo, el conflicto estado iglesia, se extendió a la nación, lo que empeoró con la firma del concordato.

El estado ejercía celosamente sus funciones de “patrono”, normando incluso cuestiones consideradas exclusivamente de culto, gestándose un enfrenamiento político religioso. Desde la constituyente de 1843, se reclamaba la libertad de cultos y se disputaba el monopolio de la esfera ideológica, pero el gobierno necesitaba conseguir una disposición que impidiera a los eclesiásticos intervenir en política, entonces, el congreso de 1899 expidió la Ley de Patronato, intentando asumir el control de la iglesia.

El laicismo fue la muestra de lucha para la realización liberal. El sistema educativo que giraba alrededor de centros de formación religiosa, pasó a depender de la dirección estatal.

El quiebre de la relación Iglesia- Estado tuvo importantes consecuencias a diversos niveles del cuadro político social del Ecuador, principalmente el laicismo trajo consigo la consolidación de grupos burocráticos, la liberación de la intervención de la iglesia en la formulación de normas, de políticas de gobierno o la solución de conflictos.

Cesar Montufar en uno de sus artículos¹¹ explica que la noción de Estado laico pretende el cumplimiento real del principio liberal de igualdad de todos ante la Ley, sin perjuicio del credo religioso de cada persona y proyectar la vigencia plena del derecho de libertad de conciencia y de las condiciones de libertad para la participación política de todos los ciudadanos.

Es también necesario que la ética laica prevalezca en el quehacer público y en el ordenamiento jurídico.

1.2.7 El Estado Liberal

El estado liberal se caracteriza por considerar al individuo como ciudadano, miembro activo del estado y sujeto de derechos civiles y políticos, donde las

¹⁰ Constitución del Estado del Ecuador, Quito, 1930: Art. 8.

¹¹ Montufar, César “El estado Laico” miércoles 09 de abril de 2008.

actividades económicas son limitadas para el estado, es decir son de dominio de los ciudadanos. En este tipo de estado solo se reconocen dos sujetos: El individuo y el Estado.

El estado liberal de derecho era un estado legislativo, que se afirmaba a través del principio de legalidad, una vez más se subordina la constitución a la ley.

Para el estado liberal todos nacen iguales y libres; pero se trata de una igualdad formal o ante la ley, y es por eso que la ley debe tener una validez universal.

Con la llegada de la Revolución Industrial se desataron graves conflictos y enfrentamientos sociales, por la superexplotación del proletariado (así denominado por Marx) y la concentración de la riqueza en la burguesía, dejando a la mayoría de la población carente de los medios para vivir con dignidad. Con el fortalecimiento del proletariado, se debilitó el estado liberal de derecho, al no encontrar justificación por su falta de acción en lo económico, social y cultural.

Los planteamientos del Marxismo se convierten en la principal crítica al Estado Liberal, inspirando Marx mediante su filosofía una solución revolucionaria.

La concepción Marxista del estado propone el concepto de clase social y la desaparición del estado.

Si el estado es el instrumento de dominación de una clase sobre otra, cuando desaparezca el antagonismo entre las clases sociales, es decir, cuando se destruya la propiedad privada de los medios de producción, la existencia del estado pierde su razón de ser.¹²

¹²Alvarez Conde, Enrique, *Curso de Derecho Constitucional* volumen I, editorial Tecnos, 1999, pp.104

Otra solución fue la “organización de instituciones del Estado de Derecho”¹³ donde se añade al estado la función de intervenir en los aspectos económicos, sociales y culturales de la sociedad, que no existía en el estado liberal, creándose nuevas instituciones o dependencias y formulándose finalmente el estado social y democrático de derecho.

1.2.5 Estado Democrático

En el estado democrático no todos los órdenes de la vida ni todas sus relaciones están sometidos al imperio de la autoridad pública (como en el estado totalitario), ni ésta puede proceder arbitrariamente. Le interesan los actos que afecten la paz interna, la seguridad, el bien común, que se concreta en un orden social que comprende lo económico, social, político y cultural de la sociedad.

El derecho que rige en este tipo de estado es el de un grupo de normas que regulan el comportamiento de los ciudadanos, denominadas: Normas de conducta y normas de estructura, que instituyen los órganos facultados para crear derecho.

Con este tipo de estado proviene el derecho, el cual regula los actos y las relaciones, el estado dicta las normas de conducta (nueva concepción del término estado), pero debido a que éste también es considerado como sujeto de derechos, debe subordinarse al derecho.

El estado en esta nueva etapa, revisa las funciones que hasta entonces desempeñaba y asume nuevas funciones, que se añaden a las de expedir las leyes, ejecutarlas y aplicarlas, y es que advierte que el crecimiento económico y el mayor bienestar social de todos no se logra solo con las leyes, ni bastan

¹³Trujillo, Julio César *Teoría del Estado en el Ecuador* segunda edición, corporación Editora Nacional, Quito, 2006, pp.102.

los gastos para salvar los indigentes, si no que hace falta que mediante planes, políticas y programas económicos se persiga objetivos sociales...¹⁴

La división de poderes y la organización política de un estado se remonta a la antigüedad, encontrando fundamento en el Tratado La Política de Aristóteles, donde éste filósofo griego expone la naturaleza del hombre como animal social y hace la distinción entre gobernantes y gobernados.

Sin embargo, esta clasificación que supone desigualdad, no encontró justificación dentro de una sociedad que buscaba una organización más acorde con la condición de seres libres y racionales de sus habitantes. Ideales de libertad, representados por las teorías de Thomas Hobbes¹⁵ (el contractualismo absolutista), John Locke¹⁶ (El contrato político) y finalmente Juan Jacobo Rousseau,¹⁷ (quien formula el principio del pacto social o contrato social, en virtud del cual debe existir una voluntad general llamada ley, expedida por un legislador, a la cual príncipes y súbditos deben someterse), fueron recogidas y sus teorías positivizadas en la Constitución Francesa de 1791 y luego en la Constitución Americana de 1787, dando así nacimiento al Estado de Derecho cuyos principios inspirados en la Revolución Francesa son los de libertad e igualdad de las personas.

1.2.6 Estado de Derecho

¹⁴ Trujillo, Julio César, *Teoría del Estado en el Ecuador* segunda edición, corporación Editora Nacional, Quito, 2006, pp.104.

¹⁵ Thomas Hobbes (1588-1679) es el pionero en la explicación del contractualismo absolutista explica una sociedad política fundada en la voluntad o consentimiento de sus miembros por el acuerdo de ellos, la creación de un poder común y soberano contra el que nadie puede rebelarse. Su teoría legitima el absolutismo, de ahí su nombre.

¹⁶ John Locke (1632-1704) El contrato político explica que la única forma de dar nacimiento a la sociedad civil es mediante el acuerdo de los hombres con el objeto de constituir una comunidad para vivir de manera confortable, pacífica y segura, garantizado mediante el poder de un solo gobernante. Refutó contra la monarquía absoluta.

¹⁷ Juan Jacobo Rousseau (1712- 1778) sostiene que el hombre en el “Estado de naturaleza” goza de la libertad para hacer cuanto considera conveniente para su supervivencia pero corre el riesgo de que uno más fuerte le despoje de lo suyo, por lo que debe formar una fuerza común llamada “pacto social”. Rousseau además tiene su propia teoría acerca del origen de la autoridad en el Estado.

El siglo XIX es el siglo del Estado de Derecho y su valor radica en la eliminación de la arbitrariedad de la actividad estatal que afectaba a los ciudadanos. En el Estado de Derecho, los derechos de los gobernados son reconocidos como anteriores al Estado, es decir, que hay valores y principios inherentes al ser humano, a la persona, que debían ser respetados y garantizados mediante la existencia de instituciones políticas u organismos del estado (división de poderes cuyo pionero fue Montesquieu).

La definición más clara, es reconocer al Estado de Derecho como un tipo de estado caracterizado por gobernarse de acuerdo a leyes escritas. El Estado de Derecho y el principio de legalidad suponían la reducción del derecho a la ley, es decir que, en un Estado de Derecho la Constitución estaba subordinada a la ley la cual era la expresión del poder político.

1.2.8 El Estado Social de Derecho

En el Ecuador el estado social de derecho inicia en el Siglo XX, manifestada en las masivas protestas del 15 de Noviembre de 1922, con la revolución Juliana de 1925 y cristalizada en la Constitución de 1929.

Desde esta constitución y en las posteriores se enunciaron principios e instituciones como:

La planificación económica como facultad del estado; los seguros sociales de enfermedad, maternidad, invalidez, vejez, viudez, orfandad, desocupación, riesgos del trabajo, y demás estados de necesidad, bajo la denominación genérica de previsión social¹⁸.

Se le autorizó al estado asumir directamente la explotación de las actividades destinadas a la prestación de servicios públicos, incluso mediante su estatalización en caso de que estuvieren en manos de la propiedad privada.

¹⁸Julio Cesar Trujillo, *Teoría del Estado en El Ecuador*, segunda edición, Corporación Editora Nacional, Quito, 2006, pp.108

En el estado social de derecho, las leyes no son algo dado o estático, como lo suponía Adam Smith con su teoría de la mano invisible, sino las normas deben irse perfeccionando a través de la actuación del estado.

Las principales características de un estado social de derecho, es que la ley pierde centralidad frente al reglamento administrativo, habiendo un estado intervencionista, donde el ejecutivo es el poder dominante. En cuanto a la constitución, este modelo de estado la veía como un programa político que expresa los objetivos del estado, los derechos fundamentales y principios sociales no son normas sino mandatos de optimización.

La Constitución ecuatoriana de 1998 expresamente define al Ecuador en su artículo 1 como:

El Ecuador es un estado social de derecho, soberano, unitario, independiente, democrático, pluricultural y multiétnico. Su gobierno es republicano, presidencial, electivo, representativo, responsable, alternativo, participativo y de administración descentralizada.¹⁹

La constitución estaba reducida a ser un simple manual positivizado o un elemento técnico en lugar de ser la carta fundamental donde se encuentren los principios tenidos por justos.

El derecho constitucional clásico característico del estado social de derecho, le daba una concepción normativista a la Constitución al concebirla a ésta como un complejo compendio de normas legales.

¹⁹ Constitución Política de la República del Ecuador de 1998. Artículo 1: El Ecuador es un estado social de derecho, soberano, unitario, independiente, democrático, pluricultural y multiétnico. Su gobierno es republicano, presidencial, electivo, representativo, responsable, alternativo, participativo y de administración descentralizada. La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es la base de la autoridad, que ejerce a través de los órganos del poder público y de los medios democráticos previstos en esta Constitución. El estado respeta y estimula el desarrollo de todas las lenguas de los ecuatorianos. El castellano es el idioma oficial. El quichua, el shuar y los demás idiomas ancestrales son de uso oficial para los pueblos indígenas, en los términos que fija la ley. La bandera, el escudo y el himno establecidos por la ley, son los símbolos de la patria.

No obstante, el Ecuador aún siendo un estado social de derecho no lograba formar una comunidad política de iguales, como lo expresa Marco Albuja M en el libro *Plenos Poderes y transformación Constitucional del Ecuador*, el Ecuador aun no es “una comunidad de destino democrático”; lo que se necesita es conseguir la democratización del uso del derecho como herramienta de protección de ciudadanos y ciudadanas. El problema para obtener esta democratización y por ende la protección requerida es la telaraña legal y el desorden político y jurídico producido por la era de la decodificación de las leyes, dando como resultado el aumento incontrolable y a veces innecesario de leyes, produciendo inseguridad jurídica a los ecuatorianos.

La política legislativa del estado no era la correcta, ya que las leyes estaban tipificadas de forma adecuada, conforme a derecho, pero en exceso y muchas veces contradiciéndose unas con otras; por el contrario, los derechos esenciales de los ecuatorianos estaban garantizados de forma limitada o no estaban garantizados eficazmente, ya que no todos los derechos eran considerados fundamentales.

Esta es la base de la crisis del estado social de derecho, el no lograr alcanzar su ideal de justicia social, ya que sin seguridad jurídica no puede existir justicia social.

El sistema jurídico vigente en nuestro país ni se identifica con el individuo ni es capaz de resolver su conflictividad cotidiana; por el contrario en la mayoría de los casos es causa y efecto de dicha conflictividad. ...Desconfianza de lo público hacia lo privado y viceversa ha creado un laberinto infranqueable de normas, imposible de ser asumidas y peor defendidas por la ciudadanía, mientras que las entidades judiciales, que deberían ser tutelares de nuestros derechos se han descuidado de sus deberes naturales²⁰.

²⁰Marco Albuja M, *Plenos poderes y Transformación Constitucional*, Diagonal Capitulo Ecuador, Abya Yala, 2008. Pp. 144

La escasez de recursos obligó al estado a establecer criterios de productividad de corte neoliberal, creándose un estado social pero dirigido hacia el mercado; donde el principio de legalidad entra en crisis debido a que la ley fue cambiada por el contrato como instrumento de regulación, la discusión ya no se centraba en el poder legislativo sino en las propias empresas o corporaciones.

La crisis del estado social de derecho debe ser vencida fortaleciendo al estado mediante el neo constitucionalismo. El estado ecuatoriano no ha dejado de ser un estado social sino que ha evolucionado y se ha perfeccionado para convertirse en un Estado Constitucional, que supone conferir mayores garantías a los ecuatorianos.

1.3 El Neo Constitucionalismo

La evolución del estado anteriormente descrita, es el precedente que definió al nuevo estado ecuatoriano como un: **“Estado Constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico”**²¹, (El subrayado y resaltado son míos) dotado de elementos distintos y mejorados que nos diferencian del estado legalista o de legalidad. Bajo este enfoque, se observa que, el Ecuador está inmerso en un “proceso de construcción institucional, en donde el sector justicia se encuentra evolucionando, [...] hacia el modelo más democrático, técnico y, sobre todo, participativo...”²²

Este modelo del que nos habla Marco Albuja M, es el neo constitucionalismo.

El neo constitucionalismo, ha sido escasamente estudiado en el Ecuador, y seguramente su total comprensión y práctica tomará algunos años más. Son pocos los autores nacionales y extranjeros que le dan al neo constitucionalismo

²¹ Constitución Política de la República del Ecuador 2008. Artículo 1: El Ecuador es un estado Constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada. La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución. Los recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible.

²² Marco Albuja M, *Plenos Poderes y transformación constitucional*, Diagonal Capitulo Ecuador, Abya Yala, 2008, pp. 141-142.

la credibilidad e influencia que merece dentro del mundo jurídico actual. Por ejemplo, en el Ecuador, en los albores del nacimiento de este nuevo tipo de estado, no faltaban los ciudadanos arraigados a su cultura política y jurídica quienes veían al estado constitucional de derechos de la vigente Constitución como una etiqueta vacía de contenido.

El neoconstitucionalismo comienza a surgir después de la Segunda Guerra Mundial, donde se desplegó un cierto activismo judicial y sobre todo a partir los años 70 del siglo XX.

Se trata de Constituciones que no se limitan a establecer competencias o a separar a los poderes públicos, si no que contienen altos niveles de normas “materiales” o sustantivas que condicionan la actuación del estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos.²³

Ejemplos representativos de este tipo de Constituciones son la española de 1978, la brasileña de 1988 y la colombiana de 1991. Así mismo, también marcan precedente de este nuevo estado:

La actuación del Tribunal Constitucional Federal alemán al ordenar en la década de los 50 la disolución de los partidos neonazis, el trabajo de la *Corte Costituzionale* italiana para hacer exigibles los derechos sociales previstos en la Constitución de ese país, las sentencias del Tribunal Constitucional español para ir delimitando el modelo de distribución territorial de poder entre el Estado central y las comunidades autónomas.²⁴

Los jueces constitucionales mediante sus decisiones, han consolidado este nuevo modelo en algunos países como Colombia, donde su Corte

²³ Carbonell, Miguel, *¿Qué es el neoconstitucionalismo?* Ensayos Universidad andina Simón Bolívar, 2009.

²⁴ Carbonell, Miguel, *¿Qué es el neoconstitucionalismo?* Ensayos Universidad andina Simón Bolívar, 2009

Constitucional al conocer procesos de acción de tutela, mandó a poner drenaje en barrios marginales o a través de las que se aseguraba una correcta impartición de justicia dentro de las comunidades indígenas de ese país. Así mismo, en Guatemala el Tribunal Constitucional paró un golpe de Estado que pretendió dar al entonces Presdidente Jorge Serrano Elías en 1993.

Las sociedades con diversidad de grupos sociales, con ideologías, etnias y cultura diferente como Ecuador, se llaman sociedades pluralistas, y constituyen la plataforma sobre la cual se ha instituido el constitucionalismo. Las sociedades pluralistas, ven la necesidad de asignar a la Constitución las tareas de determinar las condiciones de una vida digna para sus habitantes, por diferentes que estos sean; de ahí el nombre de Constitución de la vida digna de la actual Constitución.

...La condición espiritual del tiempo en que vivimos podría describirse como la aspiración no a uno, sino a los muchos principios o valores que conforman la convivencia colectiva: La libertad de la sociedad, pero también las reformas sociales; la igualdad ante la ley, y por tanto la generalidad de trato jurídico, pero también la igualdad respecto a las situaciones, y por tanto la especialidad de las reglas jurídicas; el reconocimiento de los derechos de los individuos, pero también de los derechos de la sociedad; la valoración de las capacidades materiales y espirituales de los individuos, pero también la protección de los bienes colectivos frente a la fuerza destructora de aquellos; el rigor en la aplicación de la ley, pero también la piedad ante sus consecuencias mas rígidas; la responsabilidad individual en la determinación de la propia existencia, pero también la intervención colectiva para el apoyo a los mas débiles, etc. ²⁵

Este es el carácter esencial de los Estados Constitucionales, el término ductilidad, concepto basado en el pluralismo e interdependencia de las sociedades. Derecho Dúctil, implica la “coexistencia de valores y principios,

²⁵ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil, Ley, derechos, justicia*, Editorial Trota, pp.16.

sobre los que debe basarse necesariamente la constitución”²⁶, de esta manera no se hace incompatible con su base pluralista.

La ductilidad da inicio al modelo neo constitucional actual, donde las reglas y los denominados principios y valores se confrontan.

Las normas legislativas son generalmente reglas, las normas constitucionales son derechos y en la justicia recaen los principios. Es por eso, que nuestra Constitución define al Estado ecuatoriano como un Estado Constitucional (conjunto de derechos) de derechos y justicia (contiene principios) y también social (contiene reglas).

Los principios, desempeñan un papel propiamente constitucional, las reglas por el contrario, se agotan en sí mismas, no tienen más significado que su contenido mismo.

A las reglas se obedece, y por ello, es importante determinar con precisión los preceptos que el legislador establece; a los principios en cambio, se presta adhesión, y por ello, es importante comprender el mundo de los valores.

La principal diferencia entre las reglas y los principios, radica en su interpretación, a las reglas se las interpreta siguiendo la regla primera del código civil: su tenor literal y en caso de obscuridad tratando de analizar el sentido o la intención del legislador. (Art. 18 Código Civil) ²⁷ y a los principios

²⁶ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho Dúctil. Ley, derechos, justicia*, Editorial Trotta, 2005, pp. 14.

²⁷ Los jueces no pueden suspender ni denegar la administración de justicia por oscuridad o falta de ley. En tales casos juzgarán atendiendo a las reglas siguientes: 1. Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu claramente manifestados en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento; 2. Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal; 3. Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte, a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso; 4. El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas debida correspondencia y armonía. Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto; 5. La favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que deba darse a toda ley se determinará por su genuino sentido y según las reglas de interpretación precedentes; 6. En los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación precedentes, se interpretarán por los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y la equidad

por el contrario, debe hacerse una interpretación extensiva, mediante argumentos *a simili*, tratando de garantizar al máximo el derecho coaccionado en la litis.

Las reglas, no nos dan criterios sobre nuestras acciones, solo nos dicen como debemos, no debemos, o podemos actuar frente a determinadas circunstancias previstas en las mismas reglas (deber ser), al contrario, los principios, nos proporcionan criterios para tomar posición ante situaciones concretas, pero que, a priori, aparecen indeterminadas.

Al carecer los principios de supuestos jurídicos, es imposible realizar con ellos como se estaba acostumbrado con las leyes, silogismos a base de premisas, y que dan como resultado una consecuencia, entonces, la forma de aplicación es diferente también. No hay una subsunción lógica, se transforma en operación de argumentación e interpretación.

Luigi Ferrajoli, define al neo constitucionalismo como:

Un sistema de vínculos sustanciales, o sea de prohibiciones y de obligaciones impuestas por las cartas constitucionales, y precisamente por los principios y los derechos fundamentales en ellas establecidos, a todos los poderes públicos, incluso al legislativo. ²⁸

Para comprender mejor el concepto, es necesario, realizar una interpretación exegética del mismo: Primero, Luigi Ferrajoli al mencionar a un sistema de vínculos sustanciales, pretende representar el alto contenido sustantivo que la constitución maneja. Se refiere a una constitución material, que está formada por normas de diferente denominación, tales como, valores, principios, derechos o directrices y no presupuestos jurídicos, generalmente presentes en las leyes.

natura; y, 7. A falta de ley, se aplicarán las que existan sobre casos análogos; y no habiéndolas, se ocurrirá a los principios del derecho universal.

²⁸ Ferrajoli, Luigi, *Sobre los derechos fundamentales*, Eitorial Trotta, 2007, pp. 71.

Habermas, centra el contenido de la normativa jurídica en dos postulados: Derechos humanos y soberanía popular, lo que significa que, las constituciones son materiales o de derechos y no se limitan a establecer competencias o a separar a los poderes públicos, (constitucionalismo orgánico) sino que, con sus criterios materiales o sustantivos, condicionan al estado a tomar decisiones fundadas en el cumplimiento idóneo de derechos fundamentales de la persona y su protección. Éste es el “contenido moral implícito en las cualidades formales del derecho”.²⁹ Caber recalcar que, sin embargo, debe existir una separación entre, el derecho y la moral; ya que, “la moral penetra en los procedimientos de creación del derecho positivo y condiciona su legitimidad”³⁰

Por ejemplo en Venezuela, se consagra el “Estado democrático y social de Derecho y justicia”, interpretado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como un estado cuya obligación es garantizar el acceso formal y material, a la justicia.³¹ Así mismo, en el Perú, desde el 2004 con la publicación del Código Procesal Constitucional peruano, el Tribunal constitucional y la Corte Suprema peruanos han experimentado un importante avance en la protección de la justicia.

La idea de una constitución sustantiva, encuentra su antítesis en el pensamiento de Juan Antonio García Amado, quien defiende el constitucionalismo positivista y pone en duda la formulación de Luigi Ferrajoli y Luis Prieto Sanchís sobre los valores, principios, derechos y directrices, al exponer que:

²⁹Habermas, *Ensayos políticos*, Barcelona, 1988, pp.58

³⁰Habermas, “*Towards a Communication – Concept or Rational Collective Will- Formation. A thought Experiment*”, en *Ratio Iuris*,1989, pp. 149.

³¹ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, sentencia 708, expediente 00-1683:10 de mayo 2001.

Un precepto constitucional no dice más o menos (o más o menos dirimentemente) en razón de su catalogación como valor, principio, derecho, directriz, etc., sino en razón de su grado de indeterminación semántica.³²

Este positivista objeta la existencia o la aprobación de una constitución que contiene derechos fundamentales yuxtapuestos, dejando al arbitrio de los jueces la interpretación o determinación de qué derecho se debe aplicar, y sobretodo objeta la idea de ductilidad. En esta argumentación se encuentra la incompatibilidad entre el neo constitucionalismo y el constitucionalismo positivista. Para García Amado las constituciones son cerradas, éstas deberían mandar lo que claramente hacen referencia en sus enunciados; por el contrario para el modelo neo constitucional, el contenido constitucional no se agota en el significado de sus términos y enunciados, las constituciones abiertas permiten “dentro de los límites constitucionales, tanto la espontaneidad de la vida social como la competición para asumir la dirección política, condiciones ambas para la supervivencia de una sociedad pluralista y democrática.”³³

Por el contrario, Luís Prieto Sanchís considera que:

La normativa constitucional no aparece – en general – como la decisión categórica de un grupo o ideología que, desde una filosofía política homogénea, diseña un marco unívoco y cerrado; no se asemeja a una regulación legal que, con mayor o menos precisión, trata de anudar ciertos supuestos o condiciones fácticas a determinadas consecuencias. Se trata mas bien de lo se ha dado en llamar una regulación principialista donde se recogen derechos (y deberes correlativos).³⁴

³²García Amado, Juan Antonio, *Derechos y pretextos Elementos de crítica del neo constitucionalismo*, Edición Trota, 2007, pp. 238

³³Zagrebelky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Editorial Trota, 2007, pp.14.

³⁴Prieto Sanchís, Luis, *El constitucionalismo de los derechos*, Editorial Trota, 2007, pp 218.

El pensamiento de Luís Prieto Sanchis, coincide con Zagrebelsky quien habla de principios universales de igual categoría que coexisten uno junto al otro, no hay prevalencia de un solo valor y de un solo principio, sino la garantía de varios simultáneamente, donde surge entonces el problema del juicio de ponderación de los derechos.

Es innegable que las constituciones sustantivas, abarcan derechos de la misma jerarquía que pueden ofrecer una solución contraria, ésta es una de las características que las diferencian del carácter cerrado y concluyente que tienen las leyes; "... es verdad que dice muchas cosas, que sus preceptos se proyectan sobre amplísimas áreas de relación jurídica, pero no es menos cierto que habla con muchas voces".³⁵ A pesar, de las contradicciones que se pueden dar, una constitución material ofrece a los jueces y legisladores las orientaciones óptimas y suficientes para alcanzar un punto de equilibrio de recíproca satisfacción, y esto se puede lograr, debido a que todas las razones analizadas por los jueces y legisladores, son constitucionales. Este es el llamado Juicio de Ponderación constitucional o juicio de "razonabilidad valorativa"³⁶, herramienta fundamental para interpretar las cláusulas materiales de la constitución. Tema que será abordado en capítulos posteriores.

Así mismo, "Los principios y derechos fundamentales" que Ferrajoli puntualiza en su concepto, significa que no solo resulta positivizado el "deber ser" de las leyes positivas comunes, sino también el "quien" y "como", característica que lo diferencia de las normas legales comunes, ya que estas condiciones o interrogantes, se refieren, a la presencia de un contenido de principios y derechos fundamentales. Concebir a los derechos como fundamentales y no como legales, es decir una cultura jurídica constitucionalista y no legalista, donde exista una constitución democrática auténtica. No solo constitucionalizar el derecho como ordenamiento, sino como ciencia del derecho.

³⁵Prieto Sanchís, Luis, *El constitucionalismo de los derechos*, Editorial Trota, 2007, pp. 219

³⁶ Término establecido por Jürgen Habermas. Juan Antonio García Amado, *La filosofía del derecho de Habermas y Luhman*, Serie de teoría jurídica y filosofía del derecho No. 5, Colombia, 1999, pp. 73.

Éstos permiten la extensión de este nuevo paradigma al derecho internacional, gracias a las constituciones del mundo formadas por las Cartas de la ONU, y por las declaraciones, convenciones y pactos internacionales sobre los derechos humanos, se pretende dirigir este nuevo modelo hacia un constitucionalismo internacional y no solo estatal.

La fuerza vinculante de la constitución, las normas constitucionales, todas con independencia de su estructura y de su contenido son plenamente aplicables y obligan a sus destinatarios. Tradicionalmente, no se consideraban como vinculantes las normas programáticas o los principios, sin embargo, mediante el proceso de constitucionalización, se supone, dotar de contenido normativo a todas las disposiciones contenidas en la carta fundamental. Las normas constitucionales son normas jurídicas aplicables y vinculantes

Al señalar “todos los poderes públicos”, el constitucionalismo da a entender que mediante su aplicación se da una extensión de la sujeción de la ley a todos los poderes, dando como resultado una pérdida de la soberanía estatal interna, es decir que todos los poderes están sujetos a la ley constitucional, para interpretarla y garantizarla y no principalmente el parlamento quienes tienen en el estado social de derecho la facultad de crear, reformar e interpretar la constitución.

Los principios y derechos fundamentales contenidos en las constituciones materiales o de derechos, deben ser satisfechos y garantizados mediante la implementación de técnicas de garantías idóneas para asegurar el máximo grado de efectividad a los derechos constitucionalmente reconocidos: “el garantismo, es la otra cara del constitucionalismo”³⁷. Como también menciona Prieto Sanchís la singularidad de este modelo es que es un “constitucionalismo de derechos o constituciones materiales y garantizadas”³⁸.

Así mismo, la influencia del derecho constitucional se extiende tanto a su objeto tradicional de regulación que son los poderes públicos, sus competencias y sus

³⁷Ferrajoli, Luigi, *Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales*, Editorial Trota, 2007, pp.72.

³⁸ Prieto Sanchís, Luis, *El constitucionalismo de los derechos*, Editorial Trota, 2007, pp. 213

relaciones con los particulares, como a las diversas ramas del derecho privado, que también se ven condicionadas por los mandatos constitucionales.

Este nuevo sistema incorporado por los ecuatorianos, supone prácticas jurisprudenciales nuevas, donde todos los jueces y no solo los Tribunales o Cortes constitucionales deben realizar sus funciones dentro de nuevos parámetros interpretativos tomando en cuenta los principios constitucionales como la ponderación, la proporcionalidad, la maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales, la proyección horizontal de los derechos, el principio *pro personae*, etc.

Como se mencionó, al ser una constitución sustantiva, los jueces, legisladores y servidoras y servidores públicos en general, tienen la innovación de trabajar con valores que están constitucionalizados y que requieren de hermenéutica que sea capaz de aplicarlos a los casos concretos de forma justificada y razonable.

Prieto Sanchís menciona que, una constitución se haya garantizada si su protección se encuentra encomendada a todos los jueces y si existen en el sistema normas que están destinadas a sancionar la infracción de normas relativas a derechos. La Constitución que permitía el juego de las mayorías en sede legislativa vendría a ser suplantada por una Constitución dirigente, donde terminan siendo los jueces quienes tengan la última palabra sobre los asuntos.

Miguel Carbonell en su ensayo “El Neoconstitucionalismo en su laberinto” dice que lo novedoso de este nuevo paradigma jurídico son sus efectos, es decir “la observación del estado Constitucional de Derecho en funcionamiento”, es decir que la actuación de los jueces es la que determinará su efectividad.

Por otro lado, para explicar el neo constitucionalismo, es necesario comprender el principio de supremacía constitucional.

En el Título IX de la Constitución del 2008 de la República del Ecuador sobre la Supremacía de la Constitución en su Art. 424 expresa “La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico.”³⁹

Se puede afirmar entonces que las demás normas se consideran secundarias y que la constitución es la base de nuestro ordenamiento jurídico, principio que, también estaba consagrado en la Constitución de 1998 en el artículo 272.

No obstante, la supremacía debe ser vista no jerárquicamente como lo señalaba Kelsen y como se ha enseñado en las facultades de derecho, sino, como una supremacía en círculos concéntricos, donde la constitución es el centro, no la cúspide.⁴⁰

La constitución, es el eje para acreditar la validez de una norma secundaria (leyes, reglamentos, decretos, acuerdos, ordenanzas), es decir éstas no pueden estar en contra de lo establecido en la Constitución, “El fundamento de validez de una norma está siempre en otra norma de la cual la primera procede.”⁴¹

De esta forma, el ordenamiento jurídico es unitario, constituye una unidad que se encuentra en la Constitución, esta unidad da como resultado un sistema jurídico preciso, concreto y por ende seguro, al darle validez a las normas jurídicas subordinadas a su categoría superior. Solo las normas jurídicas que se encuentran en concordancia con la Constitución, pertenecen al sistema jurídico ecuatoriano.

Esta supremacía constitucional, no debe ser un mero enunciado, por el contrario, debe convertirse en un principio imprescindible para la unidad del

³⁹ Artículo 424 Constitución de la república del Ecuador. La constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. La constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.

⁴⁰ Dr. Juan Montaña, Seminario Internacional en Teorías Contemporáneas del derecho constitucional Ecuatoriano, organizada por el colegio de abogados de Loja. 2009

⁴¹ Zavala Egas, Jorge, *Derecho Constitucional Tomo I*, Edino, 1999, pp. 164.

sistema, para la razonabilidad de las leyes y sobre todo para el fortalecimiento del estado de derecho.

El estado de derecho, se encontraba sujeto a preceptos legales con arreglo a las convicciones de la época, donde se confundía la legitimidad y la legalidad, y esto es precisamente lo que se trata de evitar con el neo constitucionalismo el no dejar pasar lo regulado y supuestamente equitativo por lo verdaderamente justo.

Se intenta tener una constitución real, social, frente a la normativa, que muchas veces aparece como la única relevante desde el punto de vista jurídico.

Era necesario formular una nueva concepción constitucionalista, cuya tendencia esté más acorde y se adecue a la realidad jurídica que se vive en el Ecuador.

Hay algunos antipositivistas cuyos argumentos sirven y dan sentido a este nuevo modelo:

1. Santi Romano

Su teoría es llamada institucionalista o del *ordenamiento iuridico*. “Toda institución es un ordenamiento jurídico y todo ordenamiento jurídico es una institución⁴²” Es decir, que el ordenamiento jurídico no se agota en las normas, sino que las instituciones se componen de ellas tanto para su estructura como en sus principios esenciales. Por ejemplo la institución es el estado y su ordenamiento jurídico es la constitución y tal constitución da existencia al Estado, las normas no son más que signos externos, una forma de documentación.

2. Erick Kaufmann

Su teoría desvaloriza la norma jurídica positiva. Expone que la constitución crea el marco y la forma en los que las fuerzas éticas y carismáticas de un pueblo pueden expresarse en un orden legal.

⁴²García Pelayo, Manuel, *Derecho Constitucional Comparado*, Alianza Editorial, Madrid, 1999. pp. 92

La constitución no es el texto escrito, sino, de un lado, la existencia jurídica-natural de todo el Derecho Constitucional, y de otro, las fuerzas reales sociológicamente dadas que son las auténticas creadoras y transformadoras del Derecho Constitucional vigente.⁴³

Mediante la comprensión de estas teorías, además de el análisis de el pensamiento de los autores base de este nuevo paradigma como: Ferrajoli, Habermas, Luhmann, Luis Prieto Sanchís, etc., podemos sacar algunos factores importantes y reiterados por todos los autores, rasgos genéricos de sus propuestas como:

La constitución supone unidad y no debe basarse en la simple legalidad sino debe ser vista como precursora de la legitimidad; esta legitimidad solo puede ser concebida mediante una organización política coherente con instituciones jurídicas sólidas cuya formación no suponga un gasto en exceso del presupuesto del estado sino un gasto necesario⁴⁴.

El neo constitucionalismo, transforma el principio de legalidad en juridicidad o constitucionalidad, cuya finalidad última es la garantía de los derechos, donde los jueces asumen un papel dirigente en la creación del derecho y sus decisiones son vinculantes. Se deja atrás la subsunción lógica (los silogismos y premisas) cambiándose por operaciones de argumentación e interpretación, teniendo el juez el deber de tomar decisiones a priori.

Existe un desplazamiento de la política, del ámbito parlamentario a las instancias judiciales; para la resolución de los conflictos, el instrumento es el derecho y la constitución; los tribunales adquieren peso en la estructura del estado al convertirse en sede privilegiada de resolución de conflictos.

⁴³ García Pelayo, Manuel, *Derecho Constitucional Comparado*, Alianza Editorial, Madrid, 1999. pp. 95

El conjunto de estas características forman al neo constitucionalismo, que se refleja en el actual modelo de estado del Ecuador: El “Estado Constitucional de derechos y justicia”.

CAPITULO II

TRANSICIÓN A UN ESTADO CONSTITUCIONAL GARANTISTA.

2.1 La Constitución de la República del Ecuador de 2008 frente a la Constitución de 1998.

La organización de un estado proviene de un acto llamado poder constituyente, según lo explica Jorge Zavala Egas, “es aquel que tiene la capacidad de expedir una constitución y de reformarla”⁴⁵, o el profesor Sánchez Viamonte afirma “que es la suprema capacidad y dominio del pueblo sobre sí mismo para darse una organización política y un ordenamiento jurídico”⁴⁶

El poder constituyente puede consistir en un acto originario o derivativo⁴⁷, dependiendo de su objeto, si es el de fundar un estado o reformarlo. Al respecto Jorge Zavala Egas en su Libro de Derecho Constitucional, describe al poder constituyente en su fase originaria, como el que se ejerce con el propósito de fundar la institución del estado, mediante la expedición de una constitución. Este es el caso de lo ocurrido en el Ecuador y su constitución de 2008, que fue un acto originario ya que se cambio totalmente la estructura del estado, cambiando el Estado de Derecho por estado Constitucional e incluso proponiendo la existencia de cinco poderes del estado.

La crisis envolvía al Ecuador y luego de la destitución del Ex presidente Abdalà Bucaram, el presidente Interino, Fabián Alarcón convocó a consulta popular,

⁴⁵ Zavala Egas, Jorge, *Derecho Constitucional Tomo I*, Edino, 1999, pp. 67.

⁴⁶ Manual de Derecho Constitucional, cita de VANOSI, Jorge Reinaldo. Teoría Constitucional, Volumen II, Ediciones Desalma, Buenos Aires, 1975, pag. 132

⁴⁷ El poder constituyente originario es el poder por el cual un Estado se funda, erige o constituye y luego dicta las normas que lo organizan, o sea al poder que determina la forma de Estado, y la forma de Gobierno que a de conservar en el futuro. Los constitucionalistas se han dividido con respecto al poder derivativo o constituido El Dr. Ramiro Borja dice que se presenta una subordinación supraordenación, ya que hay una norma reformativa que prevalece sobre aquel sin embargo esta debió atenerse a límites fijados por el originario.

para preguntar al pueblo sobre su voluntad para establecer una Asamblea Nacional; “¿está usted de acuerdo en que se convoque a una Asamblea Nacional con el exclusivo propósito que se reforme la Constitución Política de la República?”⁴⁸. Con un 65% el pueblo eligió el Si, como la mejor opción. La aprobación final de la Constitución se la hizo en la ciudad de Riobamba.

Así mismo, en el año 2008 luego de que el Presidente Rafael Correa mediante decreto 002 proponga Consulta Popular para la elección de una Asamblea Nacional Constituyente de Plenos Poderes y obteniendo el apoyo del casi 81% de los ecuatorianos, entró en funcionamiento la Asamblea Nacional, encargada de decretar una nueva Constitución para los ecuatorianos, misma que entró en vigencia en el Registro Oficial del 20 de Octubre de 2008.

La constitución de 1998 y la de 2008 son rígidas dado que para su reforma el procediendo que se debe seguir es reforzado, en comparación con el de la reforma a una ley. Esta rigidez permite garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos y no ciudadanos del Ecuador, afianzando así el principio de supremacía de la constitución sobre el resto del ordenamiento jurídico.

La Constitución de 1998, en el Artículo 272, consagra el principio de la supremacía: “la Constitución prevalece sobre cualquier otra norma legal”, luego afirma también que las demás normas secundarias “deberán mantener conformidad con sus disposiciones y no tendrán valor si, de algún modo, estuvieren en contradicción con ella”⁴⁹, es decir las normas solo serán eficaces y poseen validez de acuerdo a su contenido. La Constitución era la base sustentadora del Ordenamiento jurídico, y lo sigue siendo ahora, como se puede verificar en el Artículo 424: “La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico”.

⁴⁸Zavala Egas, Jorge, *Derecho Constitucional, tomo I*, Edino, 1999, pp. 95

⁴⁹ Constitución Política de la República del Ecuador 1998. Artículo 272: La constitución prevalece sobre cualquier otra norma legal. Las disposiciones de leyes orgánicas y ordinarias, decretos –leyes, decretos, estatutos, ordenanzas, reglamentos, resoluciones y otros actos de los poderes públicos, deberán mantener conformidad con sus disposiciones y no tendrán valor si, de algún modo, estuvieren en contradicción con ella o alteraren sus prescripciones.

La supremacía constitucional no es un mero enunciado, por el contrario es principio imprescindible para la existencia (validez) del Ordenamiento Jurídico - Normativo y por eso se consagra como norma de Derecho Positivo (Art. 272 y Art. 424 antes puntualizados).

Entonces, ¿dónde radica la diferencia entre la Constitución de 1998 y la vigente?

Las principales variaciones se ven en: la interpretación, la ampliación de los derechos no jerarquizados y de las garantías para protegerlos, incluyendo la omisión legislativa y la existencia de valores y principios.

Existen también algunas concepciones que han sido cambiadas, por ejemplo cada valor y principio se distinguían como conceptos absolutos, negando así de la convivencia de unos con otros como lo establece la actual constitución al no jerarquizar los derechos: “Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía”⁵⁰

En cuanto a la interpretación, esta era sistemática o por analogías, dos métodos de interpretación que en presencia de alguna laguna, es decir, a falta de disposición expresa para resolver una controversia jurídica, permitían individualizar una norma precisa en coherencia con el sistema, ahora el método de interpretación es extensiva, por ponderación de principios.

Todas estas diferenciaciones serán ampliadas a continuación, mediante la explicación de la crisis del principio de legalidad en la época actual, los derechos fundamentales y las garantías de los derechos.

2.2 EL Principio De Legalidad

Nuestra vida se desenvuelve dentro de los límites de las normas, la mayoría de las veces sin darnos cuenta estamos rodeados de guías de conducta que nos dicen cual es y cual no es la dirección correcta para desarrollarnos dentro de una sociedad. Desde que salimos a la calle sabemos cuáles son las normas de

⁵⁰Constitución Política de la República del Ecuador, Artículo 11 numeral 6.

transito a seguir, en la oficina, trabajo o universidad conocemos las reglas de ética adecuadas para dirigirnos a los demás y al realizar actos con terceros debemos atenernos a algunos parámetros legales; nuestras vidas están llenas de indicativos que ordenan un cierto comportamiento, y la mayoría de ellos son normas de derecho. Es por eso que, en general, el derecho en los Estados ha sido reducido a las leyes, porque la experiencia normativa es la que envuelve el diario vivir de los individuos.

Sin embargo, el derecho es una ciencia dinámica y por eso es trascendental mantenernos actualizados en sus conceptos y avances. En la actualidad la experiencia normativa que la historia data como básica para el estudio y practica del derecho, y de hecho lo es, ha sido vista como caduca por algunos tratadistas. No obstante, para entender su evolución o estancamiento hay que en primer lugar explicar la Ley Fundamental: La Constitución.

El término Constitución se refiere en sustancia a la existencia política de un pueblo, donde partidarios o adversarios se ven vinculados dentro de un ordenamiento superior a sectores de la realidad política, jurídica, sociológica, etc.

Friedrich señala que la palabra constitución tiene para la ciencia política moderna, un significado muy claro y distinto como el proceso mediante el cual se limita efectivamente la acción gubernamental.

Ha habido grandes corrientes espirituales, políticas y sociales en el siglo XIX, que han dado lugar a una tipología de conceptos de constitución:

- 1. Concepto Racional Normativo:** concibe a la Constitución como un complejo normativo en el cual de manera exhaustiva y sistemática se establecen las funciones fundamentales del Estado y se regulan sus órganos. Parte de la creencia de establecer de una vez, para siempre y de manera general un esquema de organización que encierre toda la vida del estado. No solo la competencia de los órganos o instituciones, sino la existencia de estos radica en la constitución.

2. **Concepto Histórico Tradicional:** Considera como sujetos de la Historia a la totalidad de individuos ya sean estos los pueblos, las naciones, etc. La historia se compone de situaciones que fueron una vez pero que ya no serán, por eso le es esencial la constante transformación; ya que solo se puede explicar el presente en función de un pasado. La constitución de un pueblo no es producto de la razón, sino una estructura resultado de una lenta transformación histórica.
3. **Concepto Sociológico:** Expone que la constitución no es resultado del pasado, sino de las situaciones sociales del presente, las cuales son generalmente situaciones y relaciones económicas. La sociedad tiene su propia legalidad la que debe adaptarse al deber ser. La característica del concepto sociológico de constitución, es que la estructura política real de un pueblo no es creación de una normatividad, sino expresión de una infraestructura social.

El positivismo representó un enfrentamiento con el concepto histórico y con toda especie de idealismo jurídico.

El concepto racional y el histórico podrían subsistir juntos, si se moldea la historia en cierta medida para planificar (razón) el futuro dentro de los datos de una situación histórica. Sin embargo, el concepto racional es el comúnmente aceptado dentro del derecho constitucional clásico, el cual resalta únicamente la normatividad formal, convirtiendo al derecho constitucional y político en pura normología al que solo le concierne la forma y no el contenido o finalidad.

La soberanía de la ley ya no es la de unos principios tenidos por justos, sino que significa simplemente que ninguna autoridad puede actuar al margen de las normas legales.

Según Gerber el objeto de la constitución y del derecho constitucional son los derechos individuales; pero ya no como derechos naturales y preestatales, innatos a la personalidad humana, sino como meros derechos reflejos del Estado y de su soberanía.

En resumen, se trata de una situación que comienza y termina con las normas jurídico-positivas y, por tanto, de una libertad formal, pues para el positivismo lo jurídico se identifica con lo legal; no existe más derecho que el expresado en la ley. La concepción normativista de la constitución la convierte a ésta en un complejo de normas legales sin considerar todo lo que está situado más allá de ellas, por que todo se desenvolvía con arreglo a normas generales y la constitución no era más que una parte de todo este complejo normativo.

El Estado de derecho era un Estado legislativo reafirmado a través del principio de legalidad.

“El principio de legalidad, en general, expresa la idea de la ley como acto normativo supremo e irresistible al que [...] no es oponible ningún derecho más fuerte, [...], ni la aplicación por parte de los jueces o la resistencia de los particulares, en nombre de un derecho más alto (el derecho natural o el derecho tradicional) o de derechos especiales (los privilegios locales o sociales).⁵¹

Durante todo el siglo XIX la ley por excelencia estaba representada en el código civil napoleónico⁵². El código es la obra que simbolizaba toda una época del derecho.

El Estado de derecho y el principio de legalidad suponían la reducción del derecho a la ley y la sumisión de las demás fuentes del derecho a la misma.

Así pues, las leyes al ocupar la posición más alta, no tenían por encima ninguna regla jurídica que sirviese para establecer límites, para poner orden. Pero no había necesidad de ello, “jurídicamente la ley podía todo, porque

⁵¹ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Editorial Trotta, pp. 24.

⁵² Código Civil Francés, uno de los más conocidos en todo el mundo, donde al asumir el Primer Consulado, Napoleón Bonaparte dentro del proceso de revolución Francesa tenía como meta unir todo el proceso jurídico francés, para termina con la estructura jurídica del antiguo régimen.

estaba materialmente vinculada a un contexto político social e ideal definido y homogéneo”.⁵³

El pluralismo de las fuerzas políticas y sociales, conducen a la heterogeneidad de las sociedades donde los intereses expresados en las leyes ya no son suficientes y surge el Estado Social de derecho donde, la ley ya no ocupa la cúspide (suponiendo la pirámide de Kelsen), sino la Constitución era la norma con mayor jerarquía dentro del ordenamiento jurídico (Artículo 272 Constitución ecuatoriana de 1998). Sin embargo, se le seguía atribuyendo a la ley la tarea típica de disciplinar los puntos de colisión entre intereses públicos e intereses particulares mediante la valoración respectiva del poder público y de los derechos particulares, de la autoridad y de la libertad, limitándose a identificar a la autoridad pública y a facultarla para actuar en pro del interés particular.

“la ley... ya no es la expresión pacífica de una sociedad política internamente coherente, sino que es manifestación e instrumento de competición y enfrentamiento social; no es el final, sino la continuación de un conflicto. ... es un acto personalizado (en el sentido de que proviene de grupos identificables de personas y está dirigido a otros grupos igualmente identificables) que persigue intereses particulares.”⁵⁴

La ley en suma ya no era garantía absoluta y última de estabilidad, sino que ella misma se convirtió en instrumento y causa de inestabilidad.

Así mismo, al transformarnos en un Estado Social de Mercado, la amplia contractualización de la ley, da el carácter cada vez más compromisorio del producto legislativo; las leyes son pactadas para conseguir un acuerdo político y social, todo es susceptible de transacción entre las partes, incluso los más altos valores, los derechos más intangibles al ser considerados como conceptos absolutos no pueden subsistir el uno junto al otro, entonces no se

⁵³ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Editorial Trota, pp. 31.

⁵⁴ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Editorial Trota, pp. 38.

toman en cuenta los valores fundamentales, sino lo que expresamente la ley “manda, prohíbe o permite”⁵⁵.

Hay tres reglas de valoración independientes entre sí para las normas jurídicas: “si es justa o injusta; si es válida o inválida y si es eficaz o ineficaz. Se trata de tres diferentes problemas: de la justicia, de la validez y de la eficacia de una norma jurídica.”⁵⁶

La justicia se refiere a si la norma jurídica tiene o no correlación con los valores superiores, lo cual se resuelve con un juicio de valor. La validez trata de la existencia de la regla, lo cual se resuelve mediante un juicio de existencia o de hecho, donde se distingue la autoridad que la promulgó, si no ha sido derogada y si es compatible con otras normas del sistema. La eficacia de una norma se asocia con el cumplimiento por parte de los destinatarios, y se relaciona también con las garantías para su acatamiento.

En el constitucionalismo a la justicia, validez y eficacia se las trata como un todo unido y ligado; para el positivismo jurídico la validez es la ratificación de la justicia. Entre los juristas positivistas se puede nombrar a Levi, Kelsen y Thomas Hobbes para quienes la validez es lo que constituye al derecho y los valores son subjetivos y referentes a la ética y no al derecho. Por ejemplo, pueden haber normas que no son justas pero son válidas, o que son justas y válidas pero no eficaces, y esto es justamente lo que el neo constitucionalismo procura evitar.

Para Manuel García Pelayo, el positivismo jurídico se despliega en las siguientes tesis:

- a. El jurista ha de atenerse a lo dado, lo dado es el derecho positivo, y el derecho positivo se agota en la Ley, es decir, en las normas emanadas del Estado.

⁵⁵Código Civil Ecuatoriano, Artículo 1: La Ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite.

⁵⁶Bobbio, Norberto, Teoría General del Derecho, Editorial Temis Segunda Edición, pp. 20.

- b. La ciencia jurídica tiene un carácter reproductivo; no discute ni justifica, sino, que para ella el Derecho positivo es dogma.
- c. La jurisprudencia se reduce a pura lógica, quedando excluida toda consideración de índole histórica, sociológica, ética.

De esta manera el Derecho Constitucional estaba centrado en la normatividad legal, donde la constitución aparece englobada en el concepto genérico de ley.

La ley es general, racional, precisa y ella contiene todas las singularidades que puede presentar la vida, sin dejar nada para la voluntad arbitraria (que es una de las principales críticas al nuevo estado ecuatoriano). Así, el derecho se agota en la ley, sin dar lugar a sus fuentes como la costumbre o jurisprudencia que solo actúan *sub lege*. Es decir, la aplicación de la ley se ve reducida a la aplicación que solo el legislador le da a la misma, como lo expresa el artículo 130 de la Constitución de la República del Ecuador de 1998:

El Congreso Nacional tendrá los siguientes deberes y atribuciones (...)

- 4. "Reformar la Constitución e interpretarla de manera generalmente obligatoria
- 5. Expedir, reformar y derogar las leyes e interpretaras con carácter generalmente obligatorio"⁵⁷

Las críticas a la concepción racionalista de la constitución, y por ende al positivismo jurídico, empezaron durante los siglos XIX y XX. Los acontecimientos de la vida diaria exigían ir más allá de una noción lógica, requerían la adhesión del historicismo, sociologismo y el existencialismo, cuya influencia y participación era nula para los positivistas clásicos.

La crisis del concepto de ley se da en primera instancia por la incapacidad del esquema legislativo clásico para determinar todas las situaciones posibles, ya

⁵⁷Constitución Política de la República de Ecuador 1998, artículo 130.

que como se expuso en el primer capítulo en sociedades pluralistas se necesita de un derecho dúctil, por la heterogeneidad de las condiciones que se presentan, y no solo basarse en proyectos legislativos que no se adaptan a algunas condiciones futuras desconocidas sin tomar en cuenta los valores y principios.

La falta de fe en la función estructuradora de la ley y, en general, del precepto jurídico; la realidad no es creada por la ley; no es ni siquiera organizada por ella, sino que la ley es la expresión de la realidad, pero no expresión única y total, sino simplemente uno de los elementos de la realidad [...] ⁵⁸

Ortega decía:

La pérdida de sentido para la ley... se advierte una antipatía [...] hacia la ley precisamente porque es ley. Se cree hoy [...], que la ley es la quinta rueda de un carro, algo inútil, superfluo, estorboso.

A pesar de ser una expresión exagerada y excedida con la que no coincido, porque jamás las leyes serán algo inútil, no se puede negar la crisis del principio legalista. En el Ecuador la crisis del derecho Constitucional clásico y del concepto racional se ve claramente ejemplificado por la sustitución de constituciones en tan poco tiempo, siendo un país pequeño es inconcebible que se haya tenido 20 constituciones. La explicación a este fenómeno radica en que las constituciones se convirtieron en un instrumento de servicio de determinados valores e intereses cuyos sujetos eran generalmente los partidos políticos, de modo que la legitimidad de una acción se medía no por su

⁵⁸ García Pelayo, Manuel, *Derecho Constitucional Comparado*, Alianza Editorial, 1999, pp. 75.

conformidad con el ordenamiento jurídico de un país sino por su adecuación a intereses representados por un partido.

2.3 El Derecho por principios.

El universo jurídico del derecho se ve ampliado desde 1945 gracias a la Carta de las Naciones Unidas y luego el 10 de Diciembre de 1948 con la Declaración de Derechos Humanos, fecha en la cual se empieza a dar especial atención a principios inherentes a los seres humanos antes olvidados, violentados y pasados por alto. Su predominio sin embargo, no empieza a destacar sino muchos años después a partir 1966 aproximadamente, donde ya se registran los derechos humanos internacionalmente, siendo parte fundamental dentro de la política exterior de los estados.

En el Ecuador las normas existentes se relacionan principalmente con la propiedad y la autonomía de la voluntad. La enseñanza en las universidades es positivista y civilista, se enseña a dar un correcto asesoramiento jurídico para empresarios e inversionistas, contando con un Código Civil que protege la propiedad, con una Superintendencia de Bancos o de compañías, que protege las inversiones en bancos y admite la creación de una nueva organización, respectivamente. Es decir, la cultura jurídica ecuatoriana ha guiado a las facultades de derecho a preparar abogadas y abogados con bastos conocimientos en asesoría jurídica a la empresa, en temas laborales, tributarios, civiles, de propiedad intelectual etc., considerando las clases de Derechos Humanos como optativas en el mejor de los casos; así mismo nuestra Constitución era considerada como una norma discrecional cuyos derechos no eran lo suficientemente importantes como para enseñarlos, o cuyos derechos eran importantes pero no eficaces.

Para poner un ejemplo menos especulativo; en una investigación realizada por la Universidad Andina Simón Bolívar (sede Quito) sobre la estructura de los jueces y sus competencias, se determinó que del 100 por ciento del tiempo que un juez civil dedica a resolver, 97 por ciento

tiene que ver con la aplicación del Código Civil y apenas un 3 por ciento sobre los derechos de las personas reconocidos en la Constitución. Del total de jueces de primera instancia, que son 678, sólo el 21 por ciento de ellos se dedica a la Constitución, de manera marginal y excepcional.⁵⁹

El estado principialista o de derechos trata de contrastar esta mala práctica del derecho, resaltando los derechos humanos como la fuente principal para la aplicación del derecho, ya que los derechos humanos representan en la actualidad la base de los sistemas políticos y jurídicos de los estados y para el Ecuador desde la vigencia de la Constitución de 2008. En el Ecuador, ya se evidencia un protagonismo de los derechos.

En términos generales la estructura de un estado constitucional de derechos, son los derechos fundamentales y su garantía. Para el neoconstitucionalismo el Estado en su conjunto tiene una función instrumental, es decir que debe estar al servicio de la satisfacción de estos derechos fundamentales, pretendiendo así cambiar al derecho y a la institucionalidad ecuatoriana, (estructura que se genera con el objeto de aplicar el derecho) por que la poca eficacia de los derechos no es falla de los derechos fundamentales sino del derecho en general.

Luigi Ferradoli define a los derechos fundamentales como:

todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por derechos subjetivos cualquier expectativa positiva o negativa adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por status la condición de un sujeto, prevista así mismo en una norma jurídica positiva....

⁵⁹Ávila Santamaría, Ramiro, *Retos de una nueva institucionalidad estatal*, en Neoconstitucionalismo y Sociedad, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, Ecuador, 2008, pp. 41.

Son considerados fundamentales aquellos derechos tutelados como universales y atribuidos mediante tres parámetros, “persona”, “ciudadano” y “capacidad de obrar”, como la libertad personal, la libertad de pensamiento, los derechos políticos, los derechos sociales, etc. En la antigüedad las desigualdades se expresaban por la negación de la naturaleza de persona a los esclavos, a las mujeres, a los judíos, etc.

Hoy en día, el Ecuador ha ampliado el sentido de estos tres parámetros al momento de atribuir derechos fundamentales mas allá de los seres humanos, por ejemplo, los derechos de la naturaleza (Capítulo VII Título II de la Constitución de 2008), y también al tomar a los derechos como colectivos, tal y como lo estipula el Artículo 10 de la Constitución “las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la constitución y en los instrumentos internacionales” o derechos de las comunidades capítulo cuarto del título II, de esta forma se rompen los esquemas de las constituciones tradicionales.

Hay dos grandes divisiones dentro de los derechos fundamentales: derechos de la personalidad y de ciudadanía y derechos primarios (o sustanciales) y secundarios (instrumentales o de autonomía). Uniendo las dos distinciones se obtienen cuatro clases de derechos según la Constitución Italiana: los derechos humanos que son los derechos primarios de las personas (como el derecho a la vida, a la integridad, la libertad de conciencia, expresión del pensamiento, derecho a la salud, a la educación); los derechos públicos que son derechos primarios reconocidos solo a los ciudadanos (derecho a circulación por el territorio Nacional, derecho al trabajo); los derechos civiles que son derechos secundarios titulados a quienes son capaces de obrar (la potestad de negociar, libertad contractual, libertad de empresa, derecho de accionar en juicio); los derechos políticos que son derechos secundarios reservados a los ciudadanos y en el Ecuador en la nueva Constitución se los llaman derechos de participación, y al ampliar el significado de ciudadanía, los extranjeros residentes en el Ecuador legalmente por al menos cinco años gozan también del derecho al voto, Artículo 63: “ ... las personas extranjeras residentes en el

Ecuador tienen derecho al voto siempre que hayan residido legalmente en el país al menos cinco años”⁶⁰

El modelo del Estado Constitucional de derecho es diferente, pues concibe a los derechos no como derechos del estado o para el estado, como lo expresaban Gerber o Jellinek, sino derechos hacia o contra el estado. La historia del constitucionalismo es la historia de la progresión de los derechos fundamentales, es decir que ya no solo se protegía como fundamental el derecho a la vida, sino que se extendieron a otros como los derechos políticos, con la progresiva ampliación del sufragio, civiles, sociales, hasta los nuevos derechos de la naturaleza, al medio ambiente, a la información (que hoy encontramos en la constitución actual); derechos que se han ido conquistando debido a las diferentes revoluciones y movimientos feministas, ecologistas, etc.

Hay que reconocer sin embargo, que la Constitución de 1998 fue la pionera en introducir principios vinculados con la justicia, elevando a rango constitucional el arbitraje y la mediación como mecanismos alternativos de solución de conflictos y reconociendo la justicia indígena⁶¹. Así mismo, el mejoramiento de las garantías del debido proceso incidió enormemente en la eficacia de la legislación. Fue importante también, la gratuidad de el acceso a la justicia en los casos penales, laborales, de alimentos y de menores (artículo 207 de la constitución) en comparación con la gratuidad de todos los ámbitos de la justicia que consagra la constitución vigente, que puede resultar en una ligereza por parte del actual gobierno, ya que podría desembocar en una falta de control, en un exceso de causas que tardarían más años aún en ser resueltas.

La estructura del estado constitucional de los derechos se funda en cuatro tesis de los derechos fundamentales que son:

⁶⁰Constitución Política de la República del Ecuador 2008. Artículo 63: Las ecuatorianas y ecuatorianos en el exterior tienen derecho a elegir a la Presidenta o Presidente y a la Vicepresidenta o Vicepresidente de la República, representante nacionales y de la circunscripción del exterior; y podrán ser elegidos para cualquier cargo. Las personas extranjeras residentes en el Ecuador tienen derecho al voto siempre que hayan residido legalmente en el país al menos cinco años.

⁶¹Constitución de la República del Ecuador, RO1: 11 -ago-1998, Artículos 197 – 207.

1. Se diferencia en cuanto a su estructura a los derechos fundamentales y a los derechos patrimoniales. Los primeros conciernen a todos los sujetos y se basan en la teoría *iusnaturalista* y contractualista y a los otros solo les competen a sus titulares y se basan en la tradición civilista y romanista. Esta diferencia ha permanecido oculta bajo el nombre de derechos subjetivos. La batalla del constitucionalismo es contra el *iusnaturalismo*, que tiene una concepción ideal del derecho, y contra el positivismo estricto, que tiene una concepción formal de derecho. El constitucionalismo puede ser considerado como un modelo ecléctico, en el que se ha recogido lo esencial tanto del positivismo como del *iusnaturalismo*. Cabe recalcar que un derecho fundamental tipificado en la Constitución es positivo, pero su interpretación es moral y principialista.
2. La segunda tesis considera a los derechos fundamentales como las expectativas e intereses de todos, y forman el fundamento de la igualdad jurídica. Es por eso que son considerados como la “dimensión sustancial de la democracia en oposición a la dimensión política o formal.”⁶². Esta dimensión, se refiere a las garantías que asegura el Estado de derecho.
3. La tercera tesis se refiere a la naturaleza supranacional de los derechos fundamentales, al estar vinculados y subordinados también en el plano del derecho internacional. Los derechos del ciudadano deberían ser derechos de personas con independencia de sus diversas ciudadanías. Thomas Marshall en su ensayo *Citizenship and Social Class*, identificó como derechos de ciudadanía a los derechos civiles, políticos y sociales. Lo que se contradice con las constituciones modernas y con la declaración universal de derechos de 1948, que confieren los derechos a las personas y no solo a los ciudadanos, y más aún en la actualidad donde existe la amenaza de la presión migratoria, que juntamente con los procesos de integración dará lugar a la definitiva desnacionalización de los derechos fundamentales.

⁶² Luigi Ferrajoli, *Derechos y Garantías. La ley del más débil*. Editorial Trota 2001. pp. 42

4. La cuarta tesis tiene que ver con la relación entre derechos y garantías. Los derechos fundamentales consisten en expectativas negativas o positivas, a las que corresponden obligaciones o prohibiciones. Ferrajoli llama garantías primarias a estas obligaciones y prohibiciones, y garantías secundarias a las obligaciones de reparar o sancionar judicialmente las violaciones a las garantías primarias. Además, menciona que la ausencia de las correspondientes garantías equivale a una inobservancia de los derechos positivamente estipulados, dando lugar a una laguna jurídica.

Cabe analizar los derechos fundamentales y los derechos de propiedad, a los que la tesis número uno diferencia, ya que como se mencionó en un inicio las facultades de derecho en el Ecuador (aunque lo correcto no es generalizar) subestiman los derechos sociales, etc. ante los de la propiedad.

Los derechos fundamentales son derechos universales que están reconocidos a todos los sujetos en igual forma y medida, es por eso que son inclusivos. Los derechos patrimoniales son singulares por que existe un titular determinado, y son exclusivos por que están en la base de la desigualdad jurídica. Ferrajoli claramente lo ejemplifica así: todos somos igualmente libres de manifestar nuestro pensamiento, pero cada uno de nosotros es propietario o acreedor de cosas diversas y en diversa medida.

Los derechos fundamentales son derechos indisponibles, inalienables, inviolables, intransigibles, personalísimos. En cambio, los derechos patrimoniales son derechos disponibles por su naturaleza, negociables y alienables. Éstos se acumulan, los fundamentales permanecen invariables. Ferrajoli dice: "No cabe ser jurídicamente más libres, mientras si es posible hacerse jurídicamente más ricos". Los derechos patrimoniales al tener un objeto o un bien patrimonial se pueden vender cambiar, adquirir, consumir permutar, arrendar. Las libertades al contrario, no se cambian ni se acumulan, por ejemplo, no se puede vender el derecho a la vida.

Los derechos fundamentales son indisponibles es decir que están desligados a las decisiones de la política y del mercado. Hay una indisponibilidad activa que

quiere decir que yo como titular no puedo vender mi derecho al voto por ejemplo, y una indisponibilidad pasiva que quiere decir que el Estado no puede limitar mis derechos.

Los derechos patrimoniales son singulares, en la medida en que pueden ser objeto de cambio en la esfera del mercado. Por ejemplo, según la Constitución ecuatoriana en el artículo 323 “Con el objeto de ejecutar planes de desarrollo social, manejo sustentable del ambiente y de bienestar colectivo, las instituciones del estado, por razones de utilidad pública o interés social y nacional, podrán declarar la expropiación de bienes...”⁶³

Otra diferencia, es la estructura jurídica de los derechos. Los derechos patrimoniales están destinados a ser constituidos, modificados, extinguidos por actos jurídicos. Los derechos fundamentales tienen su título inmediatamente en la ley, son *ex lege*, conferidos a través de leyes generales de rango habitualmente constitucional.

Mientras los derechos fundamentales son normas, los derechos patrimoniales son predispuestos por normas, como las normas del código civil, etc.

Como se puede evidenciar el estado Constitucional de derechos, el constitucionalismo, ha logrado tanto nacional como internacionalmente que el listado de los derechos fundamentales sean enormemente distinguidos y ampliados, reconociendo incluso los derechos sociales o derechos al agua o habitat como fundamentales y de cumplimiento inmediato.

Según Ramiro Ávila Santamaría, la teoría del derecho se ha replanteado desde tres perspectivas:

⁶³Constitución Política de la República del Ecuador 2008. Artículo 323 Con el objeto de ejecutar planes de desarrollo social, manejo sustentable del ambiente y de bienestar colectivo, las instituciones del estado, por razones de utilidad pública o interés social y nacional, podrán declarar la expropiación de bienes, previa justa valoración, indemnización y pago de conformidad con la ley. Se prohíbe toda forma de confiscación.

1. **Perspectiva Ideológica:** el positivismo eliminó la discusión sobre la justicia y los principios. En las constituciones encontramos un elemento formal, que establece las competencias de las autoridades y los procedimientos, y otro elemento material, que establece el objetivo del sistema político.
2. **Perspectiva Metodológica:** “el positivismo pretende ser una ciencia neutra, alejada de las ciencias sociales y de la política, ajeno a la moral y a la filosofía... El derecho se debe limitar a describir las normas válidas... Lo que en el positivismo constituiría la adhesión a principios morales...⁶⁴”. Para el constitucionalismo en cambio, los jueces y los legisladores tienen valoraciones morales al momento de aplicar el derecho.
3. **Perspectiva Teórica:** Existen tres perspectivas desde las que se puede analizar el derecho.
 1. La estructura de la norma, que para el positivismo era conformada por un supuesto de hecho, un deber ser, y una consecuencia; para el constitucionalismo estas normas se transforman en principios, los cuales eran considerados por Kelsen como imperfectas y no merecedoras de análisis jurídico.
 2. La teoría de las fuentes es diferente en el positivismo y constitucionalismo, el primero considera como la fuente principal de donde emanan derechos y obligaciones a la ley, sin embargo para el constitucionalismo existe una pluralidad de fuentes, como la ley, las decisiones tanto jurisprudenciales como constitucionales, donde todas las fuentes tienen la misma jerarquía y se aplicará la que más convenga para la protección

⁶⁴ Ávila Santamaría, Ramiro, *El principio de legalidad vs. El principio de proporcionalidad*, en el Principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional, Miguel Carbonell (Editor), Ecuador 2008, pp. 312.

de los derechos. Hay una constitucionalización de la totalidad de las fuentes del derecho.

3. La teoría de la interpretación, en el positivismo es mediante la subsunción, por el contrario en el constitucionalismo mediante la ponderación.

El test de Racionalidad o el esquema de Ponderación Constitucional es el siguiente:

La ley de Ponderación se formula según Robert Alexy de la siguiente manera:

“Cuando mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro”⁶⁵

1. Definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios.
2. Definir la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario.
3. Definir si la importancia de de la satisfacción del principio contrario justifica la restricción o la no satisfacción del otro.

La norma o medida es inconstitucional si no pasa por los tres pasos.

Los derechos humanos cruzan las tres perspectivas de la teoría del derecho.

Los derechos humanos se han configurado históricamente como un limitante del poder. El poder penal del estado es una de las maneras más usuales para intervenir en la vida y en el derecho de las personas. Sin lugar a dudas, el primer limitante al poder punitivo del estado, es el principio de legalidad, ya que como bien es sabido no se puede sancionar un hecho sin que el mismo se encuentre tipificado en una norma válida. Sin embargo, poco a poco los derechos se han ido multiplicando y cobrando importancia, su impacto dentro del derecho y el estado es enorme, y ahora el estado se legitima solo si cumple

⁶⁵ Alexy, Robert, *La formula de peso. El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Miguel Carbonell Editor, Ministerios de Justicia y derechos humanos, 2008. PP. 15.

con los objetivos que constan en los principios determinados en la parte dogmática.

Un ejemplo muy claro en el Ecuador del máximo desarrollo de los derechos humanos es aquel donde se obligó al estado a minimizar los ataques a los derechos humanos, en este caso el derecho a la libertad. En la presidencia de el Economista Rafael Correa, una de las primeras muestras de que la teoría del derecho se ha visto trasformada por el neo constitucionalismo es la Reforma al Código Penal específicamente el Artículo 607 numeral 1, donde el hurto ya no se considera un delito sino una contravención, por lo tanto ya no se debe denunciar ante la fiscalía sino ante las comisarias, así mismo el objeto motivo del hurto debe tener un precio máximo de 654 dólares y ya no es sancionado con prisión, ya que “el Gobierno ecuatoriano tiene la voluntad política de dotar a los derechos humanos de una dimensión preponderante, de manera que su promoción constituya un eje transversal en todas las políticas sociales y de desarrollo del país”⁶⁶

Esta decisión de la Asamblea Constituyente tiene su fundamento en la doctrina. Ferrajoli explica que el derecho penal es una garantía a los derechos con las que cuenta el estado, sin embargo con el cambio del estado Social a un estado constitucional, la constitución obliga al legislador a adecuarse a un programa penal que consta en su parte dogmática. Por un lado se debe promover el respeto a los derechos humanos y evitar su violación, y por otro se debe sancionar a quienes cometen delitos.

2.4 El derecho constitucional como sistema de garantías.

La garantía de los derechos fundamentales tiene su precedente en la Convención Americana de Derechos Humanos “Pacto de San José”, suscrito por el Ecuador, donde en su Artículo 1 habla sobre la obligación de Respetar los Derechos:

⁶⁶ Silva Portero, Carolina, *Las garantías de los derechos, ¿Inversión o reconstrucción?* En *Neoconstitucionalismo y Sociedad*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito Ecuador 2008, pp. 52.

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

Así mismo en el Artículo 2:

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.⁶⁷

Con este tratado el Ecuador tiene la obligación de cumplir con los derechos fundamentales y adecuar su normativa interna para su eficaz garantía.

Al invocar la palabra garantía generalmente se la relaciona con protección, tutela, defensa, amparo o patrocinio. Aunque en términos más específicos, existen diferentes perspectivas a las que hace relación la palabra garantía: Desde el contexto jurídico procesal figuran las garantías del debido proceso que se encuentran tanto en las Constitución como en el Código Procesal Civil y desde el contexto jurídico civil se disponen de garantías reales y personales, que constan en el Código Civil, como la prenda, etc.

Muchas veces tanto profesionales como estudiantes del derecho tienden a confundir la palabra garantía con la palabra derecho, sin embargo esto ocurre porque en la propia Constitución no se aclaraba su diferencia; así por ejemplo en la Constitución de 1998 en el Artículo 42 relativo a la educación se expresaba:

⁶⁷Convención Americana de Derechos Humanos “Pacto de San José” Artículo 1 y 2.

Artículo 42: El Estado *garantizará* el derecho a la salud, su promoción y protección, por medio del desarrollo de la seguridad alimentaria, la provisión de agua potable y saneamiento básico, el fomento de ambientes saludables en lo familiar, laboral y comunitario, y la posibilidad de acceso permanente e ininterrumpido a servicios de salud, conforme a los principios de equidad, universalidad, solidaridad, calidad y eficiencia.⁶⁸

El sistema de garantías debe asegurar que no se pierda el carácter de inalienable, irrenunciable, indivisible, interdependiente y de igual jerarquía de todos los derechos, características especificadas en el anterior título.

La obligación de garantizar es de naturaleza positiva ya que requiere que los Estados adopten medidas para satisfacer el derecho en cuestión. ¿Cuáles son las medidas que se tomaron en el Artículo 42 de la Constitución de 1998, para satisfacer el derecho a la salud? Ninguna, simplemente se realizó una descripción de derechos, haciéndolos pasar como garantías. Es por eso que la frase “el estado garantizará el derecho a...” es un enunciado impreciso.

Es fundamental entonces, separar la noción de derecho y de garantía. Ricardo Guastini expresa que una cosa es atribuir un derecho y otra muy distinta es garantizarlo.

La garantía de un derecho no puede ser establecida por la misma norma que lo confiere, solo puede ser establecida por otra norma (“secundaria”) que instituya mecanismos aptos para prevenir la violación de la primera, es decir, que prevea remedios para el caso de que la primera haya sido violada.⁶⁹

⁶⁸ Constitución de la República del Ecuador 1998. Artículo 42.

⁶⁹ Guastini, Ricardo, “La teoría General Del Garantismo” Editorial Trotta, Madrid, 2005, pp 220.

La teoría general del garantismo arranca de la idea de que del poder hay que esperar siempre un potencial abuso que es preciso neutralizar haciendo del derecho un sistema de límites y vínculos al poder para la tutela de los derechos.⁷⁰

Si no existiese la posibilidad de asegurar la eficacia de nuestros derechos a través de las garantías que plantea tácita y explícitamente la Constitución de Montecristi, esta perdería su esencia de constituyente, ya que no habría la resistencia (posibilidad de acceder a los órganos judiciales) frente a los poderes públicos y privados para hacerlos efectivos.

Guastini propone un fraccionamiento entre “verdaderos derechos” y “derechos sobre el papel”. Asume que verdaderos derechos son aquellos que satisfacen conjuntamente tres condiciones:

- a) son susceptibles de tutela jurisdiccional;
- b) pueden ser ejercidos o reivindicados frente a un sujeto determinado, y
- c) su contenido consiste en una obligación de conducta bien definida, al igual que el sujeto titular; y califica de derechos “sobre el papel” o “derechos ficticios”, a todos aquellos derechos que no satisfacen alguna de estas condiciones.

Mediante estos tres puntos, se condiciona la existencia de los derechos a la existencia de sus respectivas garantías.

Ferrajoli piensa que la falta de garantías o los “derechos de papel” no invalidan el derecho positivizado solamente crea lagunas, porque un derecho no se debe considerar garantizado por su simple estipulación en la Constitución aunque esta sea la Carta Fundamental. Para Ferrajoli

⁷⁰ Gascón Abellán, Marina, “La Teoría General del Garantismo: rasgos principales”, en Carbonell, Miguel y Salazar Pedro (editores). *Garantismo, estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Editorial Trotta, Madrid, 2005, p. 22.

las garantías no son otra cosa que las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre la normatividad y efectividad, y (...) para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional⁷¹.

La principal labor de la Constitución es lograr vincular a todas las instituciones del estado, a todos los poderes, a los jueces, legisladores, para que procuren la tutela a los derechos humanos; así al desempeñar en conjunto la misma función, con miras al mismo objetivo se conseguirá reducir la arbitrariedad y vincular el poder al derecho. Como se estipula en el Artículo 11 de la Constitución de 2008:

El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que mas favorezcan su efectiva vigencia” rebatiéndose mediante este estipulado una de las más duras críticas al neo constitucionalismo, el abuso en las decisiones de los jueces, la arbitrariedad y asegurando al mismo tiempo el máximo grado de efectividad de los derechos.

Los títulos segundo y tercero de la Constitución ecuatoriana del 2008 reúnen en 85 artículos, es decir en casi la quinta parte del total de la misma, los derechos y garantías.

La nueva Constitución incorpora garantías primarias, es decir, establece mandatos y habilita a los poderes públicos, tanto Legislativo como Ejecutivo, para la puesta en marcha de las políticas que deben generar las condiciones

⁷¹Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La Ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2001, p. 25.

jurídicas y materiales de realización de los derechos⁷², es decir que al habilitar a los todos los poderes para su efectividad, el texto constitucional va mas allá de una simple declaración de la existencia de los derechos, establece procedimientos y mecanismos idóneos para garantizar su cumplimiento.

A tales garantías, se dedican dos títulos: el sexto llamado “régimen de desarrollo” y el séptimo “régimen del buen vivir” (antes llamados derechos sociales y económicos), que comprenden un total de ciento cuarenta y ocho artículos. Artículo 275: “El régimen de desarrollo es el conjunto organizado, sostenible y dinámico de los sistemas económicos, políticos, socio –culturales y ambientales, que garantizarán la realización del buen vivir, del sumak Kawsay”

Artículo 277 “Para la consecución del buen vivir, serán deberes generales del Estado:

1. Garantizar los derechos a las personas, las colectividades, y la naturaleza”
2. Dirigir, planificar y regular el proceso de desarrollo,
3. Generar y ejecutar las políticas públicas, y controlar y sancionar su incumplimiento”...

Artículo 279: El sistema nacional descentralizado de planificación participativa organizará la planificación para el desarrollo. El sistema se conformará por un Consejo Nacional de Planificación, que integrará a los distintos niveles de gobierno, con participación ciudadana...

Artículo 314: El estado será responsable de la provisión de los servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, energía eléctrica

Artículo 315: El estado constituirá empresas públicas para la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos...

Los artículos que se han nombrado, sirven para darnos cuenta, que para cada artículo que estipula un derecho, hay otro que estipula una obligación por parte del estado para su efectivo cumplimiento. Por ejemplo, si el estado es

⁷²Aparicio, Marco, *Principios, derechos y garantías*”, en: Desafíos Constitucionales, Ministerio de Justicia y derechos Humanos, 2008, pp. 20.

responsable de la provisión de servicios públicos este mismo constituirá las empresas necesarias para hacerlo; aunque al nombrar al estado como único garante se da un centralismo que se debería evitar.

Así mismo la Constitución recoge un régimen de garantías secundarias o jurisdiccionales, tanto en el ámbito de la Función Judicial como mediante distintas vías de acceso a la Corte Constitucional.

Garantías jurídicas: La doctrina y la Constitución, las divide en jurisdiccionales y no jurisdiccionales.

- **No jurisdiccionales:**

Garantías normativas: estas corresponden al poder legislativo o a todo órgano con potestad normativa. Subordinar las leyes y demás normas jurídicas a los derechos humanos previstos en la Constitución, en los instrumentos y costumbre internacionales. Convención Americana de Derechos Humanos, la cual dispone que los Estados se comprometen a adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades.⁷³

Artículo 84: “La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal, y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. .. “

Artículo 85: “La formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos que garanticen los derechos reconocidos por la Constitución, se regularan de acuerdo con las siguientes disposiciones.

⁷³Convención americana de derechos humanos. Art. 1 y 25.

1. Las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos se orientaran a hacer efectivos el buen vivir y todos los derechos y se formularan a partir del principio de solidaridad
2. sin perjuicio de la prevalencia del interés general sobre el interés particular, cuando los efectos de la ejecución de las políticas públicas o prestación de bienes o servicios públicos vulneren o amenacen con vulnerar derechos constitucionales, la política o prestación deberá reformularse o se adoptaran medidas alternativas que concilien los derechos en conflicto.
3. El estado garantizará la distribución equitativa y solidaria del presupuesto para la ejecución de políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos.
.. “

Artículo 76: “En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurara el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, a momento de cometerse, no este tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicara una sanción no prevista por la Constitución o la ley...”

Para aquellos organismos del estado que tienen potestad normativa

Artículo 132: “La Asamblea Nacional aprobará como leyes las normas generales de interés común... “

Artículo 226: “Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley... “

Artículo 301: “Solo por iniciativa de la Función Ejecutiva y mediante ley sancionada por la Asamblea Nacional se podrá establecer, modificar, exonerar o extinguir impuestos. Solo por acto normativo de órgano competente se podrán establecer, modificar, exonerar y extinguir tasas y contribuciones. Las

tasas y contribuciones especiales se crearán y regularán de acuerdo con la ley.”

- Jurisdiccionales, pertenecen al poder judicial, en virtud de su potestad jurisdiccional, es decir que están en manos de los jueces quienes deben imponer las medidas de reparación ante las violaciones o amenazas de los derechos humanos: La Convención Americana de Derechos Humanos, declara que toda persona, sin discriminación alguna, tiene derecho a un recurso efectivo ante los jueces competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales.⁷⁴

Acción de protección, Habeas Corpus, Acción de acceso a la información, Habeas Data, Acción extraordinaria de protección, Acción de incumplimiento, Acción cautelar.

- **Acción de protección:** Tutela todos los derechos excepto aquellos que tienen su propia garantía, como el de la libertad para el cual está el habeas corpus y para el de intimidad el habeas data.

Artículo 88: “La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación”.

⁷⁴Convención Americana de Derechos Humanos. Art. 1 y 25.

El amparo constitucional tipificado en la constitución de 1998, fue sustituido por el amparo de protección de la nueva constitución. Ambas garantías jurisdiccionales contienen casi las mismas disposiciones. Sin embargo, el amparo constitucional en su Artículo 95 contiene los plazos y autoridades ante quien presentar y explica la audiencia pública que se debe llevar a cabo “El juez convocará de inmediato a las partes, para oír las en audiencia pública dentro de las veinticuatro horas subsiguientes...”

La acción de protección no contiene estas medidas debido a que en las disposiciones generales de todas las garantías de la constitución de 2008, explica la forma de presentar las acciones jurisdiccionales:

Artículo 86: “Las garantías jurisdiccionales se regirán en general por las siguientes disposiciones:

1. Cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer las acciones previstas en esta Constitución.

Es importante aclarar que este punto es un avance importante. Si se observa como está estipulado el artículo del amparo constitucional de la Constitución de 1998, nos daremos cuenta que se necesitaba ser representante legítimo de una comunidad, lo cual impidió que muchas personas inicien sus acciones por no tener documentación que acredite esta legitimación. Hoy solo se dice persona o grupo de personas para impedir esto.

2. Será competente la jueza o juez del lugar en el que se origina el acto o la omisión o donde se producen sus efectos ...
 - a. ... Será oral en todas sus fases e instancias.
 - b.
 - c. Podrán ser propuestas oralmente o por escrito, sin formalidades y sin necesidad de citar la norma infringida. No será indispensable el patrocinio de un abogado...

3. Presentada la acción, la jueza o juez convocará inmediatamente a una audiencia pública, y en cualquier momento del proceso podría convocar ordenar la practica pruebas y designar comisiones para recabarlas... La jueza o juez resolverá la causa mediante sentencia ...
4. ...
5. Todas las sentencias ejecutoriadas serán remitidas a la Corte Constitucional, para el desarrollo de su jurisprudencia.”

Estas disposiciones son para todas las acciones plasmadas en la Constitución de 2008.

Es importante recalcar que la acción de protección no aplica para actos administrativos generales ya que esto correspondería a la Corte Constitucional. Este error, se vio en la acción de protección, que el Dr. Jorge Zabala Egas propuso en contra del Servicio de Rentas Internas por la Declaración Patrimonial⁷⁵, tratando de defender justificadamente la intimidad económica como parte de la intimidad familiar y personal y que, en consecuencia, tanto el Reglamento a la Ley de Régimen Tributario Interno como las resoluciones impugnadas se exceden al exigir la declaración de bienes personales y familiares sin relación directa con alguna renta.

En este caso entonces, la controversia exige una ponderación judicial para establecer la constitucionalidad, es decir el respeto a la intimidad respecto a la responsabilidad constitucional de tributar y declarar.

La Carta Magna en su artículo 436 establece que la corte constitucional debe ejercer entre otras, la atribución consignada en el numeral 4 que dice: “ **la inconstitucionalidad** contra los actos administrativos, con efectos generales emitidos por toda autoridad pública. La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto administrativo”.

Las acciones de protección solo tienen efectos interpartes y no se publican en el Registro Oficial, razón por la cual la Constitución ha concedido a la Corte

⁷⁵El Comercio, Quito, Lunes 18 de Mayo de 2009. Cuaderno 2 pp. 18.

Constitucional la competencia exclusiva para decidir sobre la eventual inconstitucionalidad.

- **Acción extraordinaria de protección:** Los derechos humanos dentro de un procedimiento ordinario.

Artículo 94: "... procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se hay violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, y se interpondrá ante la Corte Constitucional. El recurso procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado"

- **Acción de incumplimiento:** Eficacia del sistema jurídico en su integridad.

Artículo 93: "... tendrá por objeto garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, así como el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos, cuando la norma o decisión cuyo cumplimiento se persigue contenga una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible. La acción se interpondrá ante la Corte Constitucional".

- **Acción Cautelar:** Amenaza de los derechos fundamentales.

Artículo 87 "Se podrán ordenar medidas cautelares conjunta o independientemente de las acciones constitucionales de protección de

derechos, con el objeto de evitar o hacer cesar la violación o amenaza de violación de un derecho”.

- **Acción de acceso a la información pública.**

Artículo 91: ... Tendrá por objeto garantizar el acceso a ella cuando ha sido denegada expresa o tácitamente, o cuando la que se ha proporcionado no sea completa o fidedigna. Podrá ser interpuesta incluso si la negativa se sustenta en el carácter secreto, reservado, confidencial o cualquier otra clasificación de la información. El carácter reservado de la información deberá ser declarado con anterioridad a la petición, por autoridad competente y de acuerdo con la ley”.

La constitución de 1998 del Ecuador, no incluía ninguna de estas garantías jurisdiccionales. Las garantías que constaban en su Constitución, dos de las cuales fueron tomadas en cuenta en la constitución actual, son:

- **Acción de Habeas Corpus:** se han instaurado algunos cambios importantes.

En la constitución de 1998 se hace referencia solo a una privación ilegal de la libertad “Toda persona que crea estar ilegalmente privada de su libertad, podrá acogerse al habeas corpus”⁷⁶, por el contrario en la constitución de 2008 se amplían las circunstancias al ser una privación ilegal, arbitraria e ilegítima,” La acción de habeas corpus tiene por objeto recuperar la libertad de quien se encuentre privado de ella de forma ilegal, arbitraria o ilegítima”⁷⁷

Así mismo otra diferencia importante es ante quien se debe proponer esta acción. En la constitución de 1998 se la propone ante “el alcalde bajo cuya

⁷⁶ Constitución de la República del Ecuador de 1998. Artículo 93.

⁷⁷ Constitución de la República del Ecuador de 2008. Artículo 89

jurisdicción se encuentre, o ante quien haga sus veces” y en la constitución de 2008 ante “la jueza o juez”

Los plazos estipulados en ambas constituciones son los mismos (24 horas).

- **Acción de Habeas Data:** La constitución de 1998 tanto como la de 2008 se refieren a las mismas cuestiones con pequeños cambios no sustanciales pero si haciendo referencia al mundo actual en el que vivimos. Por ejemplo la constitución de 2008 hace referencia a conocer y acceder a documentos, bancos, archivos de datos personales y de bienes y también a “datos genéticos” información que no estaba incluida en la anterior constitución.

Por último, el texto incorpora por medio de la Función de Transparencia y Control Social en el capítulo quinto del título IV que:

La función de transparencia y control social promoverá e impulsará el control de las entidades y organismos del sector público, y de las personas naturales o jurídicas del sector privado que presten servicios o desarrollen actividades..., para que los realicen con responsabilidad, transparencia y equidad...”

Además de las distintas formas de participación y de los derechos que en sí mismos implican formas de exigencia y de control ciudadano derechos de reunión y manifestación, de asociación, de expresión e información, etc., como:

- **Garantías Sociales** (mecanismos de presión, movilizaciones), políticas, jurídicas, tienen su base constitucional en la libertad de expresión, reunión, asociación.

Artículo 66: Se reconoce y garantiza a las personas:

6. El derecho a opinar y expresar su pensamiento libremente y en todas sus formas y manifestaciones.

13. El derecho a asociarse, reunirse y manifestarse en forma libre y voluntaria.

Artículos 95 y 96: participación ciudadana en democracia.

- **Garantías políticas:** Poder político contra el poder político.

Control de la Asamblea

Art. 120: La Asamblea Nacional tendrá las siguientes atribuciones, además de las que determine la ley:

9. Fiscalizar los actos de las funciones Ejecutiva, Electoral y de Transparencia y Control Social, y los otros órganos del poder público y requerir a las servidoras y servidores públicos las informaciones que considere necesarias.

Control de la acción de gobierno

Artículo 129: La asamblea nacional podrá proceder al enjuiciamiento político de la Presidenta o Presidente, o de la Vicepresidenta o vicepresidente de la República a solicitud de al menos una tercera parte de sus miembros...

Artículo 130: La Asamblea Nacional podrá destituir a la Presidenta o Presidente de la República...

Art. 131: La Asamblea nacional podrá proceder al enjuiciamiento político, a solicitud de al menos una cuarta parte de sus miembros y por incumplimiento de las funciones que les signan la Constitución y la ley, de las ministras o ministros de Estado, o de la máxima autoridad de la Procuraduría General del

estado... durante el ejercicio de su cargo y hasta un año después de haber terminado.

Control ejecutivo

Artículo 137: ... Aprobado el proyecto de ley, la Asamblea lo enviará a la Presidenta o Presidente de la República para que lo sancione u objete de forma fundamentada. ...

Artículo 148: La presidenta o Presidente de la República podrá disolver la Asamblea Nacional cuando, a su juicio, ésta se hubiera arrogado funciones que no le competen constitucionalmente, previo dictamen favorable de la Corte Constitucional; o si de forma reiterada e injustificada obstruye la ejecución del Plan Nacional de Desarrollo, o por grave crisis política y conmoción interna...

Todas estas garantías y controles especificados uno a uno en la Constitución de 2008, sirven para reconocer todos los derechos fundamentales de los ecuatorianos. Es larga y confusa su estipulación, es por eso que se hace necesario su análisis detenido y crítico.

Capítulo III

Vigencia Y Defensa Del Estado Constitucional

3.1 Introducción

La justicia constitucional es la autoconciencia que la Constitución posee de su propia eficacia y dinamismo. De su propia jerarquía y poder. Es uno de los medios más idóneos para garantizar el estado de derecho, para asegurar que la Carta Suprema sea aplicada y, por lo tanto, permanezca viva y sea vivida por todos.⁷⁸

La evolución histórica del estado que se describió en el primer capítulo de esta tesis, demostró que con la desaparición de las monarquías y la constante violación de los derechos humanos en el estado totalitario, se justifica la justicia constitucional, es decir, la creación de entes encargados de vigilar el acatamiento y la eficacia de la Constitución y sus derechos.

El antecedente que dio lugar al nacimiento del criterio de control constitucional (difuso y vía jurisprudencial), es el caso Marbury Vs. Madison, mediante la sentencia del Juez Marshall.⁷⁹

⁷⁸ López Freile, Ernesto, *Experiencias constitucionales en el Ecuador y el mundo*, Projusticia y CORIEM, Quito, Ecuador, 1998, pp. 63.

⁷⁹ El Caso Marbury contra Madison es un [proceso judicial](#) de la [Suprema Corte de los Estados Unidos](#), resuelto el [24 de febrero](#) de [1803](#). Se le considera el caso más importante de la [jurisprudencia estadounidense](#), por los principios que se establecieron. La [sentencia](#) afirma la capacidad de los tribunales de juzgar la conformidad de la [ley](#) con la [Constitución](#) y para incluso inaplicar aquellas que pudieran contravenir. Este principio estatuye los tribunales estadounidenses, y hace de ellos los primeros [tribunales constitucionales](#) de la historia. El caso surgió como resultado de una querrela política a raíz de las elecciones presidenciales de 1800, en las que Thomas Jefferson, derrotó al entonces presidente John Adams. En los últimos días del gobierno de Adams, el Congreso dominado por los federalistas, estableció una serie de cargos judiciales, entre ellos 42 jueces de paz para el Distrito de Columbia. El Senado confirmó los nombramientos, el presidente los firmó y el secretario de Estado estaba encargado de sellar y entregar las comisiones. El secretario de Estado saliente no entregó las comisiones a cuatro jueces de paz, entre los que se contaba William Marbury. El nuevo secretario de Estado del gobierno del presidente Jefferson, James Madison, se negó a entregar las comisiones porque el nuevo gobierno estaba irritado por la maniobra de los federalistas de tratar de asegurarse el control de la judicatura con el nombramiento de miembros de su partido. Marbury recurrió al Tribunal Supremo para que ordenara a Madison entregarle

En general, el sistema de control judicial, puede ser de tres tipos:

3. El sistema Austriaco o Europeo de control concentrado de constitucionalidad,
4. El sistema norteamericano de control difuso de constitucionalidad; y,
5. El sistema mixto de control, propio de algunos países de América Latina

TABLA 3.1

Sistema Europeo	Sistema Norteamericano	Sistema Latinoamericano
Concentrado	Difuso	Mixto
Se sustenta en la existencia de un órgano especializado encargado de salvaguardar la integridad de la constitución.	Se basa en la atribución de la competencia de controlar la constitucional de los actos del legislador y del ejecutivo a todos los jueces.	Se caracteriza por combinar elementos del control concentrado, como la atribución de competencia de ejercer control abstracto de constitucionalidad en manos de un órgano especializado, unido a la

su comisión. El presidente del Tribunal Supremo John Marshall resolvió este dilema al decidir que el Tribunal Supremo no estaba facultado para dirimir este caso. Marshall dictaminó que la Sección 13 de la Ley Judicial, que otorgaba al Tribunal estas facultades, era inconstitucional porque ampliaba la jurisdicción original del Tribunal de la jurisdicción definida por la Constitución misma. Al decidir no intervenir en este caso, el Tribunal Supremo aseguró su posición como árbitro final de la ley.

		atribución de competencias de control concreto de constitucionalidad en cabeza de los jueces ordinarios.
--	--	--

La filosofía política del Tribunal Constitucional⁸⁰

En el Ecuador el control constitucional es mixto. En la Constitución de 1998 se confundía a este tipo de control con el difuso; sin embargo, actualmente, debido a que los jueces ordinarios deben suspender la tramitación de una causa en caso de que haya indicios de inconstitucionalidad, el control recaería en la Corte Constitucional (procedimiento que se explicarán mas adelante). Por lo tanto, del control Constitucional estarían encargadas ambas entidades, convirtiéndose en un control mixto.

El Control constitucional ecuatoriano ha sido muy frágil. Existe un sistema de control constitucional desde 1945, sin embargo, éste no ha tenido la legitimidad e incidencia social necesarios, porque los ecuatorianos carecemos aún de cultura constitucional. Es por eso, que se da un rediseño constitucional y una transformación institucional completa, modificándose tanto la parte dogmática (que hace referencia a los derechos) como la parte orgánica (que define las estructuras) de la Constitución de 1998.

Como se ha evidenciado a lo largo del desarrollo de esta tesis, la actual Constitución presenta una visible e importante ampliación cuantitativa de los derechos, e incluso desarrolla nuevos y mejores mecanismos de exigibilidad y de garantías que no estaban precisados en la Constitución de 1998, logrando así que los actores sociales cuenten con mejores elementos para reclamar sus derechos de forma eficaz y célere.

No obstante, estos positivos mecanismos con los que finalmente contamos en la actual Constitución, deben ser exigidos de forma íntegra al Estado.

⁸⁰ Disponible en www:Corteconstitucional.com

“... el modelo de sociedad presente en la Constitución de Montecristi permite que los actores sociales tengan más posibilidades de reclamar derechos y exigir su cumplimiento, pero quien los otorga y los realiza es en lo fundamental el Estado”⁸¹

Esta lógica de “vigilancia y exigencia de cumplimiento” de los derechos únicamente por parte del Estado, pone en duda la eficacia de la vigente Constitución, al existir la posibilidad de un terrible retroceso en cuanto a mecanismos de gestión compartida con el Estado, que ya se estaba logrado en el pasado.

Según Julio Echeverría

... esta transformación privilegia la figura del estado como responsable de la realización de los derechos, y al hacerlo modifica el sentido que la Constitución tiene frente al proceso político; ésta abandona su función de estructura de protección de la sociedad frente al poder político, y pasa a convertirse en instrumento del poder político para la realización de los derechos.⁸²

La historia ha revelado que un Estado demasiado intervencionista, en un país con una estructura económica débil como el Ecuador, puede poner en riesgo la viabilidad de los objetivos constitucionales que se han propuesto, ya que para la plena efectividad de todas las metas constitucionales, se requiere de un funcionamiento efectivo de las condiciones económicas.

El modelo económico propuesto por el gobierno lamentablemente está insistiendo en restringir la capacidad competitiva y de crecimiento económico de los ecuatorianos. Los grandes y medianos empresarios cada día encuentran más trabas para continuar generando trabajo y ganancias. Por lo tanto, si la visión a largo o mediano plazo del gobierno, consiste en limitar el crecimiento

⁸¹Echeverría, Julio “El estado en la nueva Constitución” en La Nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones. Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Corporación Editora Nacional, 2009, pp. 14.

⁸²Echeverría, Julio “El estado en la nueva Constitución” en La Nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones. Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Corporación Editora Nacional, 2009, pp. 14.

económico de los ecuatorianos, con ideales de igualar la pobreza, éste será el principal percance para la plena realización de los derechos que la Constitución pretende garantizar.

No se puede efectivizar una Constitución que cuenta con una oferta grandísima de derechos, sino se tiene una economía estable para hacerlo. Mas aún si tomamos en cuenta que dentro de los ofrecimientos de la Constitución que todavía no se han cristalizado por completo, se tiene la gratuidad de servicios básicos, de la enseñanza superior, servicios de salud materna, atención médica y medicamentos gratuitos a las personas con discapacidad, etc. Derechos que son legítimos, pero que deben ir de la mano de una economía en desarrollo y no de una economía que se está viendo estancada y limitada.

Como advierte Simón Pachano, coordinador de Estudios Políticos de la FLACSO, sobre los derechos “No se requiere únicamente la presencia de una autoridad que los haga cumplir, también se requiere de determinadas condiciones estructurales.”⁸³

Por lo tanto, la economía ecuatoriana no es la única dificultad para el desarrollo del neo constitucionalismo, sino también que el cumplimiento de ciertos derechos dependen de la formulación de leyes secundarias, que obviamente tomará tiempo en aprobarlas.

3.2 El rol del legislador y del juez

La instauración o el perfeccionamiento de un nuevo tipo de estado: el Estado Constitucional de derechos y justicia, trae consigo muchas consecuencias, y una de ellas, es el nuevo rol que se está obligado a desempeñar el juez constitucional, con respecto a la caduca actuación del legislador o de los jueces ordinarios bajo la Constitución de 1998.

Con la Constitución de Montecristi “...se elimina el Estado legislativo por el establecimiento de una verdadera jurisdicción constitucional que garantice la

⁸³Diario el Comercio, lunes 28 de septiembre de 2009, Pág. 4.

normatividad de la Constitución y permita el ejercicio de los derechos; y la adopción de una nueva teoría del derecho que asuma la función crítica y no solamente descriptiva de lo jurídico.⁸⁴

Desde el punto de vista político, la consecuencia más importante del Neo constitucionalismo es el “desplazamiento del protagonismo del legislativo hacia el judicial”.⁸⁵

Durante la historia del Ecuador, el legislador fue concebido como el intérprete final de la Constitución. En la Constitución de 1835, el artículo 110 establecía: “Solo el Congreso podrá resolver las dudas que ocurran sobre la inteligencia de alguno, o algunos artículos de esta Constitución”⁸⁶ De una u otra forma, ésta idea con una redacción distinta, fue reiterada en las Constituciones posteriores, incluso en la de 1998, donde el legislador era el último intérprete de la Constitución.

Según el artículo 130 de la Constitución de 1998, son atribuciones y deberes del Congreso: “Reformar la Constitución e interpretarla de manera generalmente obligatoria” sin embargo, en el Artículo 120 de la actual Carta Magna, la Asamblea Nacional simplemente “participará en el proceso de reforma constitucional”, lo que significa que no solo se impide que interpreten la Constitución, sino que también se los limita a su sola “participación” dentro del proceso de reforma de la misma.

Con esta limitación de una de las funciones más importantes encargadas a la función legislativa, se marca la diferencia entre el estado legislativo y el estado constitucional, pues ahora como ROBERTO BLANCO, afirma las leyes no son

⁸⁴Pazmiño Freire, Patricio, “Prólogo”, en desafíos Constitucionales, la Constitución ecuatoriana del 2008, en perspectiva, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Tribunal Constitucional del Ecuador, 2008, pp. 11

⁸⁵Alarcón Peña, Pablo, La protección de los derechos sociales en la jurisprudencia constitucional ecuatoriana, en la protección judicial de los derechos sociales, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Tribunal Constitucional del Ecuador, 2008, pp. 639.

⁸⁶Grijalva, Agustín, “Interpretación Constitucional, Jurisdicción ordinaria y Corte Constitucional” en *La Nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*. Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Corporación Editora Nacional, 2009, pp. 269.

el resultado de lo estatuido por un Congreso sino cobran vigencia y efectividad cuando éstas son interpretadas por el poder judicial.

El derecho, en el estado legal de 1998, llegaba a depender de la configuración de un Parlamento, quien estaba obligado a respetar las formalidades normativas (legalidad) dejando de lado, la legitimidad de las leyes, la cual era asumida por su simple vigencia. Por lo tanto, con el objeto de dar a las leyes además de la validez formal, validez sustancial o material, se establece en la nueva Constitución una norma cuya finalidad es limitar y vincular la actuación del legislador y el contenido de las normas emitidas por él:

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

⁸⁷

De esta forma se garantiza la existencia de normas no solo legales, sino también legítimas, que no amenacen o violenten los derechos estatuidos en la Constitución o en los tratados internacionales, sino se adecuen a ellos. Esto se llama garantía normativa, y se encuentra establecida en la Constitución mediante la estipulación del artículo 84 mencionado anteriormente.

No obstante, se debe prever la manera de evitar la existencia de normas contradictorias dictadas entre dos órganos con potestad normativa. De modo general para evitar la contradicción en primer lugar debe cumplirse con lo estipulado en el artículo 424 de la Constitución, donde se afirma que: “La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener

⁸⁷Constitución de 2008, artículo 84.

conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica...” Por lo tanto, el acoplamiento de las leyes a la norma suprema evitará contradicciones entre los órganos con potestad normativa, al momento de dictar normas.

Otra forma de prevención prevista, es la aplicación directa de la Constitución. Según el artículo 426 de la Carta Magna “... Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales...”. De esta forma, ante cualquier contradicción deberá primero aplicarse las normas constitucionales, mismas que son de mayor jerarquía que cualquier otra ley, ordenanza, decreto o reglamento.

Como menciona el Artículo 82, del mismo cuerpo jurídico, “El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.”

Por otro lado, la Constitución también contempla en su artículo 76 numeral 5 que, “En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aún cuando su promulgación sea posterior a la infracción...”.

Sin embargo, de forma más específica la Secretaría Nacional de Planificación y desarrollo, en adelante SEMPLADES, creada en el 2004, da los lineamientos específicos a los que todo servidora y servidor público debe acogerse para evitar contradicciones.

La planificación del desarrollo es fundamental para el cambio, para organizar la función pública, rescatar su eficiencia y legitimidad y orientar la actividad privada hacia objetivos nacionales. Solo la coordinación integral entre instituciones del Estado, gobierno central y organismos seccionales, viabiliza la

redistribución de la riqueza que es indispensable para obtener una sociedad más justa, lo que se ha denominado el buen vivir...⁸⁸

De esta forma se cumple con uno de los ejes transversales de este nuevo modelo de estado: La supremacía de la Constitución.

Luigi Ferrajoli afirma:

... en el modelo constitucional garantista la validez ya no es un dogma asociado a la mera existencia formal de la ley, sino una cualidad contingente de la misma ligada a la coherencia de sus significados con la Constitución, coherencia más o menos opinable y siempre remitida a la valoración del juez (...) corresponde al juez (...) elegir los únicos significados válidos, o sea compatibles con las normas constitucionales sustanciales y con los derechos fundamentales establecidos por las mismas.⁸⁹

Esta argumentación de uno de los principales constitucionalistas italianos, lleva a deducir que se quiere dejar atrás la concepción de legalidad y el concepto de ley, el positivismo jurídico como la noción básica; por el contrario, éste propone que en el Estado Constitucional, los jueces deben ser los garantes de la complejidad estructural del derecho, es decir, los garantes de la necesaria y dúctil coexistencia entre ley, derechos y justicia.⁹⁰

Sin embargo, se ha puesto en duda la transparente e imparcial actuación de los jueces, pudiendo constituir uno de los principales avances o retrocesos de la nueva Constitución, con respecto a los legisladores, principales garantes de la Constitución de 1998.

⁸⁸ www.semplades.gov.ec

⁸⁹ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías: la ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2006, pp.26

⁹⁰ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho Dúctil Ley, derechos y Justicia*. Editorial Trotta, Madrid 2005. pp. 153

En Francia, el jurista PORTAILES, integrante de la comisión de redacción del Código Civil francés, al elaborar el Preámbulo, distingue entre “capacidades legislativas y capacidades judiciales,... los vacíos que dejemos los legisladores será subsanados con la experiencia judicial”⁹¹ es decir, que a los legisladores se les atribuía la ordenación jurídica, pero la tarea de complemento e integración del derecho les correspondía a los jueces.

La producción jurídica, estaba concentrada en una sola instancia constitucional, la legislativa, la cual “supone la reducción de todo lo que pertenece al mundo del derecho, esto es, los derechos y la justicia a lo dispuesto por la ley. {...} concebir la actividad de los juristas como un mero servicio a la ley, incluso como su simple exégesis, conduce a la pura y simple búsqueda de la voluntad del legislador”⁹² Muchas veces los jueces ordinarios⁹³, no han hecho valer la justicia por falta de aplicación de la Constitución, debido principalmente a que han preferido el uso de el código de la materia antes que la carta magna de los ecuatorianos.

A este cambio de paradigma, DWORKIN lo expresa claramente:

Aquel juzgador que responda al tenor literal de la ley corresponde a la categoría del juez mecánico, es decir aquel mal juez, rígido que aplica la ley sin importar que esto implique injusticia o ineficacia de la decisión, mientras que aquel que se sujete a la ley válida estaría actuando como el juez Hércules, es decir quien interpreta el derecho como un todo integral⁹⁴.

⁹¹Hidalgo Andrade, Gabriel, *Diferenciación de las normas que son objeto de control constitucional*, Revista Judicial Diario la Hora, Loja, página C1.

⁹² Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho Dúctil, Ley, derechos, justicia*, Editorial Trotta, Madrid, 2005. pp. 33.

⁹³En la actual constitución se hace una diferenciación entre juez ordinario y juez constitucional.

⁹⁴Dworkin Ronald, *El imperio de la Justicia*, Gedisa, Barcelona, 1992, pp. 173.

Este juez Hércules del que habla DWORKIN, que no solo se limita a aplicar la ley sino a interpretarla, encuentra su fundamento en el artículo 428 de la Constitución que manifiesta:

Cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución a la los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, resolverá sobre la constitucionalidad de la norma. Si Trascurrido el plazo previsto la corte no se pronuncia, el perjudicado podrá interponer la acción correspondiente.

Si la Corte resolviera luego de dicho plazo, la resolución no tendrá efecto retroactivo, pero quedará a salvo la acción extraordinaria de protección por parte de quien hubiere sido perjudicado por haber recibido un fallo o resolución contraria a la resolución de la Corte Constitucional. No se suspenderá la tramitación de la causa, si la norma jurídica impugnada por el juez o la jueza es resuelta en sentencia. Este principio le permite remitir consulta a la corte constitucional los casos de duda u oscuridad de ley, a fin de que en su pronunciamiento prevea la manera en que deberá procederse de acuerdo con la Constitución.⁹⁵

Con la tipificación de este artículo se cambia la idea de los jueces mecánicos, “Boca muda de la ley”, al estar obligados a no solo interpretar las normas sino también a evaluar su correspondencia con los principios constitucionales. De esta forma, aparece entonces un nuevo protagonista judicial: la corte constitucional, institución que será analizada posteriormente.

⁹⁵Arbitro Chica, Néstor, *Revista Novedades Jurídicas*, Ediciones Legales, Ecuador, 2009. Pp. 18.

En clara oposición a este control, CARL SCHMITT cuestiona la legitimidad democrática de los procedimientos establecidos para la defensa de la Constitución, sosteniendo que la jurisdicción no puede tener a su cargo el control de la constitucionalidad de las leyes, porque es un control centralizado que hace perder fuerza a la ley.

Ante todo, la justicia queda sujeta a la ley, pero por el hecho de situar a la ley constitucional por encima de la sujeción a la ley simple, el poder judicial no se convierte en protector de la Constitución. En un Estado que no es un mero Estado judicial, no es posible que la justicia ejerza semejantes funciones. Precisa, además, tener en cuenta que la observancia del principio de legalidad y, por añadidura, de legalidad constitucional, no constituye por sí misma una instancia especial. De lo contrario, cada organismo público, y, en fin de cuentas, cada ciudadano podría ser considerado como un eventual protector de la Constitución⁹⁶.

Este autor considera improcedente el atribuir la defensa de la Constitución a los tribunales, incluso excluye a la propia ciudadanía de este control, contradiciendo por completo la perspectiva del modelo constitucional.

La justicia constitucional, no conducirá a justificar la política, sino a politizar la justicia. Los tribunales encontrarían “la ocasión jurídica y el impulso jurídico para violarla”⁹⁷

Así mismo, otro doctrinario en contra del traslado de la elite legislativa a la judicial, es PRIETO SANCHÍS, quien, teme que exista una omnipotencia judicial o que el poder judicial se convierta en una elite inadmisibile.

⁹⁶Schmitt, Carl *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza, 1982.

⁹⁷ Schmitt, Carl *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza, 1982

A la luz de esta nueva concepción del derecho, es imprescindible que se despolitice al poder judicial, es por eso que según el Artículo 168: “Los órganos de la Función Judicial gozarán de independencia interna y externa.”

En la Constitución de 1998 ya se hablaba de independencia interna y externa, Art. 199, inciso 1: “independencia externa de los órganos de la Función Judicial”, inciso 2: “independencia interna y externa de los jueces”. Por lo tanto, por primera vez se reconoce independencia interna y externa a toda la función judicial en general.

Para evitar la temida omnipotencia del poder judicial, se requiere de independencia, la cual se refiere a la relación existente entre derecho y la política, independencia que busca que las personas que administran justicia, y particularmente los jueces, tomen decisiones sin temer a represalias de otros órganos o poderes.

Sin embargo, hay algunos aspectos relevantes que influyen en la decisión del juez. Por ejemplo, el factor temor que impone el sector público, en especial el Consejo de la Judicatura⁹⁸ quien es el organismo encargado de manejar los recursos humanos y “dirigen los procesos de selección de jueces, y demás servidores de la Función judicial, así como su evaluación, ascensos y sanción”⁹⁹. Es decir, los jueces pueden actuar por factores como temor (sanciones) o recompensa (ascensos), por parte del Consejo de la Judicatura.

Por otro lado, también existe influencia del sector privado en las sentencias dictadas por los jueces (empresas, poder fáctico mediático, económico, político, litigantes). Un ejemplo claro son los medios de comunicación.

Es lamentable que factores como los expuestos en líneas anteriores no se puedan evitar por completo. Una transformación judicial de un estado no solo depende de las leyes que se dicten, ni de la Constitución que se reforme, sino de las personas que desempeñen sus funciones. No se puede hacer una ley o

⁹⁸ Artículo 179 Constitución de la República “El consejo de la judicatura se integrará por nueve vocales (...) la designación de los vocales del Consejo de la judicatura y sus suplentes se realizará por acuerdo de méritos y oposición, con veeduría e impugnación ciudadana.

⁹⁹ Constitución Política de la República del Ecuador, artículo 181, numeral 3.

Constitución pensando que las instituciones serán ejercidas por funcionarios corruptos, pero si se puede disminuir el grado de discrecionalidad de las mismas. El artículo 181, numeral 3 establece que los procesos a los que esté obligado a desempeñar el Consejo de la Judicatura serán públicos y sus decisiones motivadas, eliminando de esta forma la posibilidad de actuar arbitrariamente.

“Las leyes por si solas no producen grandes transformaciones y, a la larga, pueden constituir en nuevos motivos de frustración. Si los jueces y las juezas, los y las fiscales, los defensores y las defensoras no se comprometen con el cambio, si es que no asumen sus responsabilidades y pretenden buscar los caminos para burlar la ley, si los abogados y las abogadas igualmente no renuncian a utilizar el proceso desviadamente, como un medio de obtener beneficios a como de lugar, si las facultades de derecho, jurisprudencia y ciencias jurídicas no asumen el deber de dar los futuros abogados una formación integral a fin de que se haga realidad el mandato constitucional de garantizar la ética laica como sustento del que hacer publico y del ordenamiento jurídico, si las organizaciones profesionales, (sean estos colegios, clubes, academias, etc., no asumen el papel que les corresponde como medios para la superación material y moral de sus miembros y defensa auténtica de sus legítimos derechos e intereses, si estas organizaciones privadas pretenden seguir desempeñando funciones públicas que no les corresponden, no se habrá logrado nada y el COFJ y la propia constitución no pasaran de ser ilusiones frustradas en una nueva “primavera de Praga.”¹⁰⁰

Según el artículo 11 numeral 9 de la Constitución, el estado debe ejercer el derecho de repetición, cuando sea responsable por error judicial, retardo injustificado, inadecuada administración de justicia, violaciones al debido proceso, etc.

¹⁰⁰Andrade Ubidia, Santiago, *Reforma judicial y administración de justicia en el Ecaudor de 2008*, en La transformación de la justicia, serie Justicia y Derechos Humanos, Neo constitucionalismo y sociedad, Santiago Andrade Ubidia y Luis Fernando Torres editores, Ministerio de Justicia y derechos Humanos, Quito, 2009, pp. 5

El Código Orgánico de la Función judicial establece prohibiciones para las juezas y jueces, como el de manifestar de manera anticipada su criterio en la causa que estuvieren juzgando, o debieren juzgar, retardar injustificadamente los asuntos sometidos a su competencia, recibir a una de las partes sin notificar a la otra.

En el constitucionalismo histórico comparado, la independencia era entendida como una “garantía individual de que eran titulares los jueces en el ejercicio de sus funciones”.¹⁰¹

Una nueva solución que da la Constitución para evitar cualquier abuso, es la instauración del principio de independencia, vinculado con el principio de responsabilidad. Según el artículo 168 de la Constitución “la administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios:

4. Los órganos de la función judicial gozarán de independencia interna y externa. Toda violación a este principio conllevará responsabilidad administrativa¹⁰², civil¹⁰³, penal.^{104, 105}

El artículo 173 de la Carta Magna también vincula el principio de independencia al de responsabilidad al establecer que “los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en el vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función judicial.

¹⁰¹Montaña Pinto, Juan, *La función Judicial y la Justicia indígena en la nueva Constitución ecuatoriana*, en Desafíos Constitucionales, la Constitución de 2008 en perspectiva, Serie Justicia y Derechos Humanos, Ramiro Ávila Santamaría, Agustín Grijalva Jiménez, Rubén Martínez editores, Quito, Ecuador, 2008, pp. 198.

¹⁰²Consejo de la Judicatura, facultad sancionadora.

¹⁰³Jueces pueden causar un daño antijurídico, deberán repararlo de acuerdo con las reglas civiles extracontractuales.

¹⁰⁴Código Penal ecuatoriano, regula delitos contra la administración pública, algunos específicos contra la actividad judicial.

¹⁰⁵Constitución Política de la República del Ecuador, Artículo 168.

De la misma forma, según lo establece el artículo 431 "... responderán por los demás actos u omisiones que cometan en ejercicio de sus funciones. Sin perjuicio de la responsabilidad civil, en caso de responsabilidad penal únicamente serán acusados por la Fiscalía o el Fiscal general de la Nación y juzgados por el pleno de la Corte Nacional de Justicia...".¹⁰⁶ Sin embargo, no responden ante los órganos políticos que los nombran ni pueden ser removidos ni reelegidos por ellos, e incluso duran períodos más extensos que los mismos, porque lo que se busca es que la Corte sea independiente¹⁰⁷.

Además de la independencia, el artículo 168 mencionado anteriormente, también hace referencia a otros principios como:

1. La Función Judicial gozará de **autonomía** administrativa, económica y financiera.
2. En virtud de la **unidad jurisdiccional**, ninguna autoridad de las demás funciones del Estado podrá desempeñar funciones de administración de justicia ordinaria, sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la constitución.
3. El acceso a la administración de justicia será gratuito (**gratuidad**). La ley establecerá el régimen de costas procesales.
4. En todas sus etapas, los juicios y sus decisiones serán públicos (**publicidad**), salvo los casos expresamente señalados por la ley.
5. La sustentación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral (**oralidad**), de

¹⁰⁶Constitución Política del Ecuador, artículo 431.

¹⁰⁷Grijalva Jiménez, Agustín, *Perspectivas y desafíos de la Corte Constitucional*, en Desafíos Constitucionales, la Constitución del 2008 en Perspectiva, Serie Justicia y Derechos Humanos, Ramiro Ávila Santamaría, Agustín Grijalva Jiménez y Rubén Martínez editores, Quito, Ecuador, 2008, pp.258.

acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo. (las negrillas son mías)

Así mismo el artículo 172 de La Constitución adhiere otros principios para garantizar el buen accionar de la Función Judicial en general, como el principio de debida diligencia en los procesos de administración de justicia "... las juezas y jueces serán responsable por el perjuicio que se cause a las partes por retardo, negligencia, denegación de justicia o quebrantamiento de la ley"¹⁰⁸

El Artículo 11 numeral 5 de la Constitución vigente en contra de la arbitrariedad de los jueces dispone que: "En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que mas favorezcan su efectiva vigencia"¹⁰⁹

De esta forma, haciendo una interpretación íntegra de la Constitución, y tratando de ver la intención del legislador se entiende que se trata de no dejar que los jueces actúen de forma arbitraria.

Siguiendo con las teorías de algunos doctrinarios respecto al nuevo rol de los jueces, KELSEN, para contradecir los criterios del positivista Schmitt, expone:

...es falsa por que presupone que el proceso de ejercicio del poder se remata en el proceso legislativo. No se ve, o no se quiere ver, que el ejercicio del poder encuentra su muy esencial continuidad e incluso hasta su efectiva iniciación en la jurisdicción, no menos que en la otra rama del ejecutivo, que es la Administración. Todo conflicto jurídico es,

¹⁰⁸Constitución Política del Ecuador 2008. Artículo 172 La juezas y jueces administrarán justicia con sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derecho humanos y a la ley. Las servidoras y servidores judiciales, que incluyen a juezas y jueces y los otros operadores de justicia, aplicarán el principio de la debida diligencia en los procesos de administración de justicia. La juezas y jueces serán responsables por el perjuicio que se cause a las partes por retardo, negligencia, denegación de justicia o quebrantamiento de la ley.

¹⁰⁹Constitución Política del Ecuador 2008. Artículo 11 numeral 5.

por cierto, un conflicto de intereses, es decir, un conflicto de poder; toda disputa jurídica es consecuentemente una controversia política, y todo conflicto que sea caracterizado como conflicto político o de intereses o de poder puede ser resuelto como controversia jurídica.¹¹⁰

Se teme también a la creación de un derecho que se encuentre ligado al poder; sin embargo, la doctrina explica que, no se debe concebir erróneamente la denominación del juez, en especial de los jueces constitucionales como actores políticos, pues el término político, se refiere a la posibilidad del juez de ser actor por sí mismo, de ejercer poder estatal, de aplicar normativa jurídica, o la Constitución que son expresiones de procesos políticos.

En este sentido, el juez constitucional afirma su propio poder político mediante un rol activo y creativo {...} en la interpretación constitucional, y en particular en la defensa de derechos fundamentales. Al juez constitucional le resulta imposible, para cumplir su función, mantenerse en el plano de mera aplicación silogística de la norma, puesto que esta norma y en particular los derechos, son siempre amplios, abiertos a la definición de contenidos. El juez Constitucional debe entonces esforzarse por hallar las interpretaciones que mejor le sirvan a la mejor defensa de los derechos fundamentales.¹¹¹

Por último, también cabe recalcar lo que ya se había explicado en el Capítulo I. Los jueces bajo este nuevo paradigma, deben dar a sus sentencias una carga argumentativa que no solo se base en premisas y una conclusión como se solía hacer en el pasado.

Finalmente, se debe enfrentar con la idea que cuando el derecho se estanca y no evoluciona, se entorpece no solo a los individuos facultados para su práctica y control; también se convierte en un obstáculo para la sociedad, haciéndose necesario entonces, cambiar las reglas caducas del juego de forma inmediata;

¹¹⁰ Kelsen, H, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, pp. 20.

¹¹¹ Grijalva, Agustín, *Independencia, acceso y eficiencia de la Justicia Constitucional en Ecuador*, Tribunal Constitucional del Ecuador, pp. 54.

el cambio más drástico como se pudo evidenciar, es el papel de los jueces y legisladores dentro de este nuevo modelo.

3.3 El Tribunal Constitucional

“El Tribunal Constitucional habría de proteger precisamente ese sistema de los derechos que posibilita la autonomía privada y pública de los ciudadanos.”¹¹²

De la misma forma como se trató la evolución del estado en el primer Capítulo, ahora, se describirá el proceso de formación de la justicia constitucional, hasta llegar a la actual Corte Constitucional.

En el año de 1945, luego del gobierno de Arroyo del Río, como una forma de impedir que continúen las violaciones que se dieron durante este gobierno, se crea el primer Tribunal de Garantías Constitucionales del país, sin embargo, en el año de 1946, el Presidente de la República Velasco Ibarra, con el objeto de prescindir del Tribunal, por haber declarado la inconstitucionalidad de algunos de sus actos, mediante la instalación de una asamblea constituyente, la elimina.

Luego, por mandato Constitucional, el 20 de Junio de 1978, se dictó la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales.

En 1992, el Tribunal de Garantías, como estaba constituido, sufre algunas reformas, una de ellas fue que la Sala Constitucional, toma el papel que antes tenía el congreso, y se convierte en un organismo de control del Tribunal de Garantías Constitucionales, con la idea de que, “si el congreso es el autor de las leyes, es bastante difícil creer que el congreso iba a declarar la inconstitucionalidad de las leyes que había aprobado...”¹¹³

En 1993, la Corte Suprema de Justicia, expidió el Estatuto Transitorio de Control Constitucional, donde se dispuso que, “las declaraciones de principios contenidas en la Constitución no otorgan por si solas fundamento para queja o

¹¹²Habernas, J, *Facticidad y Validez*, Editorial Trotta, Madrid, 1998.

¹¹³López Freile, Ernesto, *Experiencias constitucionales en el Ecuador y el mundo*, PROJUSTICIA, CORIEM, Quito, Ecuador, 1998, pp. 66.

demanda de amparo”. Es difícil creer que, apenas hace 16 años, los principios que regían la vida de los ecuatorianos, por mandato, no eran protegidos.

Además, también se expidió que, “se requiere para deducirlas, que los derechos y libertades en ellas consignados abstractamente estén regulados y protegidos por una ley”, evidenciándose el legalismo en el que el Ecuador estaba inmerso, y justificándose así la evolución o involución de la justicia ecuatoriana.

Finalmente, en 1998, con las reformas, se crea el Tribunal Constitucional como consta en el artículo 275 de la Constitución de 1998¹¹⁴. En cuanto al control, el Tribunal se encargaba de¹¹⁵:

1. Resolver las demandas de inconstitucionalidad, por el fondo o la forma, de leyes, decretos, ordenanzas, y suspender sus efectos total o parcialmente.
2. Resolver sobre la inconstitucionalidad de los actos administrativos de toda autoridad pública, lo cual conlleva la revocatoria del acto.
3. Resolver sobre la denegación a los recursos de habeas corpus, habeas data y el amparo.
4. Resolver las objeciones de inconstitucionalidad hechas por el Presidente de la República durante el proceso de formulación de leyes.
5. Dictaminar convenios internacionales de conformidad con la Constitución.
6. Resolver conflictos de competencia asignadas por la Constitución.

¹¹⁴Capítulo II Del Tribunal Constitucional, Artículo 275.- El Tribunal Constitucional, con jurisdicción nacional, tendrá su sede en Quito. Lo integrarán nueve vocales, quienes tendrán sus respectivos suplentes. Desempeñarán sus funciones durante cuatro años y podrán ser reelegidos. La ley orgánica determinará las normas para su organización y funcionamiento, y los procedimientos para su actuación. Los vocales del Tribunal Constitucional deberán reunir los mismos requisitos que los exigidos para los ministros de la Corte Suprema de Justicia, y estarán sujetos a las mismas prohibiciones. No serán responsables por los votos que emitan y por las opiniones que formulen en el ejercicio de su cargo...

¹¹⁵Constitución Política de la República del Ecuador 1998, Artículo 276.

Así mismo, se dispone que “las providencias de la Función Judicial no serán susceptibles de control por parte del Tribunal Constitucional.”¹¹⁶

¿Qué diferencia al Tribunal Constitucional de la actual Corte Constitucional, solo es un cambio de etiqueta?

3.5 La Corte Constitucional

[...] El neo constitucionalismo pretende, entonces, perfeccionar al Estado de derecho, sometiendo todo poder (legislador y ejecutivo incluidos) a la Constitución y apelando a la Constitucionalidad y no a la legalidad; vale decir que coloca a la jurisdicción constitucional como garante y última instancia de cualquier materia jurídica a evaluar y decidir vicisitudes de una nueva realidad política, económica y social.¹¹⁷ (El subrayado es mío)

Los principios de supremacía constitucional, y aplicación directa e inmediata de la Carta Fundamental, pilares angulares del neo constitucionalismo, resultan ser la labor que deberá efectuar la Corte Constitucional. Así mismo, como lo establece el artículo 429 de la Constitución vigente, la labor primordial de la Corte Constitucional en reemplazo a la función que ejercía anteriormente el Congreso, es la de interpretación: “La Corte Constitucional¹¹⁸, es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia...”¹¹⁹ constituyendo la instauración de esta institución, uno de los avances históricos más importantes dentro del nuevo paradigma jurídico ecuatoriano.

¹¹⁶ Constitución Política de la República del Ecuador 1998, Artículo 276.

¹¹⁷ Pazmiño Freire, Patricio “Prólogo”, en *Desafíos Constitucionales, La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Tribunal Constitucional del Ecuador, 2008, p. 11.

¹¹⁸ Cabe recalcar que la iniciativa del modelo de la Corte Constitucional no surge originariamente del Gobierno del Presidente Correa, sino de la Comisión de Juristas del CONESUP que preparó el proyecto de Constitución, entonces su origen antes de político, es académico y técnico.

¹¹⁹ Constitución Política de la República del Ecuador. Artículo 429.

La interpretación de las normas constitucionales como lo expresa el artículo 427 de la Constitución deberá ser: "... por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional"¹²⁰, pero sobre todo una Corte Constitucional deberá buscar la legitimidad de sus decisiones, y como Robert ALEXY sostiene, esta legitimidad depende de la capacidad de argumentar su interpretación de la Constitución, y apelar a las opciones y valores de los ciudadanos.¹²¹

En respuesta a la pregunta que se formuló en párrafos anteriores, esta es la primera diferencia entre ambas instituciones. La Corte Constitucional a diferencia del caduco Tribunal Constitucional tiene como principal atribución la interpretación constitucional.

Otra de las diferencias es la designación de las autoridades. La historia del Ecuador, ha sido la encargada de revelar que el derecho y la política, no pueden aislarse. Sin embargo, esta relación para que no raye en autarquía necesita de límites. En la Constitución de 1998, el Tribunal Constitucional, según el artículo 275 sería designado por el Congreso Nacional conforme a ternas enviadas por el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia, el Congreso, los Alcaldes y Prefectos provinciales, las centrales de trabajadores y las organizaciones indígenas y campesinas y las cámaras de producción. En la Constitución vigente, la designación de la Corte Constitucional, será a través de "concurso público, con veeduría y posibilidad de impugnación ciudadana. Como lo señala el artículo 434 de la Constitución:

¹²⁰ Las formas de interpretación constitucional son: Gramatical, que se refiere a la interpretación literal de la norma constitucional, Sistemática, que busca una interpretación armónica de toda la constitución (lograr encajar los artículos), Teleológica, que busca la finalidad de la constitución interpretando de una manera amplia, y la Histórica que busca cual es el motivo o la intención que tuvo el legislador al dictar esa norma.

¹²¹ Roberto Alexy, *Teoría del Discurso y derechos Constitucionales*, México, Distribuciones Fontamara, 2005.

Los miembros de la Corte Constitucional se designarán por comisión calificadora que estará integrada por dos personas nombradas por cada una de las funciones, Legislativa, Ejecutiva, y de Transparencia y Control Social. La selección de los miembros se realizará de entre las candidaturas presentadas por las funciones anteriores, a través de un proceso de concurso público, con veeduría y posibilidad de impugnación ciudadana

La posibilidad de impugnación ciudadana, tiene su fundamento en el Art. 61 de la Constitución, donde se establecen los derechos de participación de los que gozan las ecuatorianas y los ecuatorianos, entre ellos el de participar en los asuntos de interés público y el Art. 95 de la Constitución que también consagra el derecho de participación y prevé que las ciudadanas y los ciudadanos, en forma individual o colectiva, participen de manera protagónica en la toma de decisiones, planificación y gestión de los asuntos públicos, y en el control popular de las instituciones del Estado y la sociedad y de sus representantes, en un proceso permanente de construcción del poder ciudadano.

Es por eso que mediante el Art. 207 de la Constitución se crea el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social como un organismo desconcentrado para promover e incentivar el ejercicio de los derechos relativos a la participación ciudadana, impulsar y establecer mecanismos de control social en los asuntos de interés público.

Este Consejo mediante la organización de comisiones ciudadanas de selección elegirá mediante concurso de oposición y méritos al Defensor del Pueblo, Defensor Público, Fiscal General del estado, Contralor General de Estado, miembros del Consejo Nacional Electoral, Tribunal Contencioso Electoral, Consejo de la judicatura, etc, excepto para la designación de las autoridades que provienen de ternas presentadas por el Presidente de la República¹²², que serán elegidos directamente por el Consejo de Participación Ciudadana y

¹²²El Presidente de la República elegirá mediante terna a las dignidades de Superintendentes, y Procurador General del Estado.

Control Social.¹²³, por lo que mediante este artículo, se pone en duda el derecho a la impugnación y veeduría, derecho que no se aplica a todas las dignidades a elegirse.

Se da una disputa entre legitimidad directa y legitimidad indirecta. Es decir, por ejemplo la Asamblea Constituyente, tiene como característica la legitimidad directa ya que la misma es elegida por el pueblo directamente, por el contrario la Corte Constitucional en teoría es de legitimidad indirecta ya que es elegida por el procedimiento que se explicó en párrafos anteriores.

Siguiendo con la noción de independencia analizada para controlar el rol de los jueces, en la Corte Constitucional esta variable sigue siendo el punto primordial para la efectividad de la Constitución. La independencia, se refiere, a la relación de la “rama judicial con el ejecutivo o el legislativo, aunque también los grupos de poder político y económico que pueden ejercer presiones indebidas sobre los jueces”¹²⁴

Una Corte Constitucional, es más independiente, cuando puede establecer su interpretación jurídica de la Constitución, incluso contra la posición de otras funciones del Estado. Esta independencia es de vital importancia sobre todo porque no construirán sus decisiones arbitrariamente o bajo la presión política

¹²³ Ley Orgánica del Consejo de Participación ciudadana, título V de las comisiones ciudadanas de selección. Capítulo I, artículo 55: El Consejo de Participación Ciudadana y Control Social para cumplir sus funciones de designación, organizará comisiones ciudadanas de selección que estarán encargadas de realizar el concurso público de oposición y méritos, con postulación, veeduría y derecho a la impugnación ciudadana para la designación de las siguientes autoridades: Defensor del Pueblo, Defensor Público, Fiscal General del Estado, Contralor General del Estado y miembros del Consejo Nacional Electoral, Tribunal Contencioso Electoral, Consejo de la Judicatura, y las demás necesarias para designar a las y los miembros de otros cuerpos colegiados de las entidades del Estado de conformidad con la Constitución y la ley. Todas las designaciones tanto de autoridades como de representantes ciudadanos que se deleguen al Consejo de Participación Ciudadana y Control Social se harán a través de los procesos de selección por medio de las comisiones ciudadanas que deberán conformarse para el efecto, excepto para designar a las autoridades que provienen de ternas presentadas por la Presidenta o Presidente de la República. El desarrollo de los procesos de veeduría e impugnación ciudadana para la designación del Procurador General del Estado y de las o los Superintendentes, de las ternas enviadas por la Presidenta o Presidente de la República, serán efectuados directamente por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social.

¹²⁴ Grijalva, Agustín, *Independencia, acceso y eficiencia de la Justicia Constitucional en Ecuador*, Tribunal Constitucional del Ecuador, pp. 52.

sino en base y con los límites que les imponen el derecho, la constitución, la lógica, la jurisprudencia, y la prudencia jurídica. Entonces, el principal limitante del Juez, es la interpretación constitucional, que con la Constitución vigente, es de obligatorio cumplimiento.

La atribución de interpretación antes le correspondía al Congreso, según el Artículo 284 de la Constitución de 1998. “En caso de duda sobre el alcance de las normas contenidas en esta constitución el Congreso Nacional podrá interpretarlas de modo generalmente obligatorio”¹²⁵. Este cambio en el ente encargado de la interpretación, evita que la misma institución sea juez y parte.

Cabe señalar que la forma como el Congreso Nacional estaba conformado, varía respecto de la composición de la vigente Asamblea Nacional. Se conserva a los llamados asambleístas provinciales, (dos por provincia y uno más por cada doscientos mil habitantes o fracción que supere los ciento cincuenta mil), pero se incorpora, quince asambleístas elegidos por circunscripción nacional y un número de asambleístas, que la ley determinará, que podrán ser elegidos por circunscripción regional, distrital metropolitana y del exterior.¹²⁶ Esta nueva conformación pretende que se pueda proporcionar representación adecuada a todo el territorio, incluso a los migrantes.

Sin embargo, de forma negativa puede conducir, a un número muy alto de integrantes del legislativo, contradiciendo la voluntad del pueblo de reducir el número de miembros del congreso.¹²⁷

Por lo tanto, las diferencias entre esta nueva institución y el Tribunal Constitucional, no solo radican en el cambio de nombre, sino en su control, interpretación constitucional y administración de justicia constitucional; la Corte Constitucional, expedirá sentencias de constitucionalidad y su jurisprudencia será vinculante respecto de las acciones de protección, cumplimiento, hábeas

¹²⁵ Constitución Política de la República del Ecuador 1998. Artículo 284.

¹²⁶ Viciano Pastor, Roberto, *La Función legislativa en la nueva Constitución del Ecuador*, en Desafíos Constitucionales, la Constitución de 2008 en perspectiva, Serie Justicia y Derechos Humanos, Ramiro Ávila Santamaría, Agustín Grijalva Jiménez, Rubén Martínez editores, Quito, Ecuador, 2008, pp. 162.

¹²⁷ Encuestas en el pasado afirmaban que los ecuatorianos atribuían al Congreso Nacional los actos de corrupción que se daban en los Gobiernos, exigiendo por parte del mismo su reducción o desaparición.

corpus, hábeas data, acceso a la información pública y otros procesos constitucionales. Es decir, que se tendrá una interpretación uniforme de la constitución generando con ello, mayor seguridad jurídica y participación ciudadana, además de lograr que se tome a la jurisprudencia como una fuente importante del derecho.

Para la realización de esta jurisprudencia la Corte Constitucional debe instalar una sala de selección y revisión. Los criterios que deben tomar en cuenta son¹²⁸:

1. Las argumentaciones esenciales de las sentencias, el *ratio decidend*¹²⁹; Además ahora que se cambió la idea de las sentencias típicas estimatorias (no determinan la forma, el modo, efectos, o el tiempo en el que deberá cumplirse un fallo) por las sentencias atípicas modulatorias, estas argumentaciones esenciales serán fáciles de reconocer.
2. Los encargados de la sala de selección y revisión deberán reunir las sentencias de las acciones que se han interpuesto ante las Cortes Provinciales en mayor cantidad. Por lo tanto, otro de los criterios para establecer jurisprudencia vinculante será la materia a la que se refieren las sentencias.
3. Por último, aunque no generan precedente, las argumentaciones accesorias, *obiter dicta*, también serán tomadas en cuenta.

Se espera que, este cambio transforme la política judicial que se ha manejado. El siguiente cuadro muestra la intervención del Congreso en el ex Tribunal Constitucional, demostrando que algunas veces “los tribunales Constitucionales ni han sido independientes ni imparciales, ni han actuado en puridad jurídica. Sus resoluciones, en los casos más trascendentales del país, han sido

¹²⁸La información sobre los criterios fue proporcionada por el Doctor Pablo Alarcón, Corte Constitucional.

¹²⁹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencias C-131/93 y C-037/96, (...) define a la *ratio decidendi* como la formulación más general, más allá de las particularidades irrelevantes del caso, del principio, regla o razón general que constituyen la base de la decisión judicial específica. Citada en Pablo Alarcón, La protección de los derechos sociales en la Jurisprudencia ecuatoriana, en Protección Judicial de los derechos sociales, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, pp. 628

políticas, atendiendo a los intereses en juego y a la correlación de las fuerzas políticas”¹³⁰

TABLA 3.2

AÑO	ANTECEDENTES	TIPO DE ACCION
1997	Destitución del Presidente de la República, Abdalá Bucaram, (6 de Febrero)	Destitución del TC.
1999	TC juzga constitucionalidad de Ley para las finanzas Publicas	Congreso destituye al TC
2001	Inconstitucionalidad de aumento del Impuesto al Valor Agregado	Presidente Gustavo Noboa planta reemplazo del TC por sala constitucional en la Corte Suprema
2004	Reorganización de la Corte Suprema y del Tribunal Supremo Electoral por parte del Congreso (24 Nov.)	Congreso destituye al TC (Noviembre- Diciembre) Congreso designa nuevos vocales (25 de Nov.)
2005	Congreso nombra nuevo TC	Nueva mayoría Legislativa deja sin efecto nueva designación de TC. Tc queda inactivo por meses.

¹³⁰ Carlos Castro Riera, *Valoración Jurídico Política de la Constitución del 2008*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2007, pp. 115.

2007	TC restituye a 50 diputados destituidos por el Tribunal Supremo Electoral	Destitución del TC (24 de Abril)
------	---	-----------------------------------

Elaboración: Agustín Grijalva y Luis Ávila

Fuentes: Ramiro Ávila, *Justicia Constitucional y Derechos Humanos en Foro 4*, Quito. Corporación Editora Nacional, 2005.

Otra de las funciones fundamentales que desempeña la nueva Corte Constitucional es la que establece el numeral 3 del artículo 436 "...podrá declarar, de oficio, la "inconstitucionalidad de normas conexas en los casos sometidos a su conocimiento", evitando así las leyes abusivas o en contra de la Constitución y sus derechos y garantías.

Esta atribución, encuentra sustento en el Derecho Comparado, así por ejemplo el artículo 78 del Código Procesal Constitucional del Perú establece una facultad similar cuando establece: "La sentencia que declare la ilegalidad o inconstitucionalidad de la norma impugnada declarará igualmente la de aquella otra a la que debe extenderse por conexión o consecuencia".¹³¹

3.4 Restitución Integral.

Una de las diferencias sustanciales entre la Corte Constitucional y El Tribunal Constitucional radica en su control. La Constitución de 1998 establece que el juez, "de existir fundamento, ordenará la suspensión de cualquier acto que pueda traducirse en violación de un derecho". Suspensión significa dejar provisionalmente sin efecto un acto. Por esta palabra, el Tribunal Constitucional llegó a limitarse calificándose como "legislador negativo".¹³² Con las

¹³¹Grijalva Jiménez, Agustín *Perspectivas y desafíos de la Corte Constitucional*, en *Desafíos Constitucionales, la Constitución de 2008 en perspectiva*, Serie Justicia y Derechos Humanos, Ramiro Ávila Santamaría, Agustín Grijalva Jiménez, Rubén Martínez editores, Quito, Ecuador, 2008, pp. 263.

¹³²Ramiro Ávila Santamaría, *Las garantías: herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos*, en *Desafíos Constitucionales, la Constitución del 2008 en perspectiva*, Serie Justicia y Derechos Humanos, Ramiro Ávila Santamaría, Agustín Grijalva Jiménez, Rubén Martínez editores, Quito, Ecuador, 2008, pp. 104.

suspensiones de actos, propios de una medida cautelar no se ha solucionado real e integralmente una violación de derechos.

En cambio, en la Constitución del 2008, el resultado de una acción de protección, es la declaración de la violación de un derecho, la reparación integral material e inmaterial, con especificación en la sentencia de las personas obligadas, de las acciones positivas y negativas y las circunstancias en que deba cumplirse la sentencia (Art. 86). Abismal diferencia con la Constitución de 1998.

La reparación integral ha tenido un desarrollo considerable en el Derecho internacional de los derechos humanos. El principio que regía la reparación integral era la “restitutio in integris”: volver a las personas o pueblos al momento anterior de la violación de los derechos¹³³.

La Constitución del 2008 establece algo que, “los procesos judiciales solo finalizarán con la ejecución integral de la sentencia o resolución”.

En otras palabras, la causa no termina con la expedición de la sentencia sino hasta que se haya cumplido todos los actos conducentes a la reparación integral. La sentencia no es el último paso sino uno más. Lo que importa es la persona, no el expediente.¹³⁴

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ejemplo, no archiva las causas con la expedición de la sentencia sino hasta que el Estado certifique que ha cumplido a cabalidad una sentencia. La sentencia tampoco debe inhibir al juez a emitir autos posteriores que faciliten la ejecución de una sentencia.

¹³³Ávila Santamaría, Ramiro, *Las garantías: herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos*, en *Desafíos Constitucionales, la Constitución del 2008 en perspectiva*, Serie Justicia y Derechos Humanos, Ramiro Ávila Santamaría, Agustín Grijalva Jiménez, Rubén Martínez editores, Quito, Ecuador, 2008, pp. 104 y 105.

¹³⁴Ávila Santamaría, Ramiro *Las garantías: herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos*, en *Desafíos Constitucionales, la Constitución del 2008 en perspectiva*, Serie Justicia y Derechos Humanos, Ramiro Ávila Santamaría, Agustín Grijalva Jiménez, Rubén Martínez editores, Quito, Ecuador, 2008, pp. 106.

Según la sentencia del 30 de junio de 2009 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela¹³⁵, en la cual se trata la decisión de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, organismo que decretó la nulidad del acto de destitución por considerar que no estuvo ajustado a derecho, pero, sin embargo, no ordenó la restitución del derecho de la presunta víctima, es decir la recuperación de su cargo, ni el pago de los salarios y beneficios sociales dejados de percibir. Por tales razones, la Comisión alegó que el recurso de nulidad no proporcionó a la señora Reverón Trujillo un recurso judicial efectivo capaz de remediar, en forma integral, la violación a sus derechos.

Es por eso que al someter el presente caso ante la Corte Interamericana, según el párrafo 61 de la sentencia, se debe analizar si en este caso la reincorporación al cargo de la señora era la reparación justa para remediar su situación.

De acuerdo al considerando X concerniente a las reparaciones, es un principio del Derecho Internacional que toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente. La Corte basándose en el artículo 63.1 de la Convención Americana el cual dispone que, cuando hubo violación de un derecho o libertad protegidos, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá así mismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

Por lo tanto en su parte resolutive, la Corte no solo declara que en este caso el Estado debe reincorporar a la señora Reverón Trujillo a un cargo similar al que desempeñaba, con la misma remuneración, beneficios sociales y rango, si no que también, la Corte le da a el Estado de Venezuela un plazo de seis meses a

¹³⁵ La demanda se relaciona con la supuesta destitución arbitraria de María Cristina Reverón Trujillo del cargo judicial que ocupaba, ocurrida el 6 de febrero de 2002.

partir de la notificación con la sentencia para darle un eficaz cumplimiento a esta decisión.

Así mismo, es interesante como se prevén alternativas para efectivizar la reparación integral de los derechos vulnerados, por ejemplo en la misma sentencia que se está analizando, en caso de que el Estado de Venezuela no pudiese reincorporar al Poder Judicial a la víctima, en el plazo de seis meses deberá indemnizarla, poniendo para esta indemnización también un plazo.

Por otro lado, en esta sentencia se puede evidenciar otro tipo de reparación para que ésta sea integral. La Corte ha sostenido que además del daño material el daño inmaterial resulta evidente, pues es propio de la naturaleza humana que toda persona que padece una violación a sus derechos humanos experimente un sufrimiento. Ahora bien, dicho sufrimiento no necesariamente debe ser reparado con dinero. Dependiendo del caso en concreto una adecuada reparación puede llegar a ser únicamente la emisión de la Sentencia Condenatoria al Estado por parte de esta Corte.

Según la doctrina "... la justicia constitucional incorpora los siguientes tipos de justicia i) la reconciliativa o reconstructiva, repara las ofensas, se basa en la admisión de la culpa; busca el reconocimiento de la ofensa cometida, el perdón y, por tanto, la paz; ii) justicia restauradora, un ejemplo de ésta nos proporcionan las "comisiones de justicia y verdad", implica el reconocimiento y admisión de la culpa."¹³⁶

Por ejemplo en la resolución No. 1103-2007-RA,¹³⁷ no se da lugar a la acción de protección propuesta por los accionantes ya que según el Tribunal, se puede advertir con mediana claridad que el Fondo de Salvamento del Patrimonio Cultural FONSAL, ni autoridad alguna del Municipio Metropolitano de Quito, ha emitido acto u omisión ilegítimos que vulnere o pueda vulnerar

¹³⁶Zagrebel'sky, G; Carlo María Martín, La exigencia de la justicia, Madrid, Trotta, I, Edc. 2006, pp. 36.

¹³⁷los accionantes son jefes de diez familias de escasos recursos que habitan un predio de 14 años, en calidad de inquilinos, un inmueble ubicado en el barrio la Ronda, que pretende ser desalojado por autoridades de la Administración Central del Municipio de Quito, y las empresas FONDAL Y QUITOVIVIENDA, con del fin de readecuarlo como parte del plan de rehabilitación y rescate de ese sector. Los accionantes sostienen que a ellos no se les ha ofrecido una alternativa para su reubicación, solo una comunicación en la que se advierte a los inquilinos a buscar una alternativa de vivienda.

derecho o garantía constitucional de los recurrentes en los términos del artículo 95 de la Constitución, ya que no existe un proceso de desalojo. Y que de la escritura de compraventa que se desprende (no inscrita aún) el nuevo propietario del inmueble por ley (ley de inquilinato) puede solicitar el desahucio de los inquilinos que habitan el referido inmueble.

Sin embargo, el Tribunal al estar basado en el principio de legalidad, no tomó en cuenta que al haber existido una amenaza, (según los accionantes fueron objeto de insistencias sistemáticas y repetidas para que desalojen el bien) dicha actuación debía haber configurado como una vulneración al derecho a una vivienda adecuada, y por consiguiente al principio de dignidad humana. Ya que una simple comunicación en materia legal no constituye un documento habilitante para que se efectúe un desalojo, constituyendo un acto arbitrario. Por lo tanto, el Tribunal Constitucional mediante el recurso de amparo interpuesto, debió haber reparado las vulneraciones a la dignidad humana y a una vivienda digna.

“Para alcanzar una auténtica justicia material, esencia del neo constitucionalismo, el juez constitucional, una vez acreditada la situación emocional y psicológica de cada uno de los inquilinos que habitan el inmueble, y las afectaciones que se pudieron generar a partir de las amenazas sistemáticas, deberá adoptar toda cuanta medida sea necesaria para reconstruir su dignidad humana y restablecer las condiciones para que su derecho al goce de una vivienda adecuada no vuelva a ser objeto de interferencias. Entre ellas pueden concebirse; a) disculpas públicas en los diarios de mayor circulación del país b) rehabilitación psicológica; c) aceptación y reconocimiento de la culpa por parte del estado; d) garantías de que el hecho no volverá a suceder”.¹³⁸

¹³⁸Alarcón Peña, Pablo, *Protección de los derechos sociales en la jurisprudencia constitucional ecuatoriana*, en la Protección judicial de los derechos sociales, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, pp. 671.

La adopción de las medidas de reparación inmaterial depende de la creatividad del juez, sin embargo estas deberán guardar relación y proporcionalidad con los perjuicios morales y psicológicos ocasionados por los derechos que han sido vulnerados.

Otro ejemplo de esta reparación inmaterial, es “en el punto resolutivo 18 [de la Sentencia] la Corte ordena brindar gratuitamente y de forma inmediata el tratamiento psicológico y psiquiátrico a las víctimas,¹³⁹

Además de la reparación material e inmaterial, para lograr una reparación integral que se está analizando, según el artículo 65 de la Convención Americana¹⁴⁰, la Corte debe supervisar el cumplimiento íntegro de las sentencias, y el caso se dará por concluido una vez que ha haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en los fallos.

El caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua sobre el cumplimiento de la sentencia de fondo, reparaciones y costas, dictada por la corte el 31 de agosto de 2001, el estado debía adoptar en su derecho interno medidas legislativas y administrativas para la delimitación de las propiedades indígenas, para lo cual el estado de Nicaragua debía rendir a la Corte Interamericana cada seis meses a partir de la notificación de la sentencia un informe sobre las medidas tomadas, también debía supervisar dicho cumplimiento y dar por concluido el caso una vez que el estado haya dado cabal aplicación a lo dispuesto en la sentencia.¹⁴¹

El análisis de estas sentencias permite que se fundamente y se entienda de manera clara el alcance que tiene la formulación de la restitución integral dentro de la Constitución ecuatoriana de 2008.

¹³⁹Corte Interamericana de derechos humanos, Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia. Sentencia de 7 de julio de 2009, interpretación de la sentencia de fondo, reparaciones y costas.

¹⁴⁰Artículo 65: La Corte someterá a la consideración de la Asamblea General de la Organización en cada período ordinario de sesiones un informe sobre su labor en el año anterior. De manera especial y con las recomendaciones pertinentes, señalará los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos.

¹⁴¹Caso comunidad mayagna (sumo) awas tingni vs Nicaragua 31 de agosto de 2001. sentencia de fondo, reparaciones y costas

En materia de control constitucional y en cuanto a garantías constitucionales, el juez está en la obligación de modular sus sentencias. De manera general en acciones de control constitucional los efectos son *erga omnes*, mientras que en garantías *inter partes*.

La clasificación de los efectos de las sentencias en materia de garantías pueden ser las siguientes:¹⁴²

1. **Efectos inter partes:** es decir, que vinculan, fundamentalmente a las partes del proceso.
2. **Efectos inter pares:** una sentencia de esta naturaleza supone que la regla que ella define debe aplicarse en el futuro, a todos los casos similares.
3. **Efectos inter comnis:** efectos que alcanzan y benefician a terceros que no habiendo sido parte del proceso, comparten circunstancias comunes con los peticionarios de la acción.
4. **Estado de cosas inconstitucionales:** por la cual la adopción de políticas o programas que benefician a personas que no interpusieron la acción de tutela.

a. Poder Punitivo

Enfocaremos el análisis a los cambios previstos dentro del poder punitivo. El dilema en el que se encuentran los legisladores es el de garantizar los derechos humanos de las personas afectadas dentro de un proceso penal, tratando de no restringir los derechos de los procesados. El nuevo papel de los jueces deberá verse basado en algunos principios básicos explicados por Ramiro Ávila Santamaría.

1. **El principio de proporcionalidad:** Que se refiere a que el daño que se produce por la imposición de una pena no puede ser mayor al daño

¹⁴²Alarcón Peña, Pablo *Protección de los derechos sociales en la jurisprudencia constitucional ecuatoriana*, en la Protección judicial de los derechos sociales, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, pp. 668.

producido por la infracción. (véase capítulo 2, ejemplo hurto) Es decir que las penas no pueden ser desproporcionadas con el daño causado.

2. **El principio de necesidad:** Solo en caso de que los valores jurídicos más relevantes no encuentren satisfacción en normas o principios menos lesivos, estos bienes jurídicos deberán ser protegidos penalmente. En caso de que se pueda conseguir la reparación del daño sin privar de la libertad a la persona.
3. **El principio de igualdad:** Las infracciones deberán estar inspiradas en la igualdad de raza, etnia, género, condición económica o social.
4. **El principio de lesividad:** los tipos penales deben prever situaciones en las que el bien jurídico protegido pueda sufrir un daño concreto y verificable. Es decir, solo caben los tipos penales que lesionen un derecho humano en el que pueda verificar al titular y se pueda cuantificar el daño concreto. (orden público, bien común,)
5. **El principio de excepcionalidad:** El derecho penal debe ser utilizado de modo excepcional, cuando no hayan otros mecanismos para lograr los fines propuestos por el sistema penal.
6. **El principio de subsidiaridad:** Debe preferirse la constitucional a la ordinaria cuando se trata de derechos humanos, la civil a la constitucional cuando se trata de litigios que tengan que ver con procedimientos determinados.
7. **El principio de legalidad:** Pretende garantizar la seguridad jurídica haciéndole conocer con anterioridad que conductas estas prohibidas. Sin embargo, se ha que tener presente que la constitución es la que determina los fines y el derecho penal es el camino o medio para cumplir con estos fines. El derecho penal no puede vulnerar los fines, los límites y la configuración constitucional.

Como resultado de la supremacía de la constitución los derechos fundamentales se expanden y forman parte de la misma línea jerárquica, es decir, se protegen los derechos por igual, ya que todos son fundamentales para

el buen vivir de los habitantes que es el objetivo principal de la nueva Constitución ecuatoriana del 2008.

Para cumplir con esta meta, hubo que hacer cambios radicales dentro del área jurídica ecuatoriana, empezando por la más difícil, la ley de la función judicial.

Al cambiar el entorno sobre el que giraba la constitución, la misma normativa judicial ya no podía seguir funcionando en el Ecuador. En el código de la función judicial anterior, se daba poco peso político y social a los jueces debido a que tampoco se les daba en la constitución. Principios como el de la administración de justicia y el desarrollo de los derechos internacionales y constitucionales tampoco tenían gran relevancia.

3.4 Omisión legislativa.

Es importante recalcar la distinción entre, competencia legislativa y judicial para comprender de donde proviene el control constitucional. “El juez aplica las leyes, obedece a las instrucciones del legislador. El legislador emprendería un viaje a ciegas, si no tomara en cuenta cómo las nuevas leyes se integran en el conjunto de premisas de decisión de los tribunales”¹⁴³.

Sin embargo, de la misma manera, que el legislador debe producir normas imaginando como serán trabajados e interpretados por los tribunales, el juez debe intentar reconocer cuál fue la voluntad del legislador al tipificar la norma que quiere aplicar, es por eso que al desarrollar los métodos de interpretación se toma en cuenta que se “respeta la voluntad del constituyente.”¹⁴⁴, es decir, se debe investigar la voluntad del constituyente, para no distorsionar el sentido y objetivo de la norma constitucional.

MONROY CABRA, señala que la interpretación Constitucional ofrece unas características especiales que son:

¹⁴³ Luhmann, Niklas, *El derecho de la sociedad*, Universidad Iberoamericana, México, 2002, pp. 364.

¹⁴⁴ Constitución Política de la República del Ecuador, Artículo 427.

- a) Las normas constitucionales son en general esquemáticas, abstractas, indeterminadas y elásticas y se adecuan más a los principios que a las reglas.
- b. La misión de la jurisdicción constitucional no es tanto buscar la respuesta correcta en un caso determinado sino mas bien la de indicar qué interpretaciones resultan intolerables...
- c. El interprete constitucional no busca la decisión de un caso, sino la delimitación de un campo de licitud dentro del cual otros operadores jurídicos adoptarán la solución con arreglo a criterios políticos o jurídicos; ...
- d. La fuerza jurídica de la interpretación constitucional sobre todo el ordenamiento jurídico la hace diferente de la interpretación que realiza un juez ordinario....¹⁴⁵

De esa lectura e interpretación integral y global de la Constitución “Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad...”¹⁴⁶, es evidente su fuerte componente de justicia social como un objetivo de la acción del Estado.

Como mencionamos en el capítulo 2, la vigilancia y garantía de vigencia de los Principios constitucionales no se reduce a su exigibilidad a través de los Recursos jurisdiccionales, sino también las otras señaladas en el Título II de la Carta Magna que son: La Garantía Normativa, las políticas públicas, servicios Públicos y participación ciudadana y finalmente las garantías jurisdiccionales.

¹⁴⁷

El juez, tiene como límite para la interpretación de las normas constitucionales (para evitar la arbitrariedad en sus decisiones), que las mismas “se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos”¹⁴⁸, dando como resultado que los jueces, enfrentan la doble

¹⁴⁵ Monroy Cabra, *La interpretación Constitucional*, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 2002, pp13 y siguientes.

¹⁴⁶ Constitución Política de la República del Ecuador, Artículo 427.

¹⁴⁷ Entre las que se encuentran: la acción de protección, acción de habeas corpus, acción de acceso a la información pública, acción de habeas data, acción por incumplimiento y la acción extraordinaria de protección.

¹⁴⁸ Constitución Política de la República del Ecuador, Artículo 427.

exigencia de decidir sobre cada caso (prohibida la denegación de la justicia) y de hacerlo de manera justa.¹⁴⁹

Esta superioridad, se ve materializada en la Constitución vigente mediante la idea de omisión legislativa, que podría ocurrir si el legislador no desarrolla normas generales. Al efecto, no se debe olvidar que radica en la función legislativa el deber de expedir las leyes secundarias que desarrollen las normas suprema, en este caso, del Ecuador. Cuando esto no sucede, es decir, dicha institución no ha cumplido con ciertos mandatos constitucionales legislando a partir de ellos, nos encontramos frente a una omisión legislativa. Así, HERNÁNDEZ VALLE la define como “la abstención del legislador para desarrollar los preceptos constitucionales”.¹⁵⁰

Esa omisión, tal y como lo menciona RANGEL, puede ser traducida en una inconstitucionalidad, lo que resulta uno de los más novedosos mecanismos de control constitucional.¹⁵¹ Lo controversial de esta situación es que en sí mismo, no estaríamos frente a un acto positivo o una acción, sino a la falta de la misma y más aún, que esa inacción se traduce en una flagrante inconstitucionalidad. Como señala MORÓN:

Una de las formas de inobservancia del poder constituido a la norma fundamental, es justamente la incurrida por el ejercicio indebido de la función normativa del Estado, la que revestiría incluso mayor gravedad, en tanto y cuanto la actividad legislativa, mediante la emisión de las disposiciones necesarias para desarrollar suficientemente los valores, principios y normas del constituyente.¹⁵²

¹⁴⁹ Luhmann, Niklas, *El derecho de la sociedad*, Universidad Iberoamericana, México, 2002, pp. 366.

¹⁵⁰ Hernández Valle, *Derecho Procesal Constitucional*, Editorial Juricentro, Costa Rica, 1995, pp. 917.

¹⁵¹ Rangel, L., *La acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa en la constitución mexicana*, disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/cconst/cont/rd7.pdf>, Enero 2008.

¹⁵² Morón, J., *La omisión legislativa inconstitucional y su tratamiento jurídico*, en *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, Número 1, Lima, 1999, pp. 447.

A partir de lo explicado es primordial que los legisladores tomen en cuenta sus obligaciones constitucionales y legales, para ejercer sus competencias (especialmente legislar). Sin embargo, es importante decir que para que se pueda hablar de inconstitucionalidad por omisión, es necesario que el legislador:

Incumpla una norma constitucional expresa que contemple el deber de expedir la ley, faltando todo tipo de actuación normadora destinada a aplicar dicho precepto. En consecuencia, la omisión legislativa no se puede derivar de la ausencia de leyes por incumplimiento del Congreso del deber general de legislar.¹⁵³

En América Latina, ya son varios los países que contemplan expresamente, dentro de su ordenamiento jurídico, la inconstitucionalidad por omisión legislativa, como: Venezuela, Brasil, y partir de la Constitución de 2008, El Ecuador, cuya Constitución señala en sus artículos 84 y 436 numeral 10, lo siguiente:

Art. 84.- La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas no los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución.

¹⁵³Sarzosa Játiva, P., *El control de la constitucionalidad de las omisiones legislativas como estrategia hacia la justicibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales*, Centro de Publicaciones PUCE, Quito, 2003, pp. 20.

Art. 436.- La corte Constitucional ejercerá, además de la que le confiera la ley, las siguientes atribuciones:

10. Declarar la inconstitucionalidad en que incurran las instituciones del Estado o autoridades públicas que por omisión inobserven, en forma total o parcial, los mandatos contenidos en normas constitucionales, dentro del plazo establecido en la Constitución o en el plazo considerado razonable por la Corte Constitucional. Si en el plazo la omisión persiste, la Corte, de manera provisional, expedirá la norma o ejecutará el acto omitido, de acuerdo con la ley.¹⁵⁴

Llama la atención, que la garantía constitucional llega al punto de dar la potestad a la Corte Constitucional de dictar normas o ejecutar actos que aseguren el cumplimiento de las normas constitucionales, porque queda clara la voluntad del constituyente de establecer los mecanismos necesarios para salvaguardar el cumplimiento y acatamiento del mando de la Carta Magna.

Es importante recalcar que a pesar del control constitucional eficaz que esta constitución pretende brindar a los ecuatorianos, una de las principales deficiencias legislativas que disminuyó la eficacia de la Constitución de 1998 fue la ausencia de una nueva Ley orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional¹⁵⁵.

Según la disposición transitoria primera de la Constitución del 2008, el legislativo tiene la obligación en un plazo máximo de trescientos sesenta días aprobar la nueva ley de Control Constitucional. En este momento la ley se encuentra para el veto parcial o total del ejecutivo. Sin embargo, de la lectura a la Ley, se pueden deducir algunas contrariedades con el constitucionalismo que se propugna en la Constitución de 2008, entre ellas la estipulada en el Artículo 76 que establece el principio de control constitucional *indubio pro*

¹⁵⁴Constitución Política de la República del Ecuador. Artículos 84 y 436 numeral 10.

¹⁵⁵Grijalva Jiménez, Agustín, *Perspectivas y desafíos de la Corte Constitucional*, en Desafíos Constitucionales, la Constitución de 2008 en perspectiva, Serie Justicia y Derechos Humanos, Ramiro Ávila Santamaría, Agustín Grijalva Jiménez, Rubén Martínez editores, Quito, Ecuador, 2008, pp.273.

legislature el cual “en caso de duda sobre la inconstitucionalidad de una disposición jurídica, se optará por no declarar la inconstitucionalidad”.

Si en este momento se está viviendo dentro de un Estado Constitucional de Derechos, se debe respetar su plena vigencia. Si existe duda sobre una de las normas contenidas en la Carta Magna hay la posibilidad de enviarla en consulta a la Corte Constitucional y no simplemente ignorar sus posibles efectos.

El Ecuador no necesita más leyes confusas, que contravengan disposiciones contenidas en otras leyes y peor aún en la Constitución.

Es clara la elite judicial que se crea con este nuevo Estado, sin embargo también son claras las intensiones de mejorar y garantizar los derechos fundamentales de los ecuatorianos que han sido violados o no tomados en cuenta por tanto tiempo. Se debe leer la Constitución y aprender las garantías que se ofrecen y también los límites que se le pone a los jueces y a la Corte Constitucional para no dejar pasar por alto arbitrariedades, ya que los límites están establecidos, no se los debe pasar por alto. La Nueva constitución es larga y confusa, pero solo mediante su estudio se pueden evitar abusos.

Como dicen las palabras de Ramiro Ávila al decir, que hay varias formas de tomar esta constitución: sospechosa, indiferente, o entusiasta. Como estudiantes de derecho no se puede ser indiferentes, se debe analizar, valorar y evaluar un proyecto jurídico tan importante como éste, no se debe juzgar desde el punto de vista de oposición o partidarista, sino desde el valor de la justicia.

Esta transformación, sin duda privilegia la figura del Estado, modificando la estructura de protección de la sociedad frente al poder político, convirtiéndose en instrumento del poder político para la realización de los derechos.¹⁵⁶

El principal problema de la constitución es la incongruencia entre la parte dogmática y la parte orgánica de la misma. La parte dogmática cuenta con un cúmulo creciente de derechos fundamentales para los ecuatorianos, sin embargo su exigencia se ve limitada al Estado, quien al mismo tiempo poco a poco ha ido restringiendo la capacidad competitiva y de generación de crecimiento. Por lo tanto, sin un crecimiento económico importante ¿podrá cumplir el estado con la responsabilidad que concentró en la constitución?

Según el artículo 303 de la constitución, “la formulación de las políticas monetaria, crediticia, cambiaria y financiera es facultad exclusiva de la Función Ejecutiva”, eliminando así las funciones autónomas del Banco Central y reforzando un presidencialismo peligroso.

El diseño de esta parte orgánica de la constitución se completa al instaurarse dos niveles institucionales más: la Función de Transparencia y Control Social, y la Corte Constitucional, esta última, se convierte en una instancia de control constitucional, tanto “de los actos legislativos, de la administración pública y de la administración de la justicia ordinaria”¹⁵⁷.

La política se reduce a la aplicación de las normas ya estipuladas en la Constitución tratando así de despolitizar la legislación y reforzar el poder judicial el cual según el Artículo 168, numeral, está despolitizado: “Los órganos de la Función Judicial gozarán de independencia interna y externa”

En la constitución de 1998 ya se hablaba de independencia interna y externa, Art. 199, inciso 1: “independencia externa de los órganos de la Función Judicial”, inciso 2: “independencia interna y externa de los jueces”. Por lo tanto,

¹⁵⁶Echeverría, Julio “El Estado en la nueva Constitución”, en *La nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Corporación Editora Nacional, 2009, pp. 14.

¹⁵⁷Echeverría, Julio “El estado en la nueva Constitución”, en *La nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Corporación Editora Nacional, 2009, pp. 17.

por primera vez se reconoce independencia interna y externa a toda la función judicial en general.

Al ser un estado constitucional de derechos, la interpretación constitucional nos corresponde a todos “Interpreta la constitución el ciudadano para defender sus derechos, el juez para protegerlos, el legislador para regularlos, y las autoridades para omitir o realizar ciertas conductas” ¹⁵⁸

Sin embargo, el cambio que se da en la Constitución de 2008, al establecer en su artículo 429 “La Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia”, tiene su fundamento.

La constitución de 1998, en su artículo 284 establecía: “en caso de duda sobre el alcance de las normas contenidas en esta Constitución, el Congreso Nacional podrá interpretarlas de un modo generalmente obligatorio”. El legislador, como cualquier autoridad pública, está sometido a la constitución y es necesario de un órgano jurisdiccional que determine jurídicamente cuando las leyes dictadas no se ajustan a la Carta Suprema, en este caso función de la Corte Constitucional o la Corte Suprema. Por otro lado en el artículo 278 de la Constitución de 1998, decía que el Tribunal Constitucional podrá declarar la inconstitucionalidad de la ley, para lo cual evidentemente deberá interpretar la misma, entonces necesariamente debía interpretar de un modo general y obligatorio, produciéndose una contradicción con el Congreso Nacional.

Es por eso que la Constitución actual, pone a la Corte como el intérprete máximo no el único. Por ejemplo al artículo 11 numeral 5, dice “en materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia”, así mismo, el artículo 426 se refiere a la aplicación directa de la constitución de todas las personas, autoridades e instituciones, incluyendo las juezas y jueces.

¹⁵⁸Grijalva, Agustín, “Interpretación Constitucional, Jurisdicción ordinaria y corte constitucional” en *La Nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*. Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Corporación Editora Nacional, 2009, pp. 269.

“Lo que la constitución de 2008 crea mediante la Corte Constitucional es un intérprete jurídico máximo, no un único intérprete”¹⁵⁹

En un estado Constitucional de derechos, resultaría anacrónico crear un único intérprete constitucional.

El activismo judicial y el activismo político se encuentran en pugna, el órgano democrático (Congreso Nacional, actualmente Asamblea Constituyente) ha sido delegado a un segundo plano. Por lo tanto, el activismo judicial se encuentra en una posición privilegiada y a la vez preocupante, debido a que lo ideal para un estado democrático como lo es el Estado ecuatoriano, quienes tienen representen al Ecuador elegidos mediante el voto de la mayoría de los ciudadanos, deberían ser quienes estén frente al debate público para la justicia.

¹⁵⁹Grijalva, Agustín “Interpretación Constitucional, Jurisdicción ordinaria y Corte Constitucional” en *La Nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*. Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Corporación Editora Nacional, 2009, pp. 273.

CONCLUSIONES

1. El derecho es una ciencia dinámica, que se transforma constantemente; por lo tanto, las distintas ramas que la componen, necesitan evolucionar de forma simultánea. El estado ecuatoriano, previno la necesidad de actualizar el Derecho Constitucional del Ecuador, instituyendo un estado Constitucional de Derechos y Justicia. Paradigma jurídico, resultado de un perfeccionamiento histórico significativo, cuyos modelos precedentes, entraron en crisis al no alcanzar el deber de justicia social, manifestada por el exceso en algunos casos o escases de intervención del estado en lo concerniente a los derechos fundamentales de las personas y no solo de los ciudadanos.
2. El estado de derecho estaba representado por las normas jurídico-positivas, y, por tanto, se identificaba con lo legal; no existía más derecho que el expresado en la ley, por el contrario el estado Constitucional, estaba representado por los derechos fundamentales, es por eso, que en la actual constitución, han sido ampliados, no solo, derechos civiles, si no también, los políticos, sociales y colectivos.
3. Al ser la sociedad ecuatoriana pluricultural, con diversidad de grupos sociales, con ideologías, etnias y culturas diferentes, da lugar a la existencia de un derecho dúctil. Ductilidad, quiere decir, la coexistencia de principios y valores, lo que constituye la base del Neo constitucionalismo. Coexistencia que implica, un trabajo en simbiosis, lo que significa que ningún principio por sí solo o aislado, puede lograr materializar y delimitar los lineamientos generales en los que se basa el sistema constitucional para su eficaz funcionamiento. Los principios y valores se contrarrestan y equilibran, y se integran en una Constitución material, que busca un ejercicio justo y equitativo, para quienes habitamos en el Ecuador, ya sean nacionales como extranjeros.
4. Al Constitucionalismo de los derechos lo rigen los principios; por el contrario, la institución legislativa está precedida por reglas, deber ser. A

los principios se les presta adhesión, a las reglas se las obedece. Al carecer los principios de supuestos jurídicos, es imposible realizar con ellos como se estaba acostumbrado con las leyes, silogismos a base de premisas, y que dan como resultado una consecuencia. No hay una subsunción lógica, se transforma en una operación de argumentación e interpretación.

5. El derecho y la moral, son conceptos que tácitamente se encuentran ligados. La moral debe presenciar el procedimiento de creación de una ley, condicionando su legitimidad, y así mismo la moral debe estar presente en el accionar de las y los servidores públicos, a quienes les corresponde aplicar el derecho. Sin embargo, la creación del derecho es un tema netamente jurídico y no moral.
6. El principal cambio dado a nivel constitucional es la forma de interpretación. Los métodos tradicionales de interpretación son el exegético, histórico, sistemático, y teológico. La interpretación de la constitución debe hacerse en su integralidad, en el sentido que mas favorezca a la vigencia de los derechos y respetando la voluntad del constituyente, así mismo, se debe interpretar de forma tópica, es decir las consecuencias jurídicas de casos concretos, y racional, mediante argumentos racionales. La teoría de la interpretación, en el positivismo es mediante la subsunción, por el contrario en el constitucionalismo mediante la ponderación, que se consigue realizando un test de Racionalidad o siguiendo el esquema de Ponderación Constitucional.
7. La justicia, validez y la eficacia, tres reglas de valoración independientes entre sí para las normas jurídicas; para el constitucionalismo, son términos ligados como un todo al ordenamiento jurídico, sin la existencia de uno, se anulan los demás. Sin embargo, para el positivismo jurídico, la validez es la ratificación de la justicia.
8. La estructura de un estado constitucional de derechos, son los derechos fundamentales y su garantía, es decir, que, el estado principialista o de derechos, resalta los derechos humanos como la fuente principal para la aplicación del derecho. El Estado en su conjunto, tiene una función

instrumental, es decir, debe estar al servicio de la satisfacción de los derechos fundamentales. El modelo del Estado Constitucional de derecho, es diferente pues concibe a los derechos no como derechos del estado o para el estado, sino derechos hacia o contra el estado. La historia del constitucionalismo es la historia de la progresión de los derechos fundamentales, es decir que ya no solo se protegía como fundamental el derecho a la vida, sino que se extendieron a otros como los derechos políticos con la progresiva ampliación del sufragio, civiles, sociales, hasta los nuevos derechos de la naturaleza, al medio ambiente, a la información, etc.

9. La principal labor de la Constitución es lograr vincular a todas las instituciones del estado, a todos los poderes, a los jueces, legisladores, y general a todos las y los servidores públicos, e incluso a la ciudadanía, para que procuren la tutela a los derechos humanos, es decir la garantía de los derechos; así al desempeñar en conjunto la misma función, con miras al mismo objetivo se conseguirá reducir la arbitrariedad y vincular el poder al derecho. La manera en que la Constitución realiza esta labor es mediante las garantías normativas estipuladas en la constitución y con ayuda de la SEMPLADES, organismo que plantea y dirige los lineamientos para el mejor desarrollo del estado ecuatoriano.
10. La vigilancia y garantía de vigencia de los principios constitucionales cuenta con nuevos y mejorados sistemas de protección como son los recursos jurisdiccionales, así como también garantías normativas, políticas públicas, servicios públicos, participación ciudadana, garantías jurisdiccionales y la omisión legislativa.
11. Para la realización del control constitucional, se desplaza el protagonismo del poder legislativo, al poder judicial, formándose una elite judicial difícil de controlar, sin embargo, para tratar de evitar abusos de esta nueva "elite", se instaura el principio de independencia, vinculado con el principio de responsabilidad. La historia del Ecuador, ha sido la encargada de revelar que el derecho y la política, no pueden aislarse. Sin embargo, esta relación para que no raye en autarquía

necesita de límites, y estos límites es la responsabilidad penal, civil o administrativa que se les impone a los jueces y servidores públicos en general dentro de la Constitución.

12. Uno de los principales avances de la Constitución del 2008, es el principio de reparación integral, lo que significa, que las causas no terminan con la expedición de una sentencia, sino hasta que se hayan cumplido todos los actos conducentes a la reparación integral del daño, reparación tanto material como inmaterial.
13. La Corte Constitucional es el eje transversal del Neo constitucionalismo ecuatoriano, no solo es el nuevo encargado de la interpretación sino también tiene funciones legislativas como expedir leyes en caso de omisión legislativa. Tal es su importancia, que su elección como el de la mayoría de las autoridades hoy, será por concurso público, veedurías y posibilidad de impugnación ciudadana.
14. Sin operadores de la justicia capacitados, independientes, probos y honestos, no importa lo buena que una Constitución sea, ya que no sería efectiva.
15. La cultura, capacitación y educación de los ciudadanos es la piedra angular para enfrentar los nuevos compromisos jurídico-políticos y de satisfacción de necesidades.

RECOMENDACIONES

- Se recomienda a los poderes tanto ejecutivo como legislativo del Ecuador, adecuar la legislación nacional conforme a los principios y valores instaurados en la Constitución Política de la República, ya que como se observó en la investigación, estos principios permiten ampliar y potenciar los derechos fundamentales de las personas.
- Se exhorta a los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, a priorizar los derechos fundamentales y universales del ser humano, en estricto cumplimiento a las normas constitucionales, antes que los derechos civiles y patrimoniales, a los que comúnmente se les deba mayor importancia.
- Del mismo modo, se insta a los miembros del poder judicial, a cumplir sus funciones, de manera eficaz y sobretodo responsable. La nueva posición en la que se encuentran puede ser calificada como conveniente, de manera que, se necesita una labor comprometida, vigilando los intereses de los ecuatorianos y no sus propios intereses.
- Se exige al poder legislativo, a cumplir con las disposiciones de la Transitoria primera de la Constitución de la República, a dictar en el tiempo estipulado la Ley de Control Constitucional y las demás leyes exigidas para el eficaz cumplimiento de las normas constitucionales.
- Se requiere que las y los ciudadanos y no ciudadanos ecuatorianos, participen activamente en favor de la garantía de los derechos estipulados en la constitución, exigiendo de las y los servidores públicos, el cumplimiento inmediato de sus derechos.
- Se pide al ejecutivo, tome medidas económicas que no restrinjan la capacidad competitiva y el crecimiento económico de los ecuatorianos, así mismo evitar políticas demasiosos intervencionistas, que no permitan llevar a cabo un eficaz cumplimiento de la Constitución

- El Consejo de la Judicatura debe manejarse con especial cuidado, al ser este organismo el encargado del buen funcionamiento de toda la función judicial. Los límites están establecidos tanto en la Constitución como en Código de la Función Judicial, sin embargo se debe evitar factores de presión externos como la prensa, e intereses tanto públicos como de poderes privados.
- Debemos exigir jueces, comprometidos con este nuevo paradigma, jueces comprometidos con el pueblo y no con aquellos que tiene el poder económico; jueces capacitados para enfrentar los nuevos desafíos que esta nueva Constitución les impone; jueces no solo racionales y argumentativos sino también creativos, capaces de no solo aplicar lo escrito sino de interpretar y ponderar. Ya no mas jueces boca muda de la ley.

BIBLIOGRAFÍA

Libros:

ANDRADE UBIDIA, SANTIAGO, *La transformación de la justicia, Serie de justicia y derechos humanos neoconstitucionalismo y sociedad*, Ministerio de justicia y derechos Humanos, Quito, 2009.

ANDRADE UBIDIA, SANTIAGO, *La nueva Constitución del Ecuador, Estado, derechos e instituciones*, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Corporación Editora Nacional, Quito, 2009.

ANDRADE UBIDIA, SANTIAGO, *Protección judicial de los derechos sociales*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009.

BERNAL PULIDO, CARLOS, *El derecho de los derechos*, Universidad externado de Colombia, Bogotá Colombia, 2005.

BIDART CAMPOS, GERMÁN J, *Derecho Constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 1996.

CARBONELL, MIGUEL, *Estado Constitucional y globalización*, Editorial Porrúa, México, 2003.

CARBONELL, MIGUEL, *Teoría del neoconstitucionalismo ensayos escogidos*, Instituto de investigaciones jurídicas UNAM, editorial Trotta, Madrid, 2007.

COURTIS, CHRISTIAN, *Desde otra mirada*, Textos de Teoría Crítica del derecho, departamento de Publicaciones facultad de derecho, Universidad de Buenos Aires, Buenos AIRES, 2001.

ECHEVERRÍA, JULIO, *Plenos Poderes y transformación Constitucional*, ediciones Abya Yala, Quito, 2008.

FERRAJOLI, LUIGI, *Derechos y garantías, la ley del mas débil*, editorial Trotta, Madrid, 2001.

GARCÍA PELAYO, MANUEL, *Derecho Constitucional Comparado*, Alianza Editorial, 1999.

GARCÍA AMADO, JUAN ANTONIO, *La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann*, Universidad Externado de Colombia, 1999.

HEBERMAS, JURGEN, *Facticidad y validez*, Editorail Trotta, Madrid, 1998.

HERRERA BENAVIDES, ALEXADRA, *Doctrina Jurídica*, Corporación de Estudios y publicaciones, Quito, 2007.

HERNADEZ VALLE, RUBÉN, *Derecho Procesal Constitucional*, Editorial Juricentro, Costa Rica, 1995.

LUHMANN, NICKLAS, *El derecho de la sociedad*, Universidad Iberoamericana, México, 2002.

MONROY CABRA, MARCO GERARDO, *La interpretación Constitucional*, ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 2002.

PETIT, EUGENE, *Tratado elemental de derecho Romano*, editorial Universidad, Buenos Aires Argentina, 1999.

STIGLITZ, JOSEPH.E, *Como hacer que la globalización funcione*, Taurus, Buenos Aires, 2006.

SARZOSA JÁTIVA, PABLO, *El control de la constitucionalidad de las omisiones legislativas como estrategia hacia la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales*, Centro de publicaciones PUCE, Quito, 2003.

TRUJILLO, JULIO CESAR, *Teoría del estado en el Ecuador*, Universidad Andina Simón Bolívar, Corporación Editora Nacional, Segunda Edición, Quito, 2006.

VILA CASADO, IVÁN, *Nuevo derecho Constitucional antecedentes y fundamentos*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Madrid, 2002.

ZAGRBELSKY, GUSTAVO, *El derecho Dúctil. Ley, derecho y justicia*, Editorial Torra, Madrid, 2005.

ZAVALA EGAS, JORGE, *Derecho Constitucional*, Edino, Guayqui, 1999.

Constitución de la República del Ecuador 1998.

Constitución de La República del Ecuador 2008.

Código Civil Ecuatoriano

Código Penal Ecuatoriano.

Proyecto de Nueva Constitución Política del Ecuador Comisión de Juristas, Consejo Nacional de Educación Superior

Revista:

MORÓN, JUAN CARLOS, La omisión legislativa inconstitucional y su tratamiento jurídico, en Revista Peruana de Derecho Constitucional, Numero 1, Lima, 1999.

GIL DOMINGUEZ, ANDRES, Derecho Constitucional, Revista Anrgentina, Ediar, Argentina, 2000.

ASOCIACIÓN ESCUELA DE DERECHO, Imperio de la ley, Revista estudiantil de ensayos jurídicos, Número. 1, 2007.

El código Orgánico de las Función Judicial, Revista Novedades Jurídicas, Número. 32, 2009.

Documentos en el internet:

RANGEL HERNANDEZ, LAURA, La acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa en la constitución mexicana, disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/cconst/cont/rd7.pdf>., Enero 2008, consultado el 27 de Mayo 2009.

www.corteconstitucional.gob.mx

www.Semplades.gob.mx