Juan Montaña Pinto | Editor

# Apuntes de Derecho Procesal Constitucional

Cuadernos de trabajo

## Tomo 1

Corte Constitucional para el Período de Transición
Quito - Ecuador

# Apuntes de derecho procesal constitucional

Aspectos generales

Tomo 1

Cuadernos de Trabajo n.º 1

Corte Constitucional para el Período de Transición

# Apuntes de derecho procesal constitucional

## Aspectos generales

Juan Montaña Pinto
Editor

Quito - Ecuador

Corte Constitucional del Ecuador
para el Período de Transición

Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional

Montaña Pinto, Juan, ed.
Apuntes de derecho procesal constitucional: aspectos generales, t. 1. Juan Montaña Pinto, editor. 1ª reimp.- Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012. (Cuadernos de Trabajo, 1)
262 p.; 15x21 cm + 1 CD-ROM

ISBN: 978-9942-07-169-9
Derechos de autor: 037387

1. Derecho procesal constitucional. 2. Derecho constitucional. 3. Interpretación constitucional - Ecuador. 1. Título. II. Serie.

CDD21: 342 CDU: 342 LC: KHA 2548.M6 2011 Cutter-Sanborn: M765

Catalogación en la fuente: Biblioteca "Luis Verdesoto Salgado". Corte Constitucional.

**Corte Constitucional**
**para el Período de Transición**

**Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC)**

Patricio Pazmiño Freire
*Presidente de la Corte Constitucional para el Período de Transición*

Juan Montaña Pinto
*Director Ejecutivo del CEDEC*

Dunia Martínez Molina
*Coordinadora de Publicaciones del CEDEC*

---

**Juan Montaña Pinto**
*Editor*

---

Juan Francisco Guerrero
*Lector externo*

Miguel Romero Flores
*Corrector de estilo*

Juan Francisco Salazar
*Diseño de portadas*

Imprenta: VyM Gráficas
Quito, Ecuador, mayo 2012

**Centro de Estudios y Difusión**
**del Derecho Constitucional**
Av. 12 de Octubre N16-114
y Pasaje Nicolás Jiménez, Edif. Nader, piso 3.
Tels.: (593-2) 2565-177 / 2565-170
*www.corteconstitucional.gob.ec*
*publicaciones@cce.gob.ec*

*Todos los derechos reservados. Esta obra no expresa ni compromete el criterio de los jueces de la Corte Constitucional. Se autoriza su reproducción siempre que se cite la fuente.*

# Índice

**Introducción** . . . . . 11
*Juan Montaña Pinto*

Capítulo 1

**Parte general: introducción al derecho procesal constitucional**

Juan Montaña Pinto y Patricio Pazmiño Freire
**Algunas consideraciones acerca del nuevo modelo constitucional ecuatoriano**

1. Introducción . . . . . 23
2. Los rasgos básicos del positivismo jurídico . . . . . 25
3. Algunas consideraciones acerca de la forma y contenido del positivismo criollo . . . . . 29
4. El garantismo constitucional como paradigma alternativo al positivismo . . . . . 32
5. Los elementos esenciales del nuevo modelo constitucional ecuatoriano . . . . . 37
6. Bibliografía . . . . . 45

Juan Montaña Pinto
**El derecho a renacer: aproximación fenomenológica a la justicia constitucional en Ecuador**

1. Introducción . . . . . 47
2. Las razones de la justicia constitucional . . . . . 51
3. Itinerario de la jurisdicción constitucional en Ecuador . . . . . 60

4. Un ave Fénix visita Montecristi . . . . . 75
5. El modelo de justicia de la nueva Constitución . . . . . 84
6. Independencia judicial y papel de los jueces ordinarios como jueces constitucionales . . . . . 86
7. Bibliografía . . . . . 88

Juan Montaña Pinto
**El sistema de fuentes del derecho en el nuevo constitucionalismo latinoamericano**

1. Introducción . . . . . 91
2. Las fuentes del derecho en los diferentes modelos constitucionales . . . 92
2.1. Las fuentes del derecho en el modelo constitucional continental clásico . . . . . 92
2.2. Las fuentes del derecho en el paradigma constitucional del Estado social . . . . . 96
2.3. Mínima caracterización de la crisis del modelo . . . . . 102
2.4. Los cambios más significativos en el sistema de fuentes a raíz de la crisis del Estado social . . . . . 104
3. La ley como fuente del derecho . . . . . 107
3.1. La imagen de la ley . . . . . 107
3.2. El modelo de ley que en realidad adopta la nueva Constitución . . . . . 109
4. El nuevo rol del derecho internacional en el sistema de fuentes . . . . . 113
4.1. Algunas consideraciones sobre el estado de la cuestión en América Latina . . . . . 113
4.2. La posición del derecho internacional de los derechos humanos en el ordenamiento constitucional ecuatoriano . . . . . 117
5. El derecho indígena como fuente del derecho . . . . . 122
6. La Constitución como fuente directa del derecho . . . . . 126
6.1. La constitucionalización estricta del sistema de fuentes . . . . . 129
6.2. La asunción de la concepción material de la Constitución . . . . . 129
6.3. La naturaleza abierta del catálogo de derechos . . . . . 132
6.4. La aplicación directa de las reglas constitucionales . . . . . 132
7. Bibliografía . . . . . 136

Capítulo 2

## Interpretación constitucional, argumentación jurídica y jurisprudencia vinculante


Angélica Porras Velasco

**La hermenéutica constitucional: los ribetes del problema principal de la teoría jurídica contemporánea**

1. Introducción . . . . . 141
2. Breve aproximación al sinuoso camino de la hermenéutica en la tradición filosófica occidental . . . . . 142
3. El problema de la interpretación en el derecho . . . . . 146
3.1. Los tipos de normas jurídicas . . . . . 150
3.2. Las lagunas y las antinomias en el sistema jurídico . . . . . 152
3.3. El juicio de ponderación o proporcionalidad . . . . . 156
4. La interpretación judicial . . . . . 157
4.1. Teorías cognoscitivistas . . . . . 156
4.2. Teorías escépticas . . . . . 158
4.3. Teorías eclécticas o intermedias . . . . . 159
5. La interpretación constitucional . . . . . 161
5.1. Los principios de la interpretación constitucional . . . . . 165
5.2. El caso ecuatoriano . . . . . 166
6. A manera de conclusión . . . . . 170
7. Bibliografía . . . . . 171

Alí Lozada Prado

**Sobre la dimensión argumentativa del derecho**

1. Introducción . . . . . 173
2. ¿Qué es la dimensión argumentativa del derecho? . . . . . 176
2.1. El derecho como práctica social: pospositivismo o constitucionalismo . . . . . 176
2.2. Punto de vista argumentativo y perspectiva del participante . . . . . 182
3. Algunos elementos cardinales de la argumentación jurídica . . . . . 186
3.1. Concepto de argumentación jurídica . . . . . 186
3.2. Argumentación y toma de decisiones . . . . . 186
3.3. Logicismo y formalismo . . . . . 188

3.4. Casos fáciles y difíciles . . . . . 191
3.5. Reglas y principios . . . . . 194
3.6. La subsunción . . . . . 196
3.7. La ponderación . . . . . 204
4. La argumentación jurídica y sus enemigos . . . . . 216
4.1. El enemigo secular, el formalismo: tomar los principios en serio . . . . . 216
4.2. El enemigo emergente, el particularismo: tomar las reglas en serio . . . 219
5. Bibliografía . . . . . 225

Diego Zambrano Álvarez
**Jurisprudencia vinculante y precedente constitucional**

1. Introducción . . . . . 229
2. Evolución del valor jurídico de la jurisprudencia en Ecuador . . . . . 230
3. El precedente jurisprudencial como fuente del derecho . . . . . 234
4. El derecho por precedentes . . . . . 238
5. La inserción del precedente jurisprudencial en Ecuador . . . . . 247
5.1. Precedente nacional obligatorio . . . . . 247
5.2. Precedente internacional . . . . . 250
6. El precedente constitucional en Ecuador . . . . . 251
7. Bibliografía . . . . . 255

**Colaboradores** . . . . . 259

# Introducción

Me parece que la imagen más adecuada para representar al derecho es el dios grecorromano Jano, aquel de las dos caras, que otorgó asilo en su reino a Saturno después de que Zeus lo destronara y se convirtiera en rey del Olimpo. Como nos recuerda Boaventura de Sousa Santos,[1] el derecho posee por una parte una faz regulatoria que garantiza la estabilidad y el orden social, pero tiene también otra cara, una dimensión crítica que permitiría no solo controlar y estabilizar las demandas sociales sino, además, cuestionar las prácticas sociales dominantes y construir nuevas realidades que hagan posible la liberación y la libertad de quienes vivimos en una determinada sociedad.

Ecuador, sin embargo, parece ser uno de esos lugares donde esa tensión o dicotomía entre los dos rasgos del derecho no se habrían producido o dado en una intensidad mucho menor a la acostumbrada. A diferencia de lo que ocurre en otros lugares del globo donde el derecho ha cumplido un rol más relevante en la estructuración de la sociedad, en nuestro país habría existido un desarrollo jurídico e institucional algo diferente, caracterizado por la exacerbada preeminencia, cuando no absoluto monopolio, de la función regulatoria de lo jurídico, a partir del uso que las clases dominantes y quienes gestionan el poder han hecho del discurso, los métodos y las normas jurídicas, que normalmente han servido tan solo para gestionar sus intereses corporativos y particulares. Esa es la visión

1 Santos, Boaventura de Sousa. "La desaparición de la tensión entre regulación y emancipación". *Sociología jurídica critica*. Madrid, Editorial Trotta, 2009, pp. 30-33.

crítica que se tiene del derecho en las ciencias sociales, a partir de la influencia que ha tenido en marxismo en los estudios sociales ecuatorianos.[2]

Sin embargo, la realidad es más compleja: en nuestro país no solo que el derecho no ha cumplido con la función emancipatoria que la teoría crítica contemporánea le asigna a lo jurídico,[3] sino que ni siquiera la clásica función regulatoria y represiva ha tenido un desarrollo cabal y adecuado; dado que en realidad el verdadero principio rector del desarrollo institucional y social ecuatoriano ha sido una versión andina e hipertrofiada del antiguo principio del derecho castellano de "se acata pero no se cumple" en virtud del cual, más importante que cumplir con los mandatos de la ley, es generar una apariencia de cumplimiento de las normas, y a partir de allí, el derecho no ha servido para ordenar e institucionalizar la vida social, sino tan solo, y en el mejor de los casos, para aparentar simbólicamente la idea de la existencia de un Estado de derecho en el país.

Por eso, a pesar de que la teoría tradicional de la democracia plantea insistentemente la necesidad de construir un modelo político basado en el cumplimiento estricto de los procedimientos, a partir de una definición básica en donde la democracia es concebida tan solo como "un conjunto de reglas básicas que establecen quién está autorizado para tomar las decisiones colectivas y bajo qué procedimientos";[4] en el caso ecuatoriano ni siquiera se puede hablar de que haya existido y exista hoy una democracia en sentido formal del término, porque la cultura política heredada, como hemos dicho, de la tradición castellana basada en obedecer hipócritamente a la autoridad sin cumplir realmente sus mandatos no ha necesitado, necesita, o entiende, la función que cumplen las formas y los procedimientos para la generación de gobernabilidad y gobernanza,[5] y mucho

2 Sobre la visión tradicional acerca del papel del derecho y de lo jurídico en Ecuador, véase, por ejemplo, Cueva, Agustín. *El proceso de dominación política en el Ecuador*. Quito, Editorial Planeta, 1997; del mismo autor *Entre la ira y la esperanza*. Bogotá, Clacso, Siglo del Hombre Editores, 2002.

3 Santos, Boaventura de Sousa. "¿Puede ser el derecho emancipatorio?" *Derecho y emancipación*. Quito, CEDEC / Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011, pp. 63-144.

4 Sobre el particular véase Bobbio, Norberto. *El futuro de la democracia*. México, Fondo de Cultura Económica, 1996.

5 No se olvide que en la ciencia política actual se utiliza la expresión gobernabilidad para referirse a las reglas y procedimientos mediante los cuales se elige a los gobiernos, y estos son mantenidos, responsabilizados y reemplazados; mientras que la gobernanza es la capacidad del Estado y particularmente del gobierno para formular, desarrollar y evaluar las políticas públicas y las normas, así como administrar los recursos eficientemente.

menos la importancia que estos tienen en la generalización de ciertos principios y valores atinentes al respeto y protección efectiva de la dignidad humana; y por eso el Ecuador llegó a los extremos de desinstitucionalización y anomia social que caracterizaron los años noventa del siglo pasado, donde prácticamente desapareció el Estado y renació en esta parte del mundo la "ley de la selva" y el "estado de naturaleza" de la que hablaba Hobbes, y donde para subsistir la gente debió recurrir a la autoorganización y autocomposición.

Es justamente para transformar ese Estado ingobernable, "imaginado" o "inexistente" en una democracia real y sustancial como la que plantean, por ejemplo, Alain Touraine,[6] Cornelius Castoriadis,[7] o Luigi Ferrajoli, que el pueblo ecuatoriano reaccionó social y políticamente, a mediados de esta década, y exigió al mundo político y a sus agentes, la realización de una verdadera revolución jurídica que diera paso y permitiera sembrar las bases de una nueva institucionalidad democrática en la cual se reconocieran y se desarrollaran no solo unos procedimientos adecuados de toma de decisión como querría Bobbio si hubiera vivido en Ecuador, sino también determinados valores, contenidos y condiciones sustanciales vinculadas con la realización de la justicia, la igualdad y la dignidad de las personas y de la naturaleza, las cuales se encuentran materialmente representadas en los derechos constitucionales.

Ahora bien, la pregunta necesaria es: ¿cómo logramos construir, en un país como Ecuador, esa democracia sustancial que propugna la Constitución?

La respuesta es obvia, pero no por ello de cómoda o fácil ejecución: se requiere tanto de un intenso proceso de formalización e institucionalización del Estado y de la sociedad en su conjunto, como de un esfuerzo de verdadera constitucionalización del derecho pues estos son los elementos indispensables, podríamos decir, los contextos necesarios, aunque no suficientes, del cambio real en las condiciones de vida de los ecuatorianos. En cuanto a lo primero, la institucionalización o reinstitucionalización del Estado, no solo implica desarrollar una nueva estructura estatal

6 Touraine, Alain. "Las condiciones, los enemigos y las oportunidades de la democracia". *Democracia: principios y realización*. AA.VV. Suiza, Unión Interparlamentaria, 1998.

7 Castoriadis, Cornelius. "La democracia como procedimiento y como régimen". *La strategia democrática nella società che cambia*. AA.VV. Roma, Ed. Datanews, 1995.

o institucional plasmada en términos generales en la Constitución y desarrollada prolijamente en las normas secundarias,[8] sino que, sobre todo se necesita establecer las condiciones objetivas y subjetivas que permitan elevar significativamente los niveles de respeto, vinculación y afecto que los ciudadanos y los poderes públicos y sus agentes tengan hacia las normas e instituciones definidas en la Constitución y en la ley.

Respecto de lo segundo, esto es, en cuanto a la ineludible y urgente constitucionalización del derecho, podemos afirmar que es el proceso a partir del cual un determinado ordenamiento jurídico, en este caso el ecuatoriano, comienza a ser interpretado y aplicado prioritariamente con base en el texto constitucional y en su interpretación en los casos concretos;[9] lo cual implica que este se transforme en la norma básica a la cual se refieren obligatoriamente todas las demás normas y actividades públicas o privadas.

Esto no es una tarea fácil ni se puede generar por decreto, como tampoco se puede obligar a que ocurra. La constitucionalización del derecho que manda la Constitución ecuatoriana es ante todo un proceso de cambio cultural en los gestores y receptores de las normas,[10] y como todo proceso de transformación de la cultura, un asunto largo y difícil, casi ciclópeo, que en algunos casos se ha dado[11] y en otros a pesar de los ingentes esfuerzos nunca se producirá; puesto que para generar resultados definitivos demanda claridad conceptual, persistencia y tiempo. Es también una tarea titánica porque la materialidad, la eficacia y el potencial emancipatorio de la Constitución, y en especial de los derechos, depende en gran

8 Lo cual implica algo que no siempre se consigue: que las leyes de desarrollo efectivamente se ajusten a los escenarios constitucionales admisibles, así como a la interpretación conforme a los mandatos de la Constitución.

9 Esa constitucionalización del derecho conlleva, en cuanto a las fuentes, el desplazamiento del eje jurídico de la ley, hacia la Constitución y su garante: la justicia constitucional. Esto por supuesto va mas allá de un cambio en el orden jerárquico de las fuentes de donde emana lo que conocemos como derechos; implica una revisión y reformulación del concepto mismo y de la noción de lo que es y no es el derecho y su interpretación y aplicación.

10 Esta cultura o conciencia jurídica es la que define lo que es el derecho en Ecuador, y es producto del proceso de transnacionalización de la codificación civil y del derecho administrativo francés en nuestro país, y está vinculada a una versión espuria del positivismo, que en su afán por independizar el derecho de la moral ha convertido al derecho en un espacio vacío totalmente alejado o indiferente de la realidad social que regula, y que identifica lo justo, si es que alguna vez se pregunta por aquello, con lo formalmente legal.

11 Este es el caso, por ejemplo y paradójicamente, de Colombia o Sudáfrica.

medida de que nos tomemos en serio, de que conozcamos y de que usemos sus normas en todos los ámbitos de la vida social comenzando por las nuevas leyes que se promulguen, pasando por las políticas públicas y terminando en los procedimientos jurisdiccionales que permiten garantizar y tutelar los derechos, mediante la intervención de los jueces.

La principal dificultad para lograrlo estriba en que tanto los legisladores, los administradores y los jueces y operadores jurídicos han sido formados, y se sitúan ideológicamente, por regla general, en el formalismo legal, que no es otra cosa que el culto acrítico a la ley y el desprecio a la Constitución y a los procedimientos constitucionales de garantía, que son tenidos como poco más que fórmulas retóricas, hojas de papel sin ninguna aplicabilidad.

En el caso particular del Ecuador, esta revolución cultural implica lograr, por primera vez en nuestra historia, que el derecho se cumpla efectivamente y no solo se obedezca formalmente como planteaban los castellanos del siglo XVI y aprendieron tan bien los mestizos andinos y los burócratas de nuestro país hasta hoy. Esta tarea que para algunos puede ser utópica o incluso imposible, dada la historia del país, es imprescindible y comienza por persuadir a los operadores jurídicos en todos los niveles que la Constitución no es el programa de un grupo hegemónico o partido determinado, sino una norma que pertenece a todos y que debe aplicarse a favor de todos y particularmente de aquellos que tienen menos poder, o condiciones para ejercerlo.

Sin embargo, en un contexto inicial de formalismo jurídico exacerbado como el que se vive en Ecuador, esta revolución y este cambio de paradigma deben ser pensados y ejecutados utilizando herramientas que entiendan y valoren aquellos a quienes, en principio, hay que persuadir. Si de lo que se trata de es de propiciar el cambio en los jueces y operadores jurídicos, para hacer que estos ayuden a materializar la Constitución y no la dejen convertida en letra muerta, las herramientas tienen que estar conectadas más con la práctica concreta y cotidiana que con discursos y teorías grandilocuentes, sacadas de obras y autores prestigiosos, y en ese sentido es obvio que es necesario hacer un esfuerzo de explicación del nuevo paradigma jurídico plasmado en la Constitución desde la óptica y con la lógica de los procedimientos requeridos para llevarlo a la práctica.

Y en esto es evidente que el derecho procesal y concretamente el derecho procesal constitucional o el derecho constitucional procesal tiene un papel singularmente relevante y mucho que decir, pues son el instrumental esencial que, en un Estado jurisdiccional como el que pretende consolidarse en Ecuador, permite garantizar y ejecutar en la práctica tanto la supremacía de la Constitución como los derechos de quienes vivimos en esta parte del mundo.

A pesar de que mucho se ha escrito sobre el proceso constituyente y los fundamentos filosóficos e ideológicos que soportan el nuevo edificio constitucional, en la estricta materia del derecho constitucional procesal o procesal constitucional, aquí no afecta demasiado esa distinción ciertamente libresca, hay muy poco, por no decir ningún desarrollo teórico que merezca alguna consideración. Si hiciéramos un examen del "estado del arte", una radiografía de los ríos de tinta jurídica que han corrido desde el 20 de octubre de 2008, fecha en que fue aprobada por el pueblo ecuatoriano la Constitución, llegaríamos a la preocupante conclusión de que por lo menos en el campo procesal constitucional la inmensa mayoría de las obras son trabajos descriptivos o que bien no cuentan con ninguna profundidad teórica, que por tanto no llegan ni siquiera a la categoría hoy tan poco apreciada en el mundo académico, de exegesis normativas; o bien examinan la Constitución y sus herramientas procesales con la lógica y a partir de los presupuestos ideológicos y teóricos que sustentan visiones del derecho totalmente incompatibles con el mandato constitucional de institucionalización y constitucionalización del derecho. Es más, en la gran mayoría de los casos se trata de compilaciones y trabajos parciales sobre la materia procesal constitucional que tienen como principal defecto el que no llegan a los problemas prácticos, por tanto, no sirven o ayudan poco en el cambio de mentalidad de los operadores jurídicos a los que van dirigidas estas obras.

En ese sentido, falta todavía en Ecuador una obra jurídica que explique de manera sencilla, pero lejos de la retórica de la sociología o la ciencia política, esto es desde una perspectiva interna del derecho y del ordenamiento jurídico, en qué consiste el cambio de paradigma que implica la adopción del llamado garantismo constitucional y sus implicaciones en materia procesal; se necesita además que este texto analice, crítica e integralmente, los elementos fundamentales de la materia procesal desde la

óptica de los prácticos del derecho; y que aborde y resuelva con profundidad analítica las cuestiones concretas a las que se enfrentan los jueces y operadores jurídicos de nuestro país.

Y esta es creemos la ventaja, la intención y la eventual importancia los tres tomos sobre *Apuntes del derecho procesal constitucional* que la Corte Constitucional presenta al público interesado en estas materias. Se trata, tal vez, de textos jurídicos que alejándose de una mal entendida neutralidad ideológica, analiza integralmente, desde la perspectiva de la dogmática constitucional y con profundidad analítica y una metodología clara, los principales institutos que conforman el derecho constitucional procesal o el derecho procesal constitucional ecuatoriano. Se defienden los presupuestos, los retos y los límites del llamado garantismo constitucional en la versión particular desarrollada en América Latina.

En ese sentido, si quisiéramos describir el linaje metodológico de la serie, podríamos decir que está conformada por obras pospositivistas, hechas para el uso cotidiano de los ecuatorianos y de quienes vivimos en Ecuador. Son además textos que pretenden superar tanto el formalismo ético y el positivismo teórico, cuanto el iusnaturalismo representado en los postulados de Ronald Dworkin y sus seguidores. En ese sentido aunque reconoce su deuda con los métodos y planteamientos de Robert Alexy y de su recepción en América Latina, no es una transcripción literal de este planteamiento. De esa forma, el texto y sus autores nos reconocemos como seguidores, en tanto podamos serlo, por el riesgo de vulgarización y mal entendimiento de sus formulaciones, tanto de los planteamientos del realismo jurídico norteamericano como de aquellos autores y teorías trasnacionales del derecho que propugnan una relectura no colonialista e intercultural de los derechos humanos.

Estos libros además tienen un origen y una intención pragmática insoslayable: son el producto de un curso organizado en el año 2010 por el Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC) de la Corte Constitucional en asocio con la Escuela Judicial del Consejo de la Judicatura. Inicialmente se concibió como una memoria fiel de las intervenciones y conferencias dictadas por los miembros del área de capacitación del CEDEC, destinado al uso de los jueces y funcionarios judiciales que asistieron al curso; sin embargo en el trámite de la corrección de los materiales y con la aspiración de hacer inevitables correcciones y

precisiones, los materiales fueron convirtiéndose en ensayos con un nivel de profundidad y alcance teórico mayor, de tal manera que terminó convertido en una especie de manual introductorio al derecho procesal constitucional ecuatoriano, escrito con pretensiones didácticas pero también con una intención de sistematicidad, dada no solo por el tratamiento exhaustivo de los principales temas que conforman el nuevo ordenamiento jurídico ecuatoriano, analizados desde el punto de vista técnico jurídico, sino también un hilo conductor común definido por la apuesta política y metodológica por discutir las posibilidades prácticas del garantismo constitucional, en contextos institucionales difíciles como son la función judicial ecuatoriana.

Este proceso de transformación y enriquecimiento teórico que se refleja en los textos finales de estos libros ha sido posible a partir de la sistematización de las observaciones críticas y sugerencias de los participantes en el curso; así como de las conclusiones de un taller interno en donde se discutieron críticamente los materiales; a partir de allí se planteó un primer borrador de contenido y se distribuyó el trabajo entre los distintos autores, privilegiando la participación de aquellos que fueran funcionarios de la Corte Constitucional y docentes del curso. Una vez los autores entregaron sus textos, se hizo una lectura crítica de los mismos, se sugirieron correcciones y complementación y el resultado se pasó para una lectura final de algunos juristas y expertos procesalistas externos a la Corte, con el objetivo de aportar al documento la visión práctica de la que muchas veces adolecen los documentos jurídicos que tienen una pretensión teórica.

El resultado, siempre perfectible, son tres tomos novedosos organizados a partir de una revisión de las competencias fundamentales que la Constitución le atribuye a los jueces constitucionales ordinarios y a la Corte Constitucional, y tiene algunas ventajas respecto de otras obras nacionales que abordan la materia: en primer lugar los textos de derecho procesal constitucional ecuatoriano han sido pensados desde una visión y con una pretensión de completud, sistematicidad y exhaustividad, con lo cual hemos evitado las visiones unidimensionales, parciales y parcializadas de las distintas cuestiones jurídicas que se tratan en estos libros; por otra parte son libros de dogmática jurídica, que procuran mantenerse en lo que algunos autores denominan el análisis interno del derecho, pero que no por ello desconocen y eluden las necesarias y evidentes relaciones de lo

jurídico con otras disciplinas y ciencias sociales; también son documentos conformados en su mayoría por textos analíticos y argumentativos, y por tanto que en casi todos los casos van más allá de la mera descripción de normas a que nos tienen acostumbrados la manualística jurídica nacional; y además intenta abordar las instituciones procesales fundamentales desde una visión pragmática que responda a las dificultades prácticas que debe enfrentar y resolver el operador jurídico ecuatoriano.

Lo dicho hasta aquí no significa que estos libros sean un trabajo definitivo y como tal totalmente acabado. Faltan algunas cosas importantes como una discusión sobre algunos procesos y procedimientos especiales en materia de constitucionalidad; una revisión analítica sobre los principios procesales aplicables a los procesos constitucionales, entre otros. En ese sentido, se trata más bien de una propuesta para el debate y como tal una invitación a los juristas teóricos y a prácticos del derecho a acercar posiciones sobre la urgencia de revisar las miradas clásicas del derecho y una invitación a construir nuevo conocimiento sobre cuestiones y metodologías necesarias para llevar a buen término el objetivo fundamental del nuevo Estado ecuatoriano, que es como dice la Constitución hacer efectivos y eficaces los derechos constitucionales de todas y todos.

*Juan Montaña Pinto*
Director Ejecutivo del Centro de Estudios
y Difusión del Derecho Constitucional

# Capítulo 1

# Parte general: introducción al derecho procesal constitucional

# Algunas consideraciones acerca del nuevo modelo constitucional ecuatoriano

Juan Montaña Pinto* y Patricio Pazmiño Freire**

## 1. Introducción

En los últimos tres años y medio de vigencia de la nueva Constitución ecuatoriana, mucho se ha hablado del ingreso del Ecuador a la órbita del garantismo constitucional; se ha debatido mucho, especialmente en los medios de comunicación, sobre los riesgos de tal decisión constituyente, particularmente de las amenazas que se ciernen sobre el orden jurídico con la importación e imposición de un modelo teórico y filosófico ajeno a nuestra realidad.

Sin embargo, poco se sabe sobre el significado y los alcances del nuevo paradigma constitucional ecuatoriano. No se conocen por ejemplo sus orígenes, sus presupuestos, sus finalidades, ni es claro, por lo menos para la mayoría, cuáles son sus elementos y su contenido esencial, tampoco sabemos mucho de sus diferencias con el modelo o sistema de pensamiento jurídico que consciente o inconscientemente ha venido rigiendo en nuestro país.

Nada se ha discutido, por ejemplo, sobre los elementos de la cultura jurídica tradicional en Ecuador, el positivismo criollo, ni de su aporte necesario en el mantenimiento y la profundización del statu quo de profunda inequidad y desigualdad en que vivimos los ecuatorianos; tampoco se ha dicho mucho sobre los elementos específicos de la propuesta jurídica de cambio, que podemos denominar posneoliberal, implícita en la actual Constitución.

* Director Ejecutivo del Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC) de la Corte Constitucional para el Período de Transición.

** Presidente de la Corte Constitucional para el Período de Transición.

El objetivo de este escrito es precisamente explicar de forma sucinta algunas de estas importantes cuestiones. A lo largo del texto se indicará cómo el modelo constitucional que hoy nos rige fue desarrollado por el constituyente de Montecristi a partir de una serie de hallazgos resultantes del diálogo con algunas constituciones latinoamericanas; incorpora también los principales postulados del garantismo constitucional europeo, y aporta al constitucionalismo mundial con imaginativas réplicas a los inmensos retos institucionales, políticos, sociales, económicos y culturales que tiene la realidad ecuatoriana.

Como comprobará el lector, el nuevo paradigma constitucional postpositivista que con dificultad se intenta abrir paso en Ecuador, no es un mero trasplante acrítico de los postulados del neoconstitucionalismo europeo y norteamericano, sino que es un intento de juridificar en el plano del derecho positivo los elementos propios de la realidad y necesidades locales en un diálogo crítico con las tendencias más progresistas de la teoría jurídica trasnacional.

En ese sentido, la adopción de un modelo de democracia participativa en reemplazo de la antigua democracia representativa; la constitucionalización al más alto nivel de las modernas tendencias del derecho internacional de los derechos humanos; la ampliación radical del sistema de derechos y garantías; el reconocimiento al carácter plurinacional, multiétnico y pluricultural del Ecuador, unidos a la consideración de la Constitución como norma jurídica directamente aplicable; al nuevo rol de los valores y principios en la configuración del derecho vigente; y al fortalecimiento del papel de los jueces y de la función judicial dentro de la arquitectura constitucional, son una muestra de que el modelo constitucional ecuatoriano existe y que es capaz de dialogar en condiciones adecuadas con el constitucionalismo y la teoría transnacional del derecho.

Para ese propósito el texto está dividido en cuatro partes: en la primera se hace una enunciación de los rasgos básicos del positivismo jurídico, a partir de la caracterización que de ese modelo o modelos hacen Kelsen, Hart y Bobbio, tres de los defensores más prestigiosos de esta manera de entender el fenómeno jurídico. Una segunda parte está dedicada a examinar críticamente la recepción de estas teorías en nuestro país y a partir de allí caracterizar lo que podría denominarse el modelo o paradigma jurídico del positivismo ecuatoriano cuyos rasgos más significativos son el literalismo hermenéutico, el estatalismo teórico y el formalismo ético, todos

unidos sin conciencia ni entendimiento de sus consecuencias. En la tercera parte, se intenta explicar cuáles son los elementos del garantismo constitucional como teoría alternativa y estándar del derecho frente al positivismo hegemónico; particularmente se enfatiza en el alcance y las consecuencias prácticas que para la teoría de la validez de las normas jurídicas[1] tiene la adopción de la perspectiva neoconstitucionalista del derecho y el nuevo rol que cumplen los jueces constitucionales en ese contexto. Finalmente, la última parte presenta los elementos que a nuestro juicio caracterizan el nuevo modelo constitucional ecuatoriano y lo diferencian, tanto del positivismo estándar como del garantismo constitucional europeo.

Un desarrollo como el planteado permite situar adecuadamente al lector en los retos y oportunidades que tiene el nuevo derecho constitucional ecuatoriano, particularmente en lo que atañe a hacer efectivos los derechos y las garantías constitucionales, tanto en términos teóricos como, sobre todo, procesales.

## 2. Los rasgos básicos del positivismo jurídico

Para autores como Hart o Bobbio, hablar de la existencia de un único positivismo jurídico es equivocado, no porque no exista el positivismo, cuanto porque esa expresión general puede tener distintos significados potencialmente contradictorios, que pueden terminar con la defensa de tesis no necesariamente ligadas entre sí.

Hart, por ejemplo, considera que el término positivismo jurídico se puede aplicar a cinco tesis diferentes: a) la caracterización del derecho como conjunto de mandatos formulados por seres humanos; b) la distinción radical entre el derecho y la moral, o también entre el derecho que es y el que debiera ser; c) la clara distinción entre dogmática del derecho,[2] la historia del derecho[3] y la sociología del derecho;[4] d) el entendimiento

1 De acuerdo con la teoría de la validez material que propugna el neoconstitucionalismo, para que una norma sea válida no solo necesita haber sido promulgada cumpliendo ciertos procedimientos previamente establecidos (validez formal), sino que se requiere además la coherencia sustancial con los significados de la Constitución (validez material).

2 La dogmática jurídica se entiende como el estudio del derecho vigente.

3 La historia del derecho se ocupa fundamentalmente de realizar indagaciones históricas sobre el origen del derecho vigente y sobre el derecho o los derechos del pasado.

4 La sociología jurídica es una disciplina científica encargada del estudio de las relaciones entre el derecho y otros fenómenos sociales.

que el sistema jurídico es un orden del que siempre se pueden encontrar respuestas correctas a partir de análisis lógicos, sin necesidad de tomar en cuenta principios éticos, tendencias políticas o fines sociales; finalmente e) la concepción según la cual los hechos jurídicos no se formulan en la forma en que se definen los juicios morales. Entre estas cinco tesis, el maestro inglés considera que no existe ningún vínculo indisoluble, por lo que sería posible defender una o más tesis positivistas independientemente de rechazar las demás.[5]

Entretanto, Bobbio hace más de 40 años[6] estableció que para caracterizar correctamente al positivismo había que distinguir cuatro aspectos básicos autónomos e independientes: a) el positivismo como metodología de estudio del derecho; b) el positivismo como teoría o concepción específica del derecho; c) el positivismo o formalismo como método de aplicación o interpretación del derecho; d) el positivismo como ideología o teoría de la justicia.

El *positivismo metodológico* sería, de acuerdo con el autor italiano, un método especial de estudio del derecho construido sobre la base de la distinción entre la moral y el derecho, y como consecuencia de ello de la diferenciación clara entre el derecho realmente existente y el derecho ideal, entre el derecho como hecho y el derecho como valor, o lo que es lo mismo, entre el derecho que *es* y el derecho que *debe ser*. En ese sentido ser positivista (metodológico) significa adoptar frente al derecho una actitud *científica*, *neutra*, *no valorativa*, de tal manera que se pueda indagar sobre el derecho a partir de datos estrictamente verificables, excluyendo del análisis consideraciones de tipo teleológico o finalista.

Pero el positivismo puede presentarse también como una "teoría general del derecho". De acuerdo con Bobbio, la teoría positivista del derecho, también llamada *positivismo teórico* o *formalismo jurídico*,[7] es una concepción doctrinal ligada a un entendimiento y defensa del modelo estatalista del derecho. Según este filósofo del derecho italiano, el positivismo teórico parte de los siguientes postulados generales:

5 Hart, Herbert. *El concepto del Derecho*. Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 1963.
6 Bobbio, Norberto. *Giusnaturalismo e positivismo jurídico*. Milano, Edizioni di Comunita, 1965.
7 Bobbio, Norberto. *El problema del positivismo jurídico*. México, Editorial Fontamara, 2007, pp. 21 a 26.

a) El carácter estatal del derecho positivo lo que implica que toda norma positiva emana del Estado y su ejecutoridad depende de este;
b) La coactividad del derecho, esto es, el sistema de normas que se cumplen por medio del uso legítimo y monopólico de la fuerza por parte del Estado;
c) El carácter mandatario del derecho, de tal manera que solo son normas jurídicas aquellas que se estructuran como mandatos que "mandan, permiten o prohíben algo";
d) En cuanto a la teoría de las fuentes, la tesis de la supremacía absoluta de la legislación promulgada por el Parlamento;
e) La concepción del ordenamiento jurídico como sistema perfecto y autorreferente carente de lagunas o contradicciones internas; y
f) La creencia sustentada en las tesis de Montesquieu que la actividad del jurista y particularmente del juez es una acción esencialmente lógica y declarativa, no creativa.[8]

El positivismo además puede ser concebido como una *teoría formalista de la interpretación jurídica*. La hermenéutica positivista tendría unas características propias referentes tanto al método adoptado para aplicar e interpretar las leyes, como también a la función atribuida al intérprete. Con respecto al método la hermenéutica formalista predica la preferencia dada a la interpretación lingüística, lógica y sistemática frente a la teleológica; mientras que con respecto a la función es considerada formalista o positivista toda doctrina que atribuye al juez un poder meramente declarativo de las leyes vigentes y su correlativa prohibición de crear derecho.[9]

Finalmente, según Bobbio, el *positivismo* se podría presentar ideológicamente como una *concepción formal de la justicia* denominada "formalismo ético", el cual postularía no ya lo que el derecho es, sino lo que debería ser. Para los seguidores del formalismo ético el acto justo es aquel que está conforme a la ley e injusto el que contraría al legislador. El término más común para designar esta ideología es legalismo.

8 García Máynez, Eduardo. *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*. México, Editorial Fontamara, 1997, pp. 11 y 12.
9 Bobbio, Norberto. *El problema del positivismo jurídico*. México, Editorial Fontamara, 2007, pp. 32 a 34.

En estricto sentido este positivismo ideológico o legalismo es un formalismo ético pues comparte con las teorías formalistas de la ética la afirmación que el juicio ético consiste en un dictamen de conformidad de un acto con la norma, en este caso la norma legal, donde *lo bueno* y deseable surgiría del cumplimiento del mandato legal y *lo malo* o *desviado* de su transgresión.

De acuerdo con la tesis de Bobbio no existiría una relación necesaria de causalidad entre estas cuatro formas de positivismo, y, por tanto, en opinión del jurista italiano no podrían confundirse ni menos ser asimiladas como una sola.[10] Como bien dice nuestro autor, la validez o no de la metodología positivista de estudio del derecho, es independiente de la verdad o falsedad de la teoría estatalista del derecho, o de la corrección o incorrección de la teoría de la justicia y de la ética positivista.

Y en ese sentido, la metodología positivista de estudio del derecho no implica necesariamente compartir los postulados del positivismo teórico, ni este último se encuentra necesariamente ligado a una filosofía jurídica positivista o a una ideología positivista de la justicia, de tal manera que se puede defender el positivismo y ser positivista metodológico, sin asumir la teoría positivista o estatalista del derecho y sin compartir una teoría de la justicia legalista; se puede ser un positivista metodológico y teórico y no asumir necesariamente como propio el positivismo ideológico; y se puede ser las tres cosas.

Pero el positivismo en general y particularmente el formalismo ético y la teoría estatalista del derecho entraron en crisis en los años posteriores a la Segunda Guerra Mundial. No cabe duda de que la crisis del positivismo, y la potente aparición del constitucionalismo social en Alemania e Italia especialmente, están relacionadas con la historia, las circunstancias y el comportamiento del positivismo durante la guerra. Si el positivismo, particularmente la hermenéutica formalista y de la filosofía positivista de la justicia, no hubiera dado sustento a los excesos de los totalitarismos europeos de los años 20 a 40, el positivismo hubiera permanecido como el modelo más adecuado para el análisis del fenómeno jurídico, y el iusnaturalismo hubiera seguido siendo considerado como metafísico y no científico, y como tal, destinado a su paulatina desaparición.

10 *Ibíd*., p. 36.

Sin embargo, la indiferencia del derecho positivista y su cooperación en la justificación formal de los crímenes contra la humanidad ocurridos en Europa a partir de 1933 y hasta 1945 explica perfectamente la llamada "rebelión contra el formalismo" y esa búsqueda de un sustento moral y material al derecho vigente y a la actividad de los juristas que se encarna en ciertas lecturas del constitucionalismo social europeo, que a partir de los años cincuenta del siglo pasado, se han conocido como neoconstitucionalismo, que han *puesto de cabeza*, como dice García Máynez, citando a Hans Welzel, al positivismo.[11]

## 3. Algunas consideraciones acerca de la forma y contenido del positivismo criollo

La cultura jurídica ecuatoriana mayoritaria, anclada en el siglo XIX, está basada en una visión formalista, literalista y mecanicista de lo jurídico, en la que confluyen en una simbiosis algo extraña algunos elementos del más rígido estatalismo jurídico, con una importante dosis de formalismo ético, que es particularmente fuerte entre los jueces. Ello a su vez está unido a una muy pobre capacidad hermenéutica de los operadores de justicia, y a una dosis totalmente insuficiente de método científico aplicado al derecho. Esto da como resultado no solo una versión y una lectura totalmente subestándar del propio positivismo europeo, que hace muchos años ha dejado de aplicarse en sus países de origen; sino lo que es más grave, un derecho sin ninguna capacidad de cumplir con su función de composición social, totalmente indiferente y ajeno a la realidad política, social, económica, cultural y étnica en que se aplica.

Muestra de ello es que en Ecuador todavía existen algunos juristas tradicionales que, ajenos a una mínima comprensión del proceso histórico y social en que viven, sostienen aún la validez de la concepción formal de la justicia que identifica lo justo con lo que es conforme al texto de la ley, y en tal sentido la aplicación del derecho solo se puede dar a partir de una búsqueda del *significado de la ley* positiva estatal; pero olvidan que los operadores jurídicos prácticos y los jueces en particular, aplican estas reglas

11 Eduardo García Máynez, *op. cit.*, p. 110.

positivas a partir de una idea o principio de justicia supuestamente *amoral* que vincula lo justo con lo legal.

Sin embargo, lo cierto es que, como demostraron los seguidores del derecho libre a principios del siglo XX, en todos los casos cuando el juez toma una decisión, esta responde a una motivación interna poderosa que determina en gran medida la solución y que nada tiene que ver con el texto de la ley, y que está compuesta por el propósito práctico y los contextos sociales, políticos y económicos del caso en que se la toma.

Olvidan nuestros positivistas que hoy en día ningún jurista serio (y aquí citamos a autores positivistas tan conocidos como Ross o Bobbio) sigue creyendo que las operaciones realizadas por el juez al administrar justicia sean meramente mecánicas, esto es, basadas exclusivamente en la realización de operaciones lógico deductivas a partir de determinadas premisas legales;[12] sino que hoy en día está más que aceptado que en las decisiones judiciales se da la presencia consciente o inconsciente, manifiesta o tácita, de juicios de valor que incluyen el escogimiento del método jurídico de solución del problema.[13]

Lo que ocurre en el Ecuador —totalmente sintomático de nuestro "parroquialismo"— es que un gran porcentaje de los teóricos y prácticos del derecho, se han mantenido impermeables al propio debate entre positivismo jurídico y iusnaturalismo que se produjo en Europa después de la Segunda Guerra Mundial, y que ha dado como resultado el abandono general del formalismo ético y de la concepción formal de la justicia, tal como reconoció el propio Norberto Bobbio.

En el caso de nuestro país, la adscripción entusiasta de nuestros juristas a esta versión criolla del positivismo ético generó un caldo de cultivo propicio a la debacle del Estado durante la vigencia del modelo constitucional oligárquico empresarial que nos gobernó al país desde 1994 hasta el 2006, que en gran medida es corresponsable del uso injusto de las instituciones y de la ley por la mayoría de los gobiernos de turno.

En lo teórico-dogmático una buena parte de positivistas tampoco han dejado atrás el siglo XIX. Asumen de forma totalmente acrítica las premisas

12 Sobre el particular véase Ross, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Buenos Aires, Eudeba, 1997, pp. 191-194.

13 Bobbio, Norberto. *El problema del positivismo jurídico*. México, Editorial Fontamara, 2007, pp. 34 y 35.

generales del estatalismo jurídico y del monoculturalismo más extremo. Esto les permite aun hoy en pleno siglo XXI, y después de más de 20 años del comienzo de las movilizaciones indígenas ecuatorianas, seguir viviendo en un mundo donde no existe el pluralismo jurídico, así como defender la idea decimonónica de Nación Católica como si estuviéramos todavía gobernados por García Moreno.

Esta miopía histórica y social también les permite defender la tesis del monopolio y de la supremacía absoluta de la ley en el sistema de fuentes. Con esta actitud desconocen la crisis del sistema parlamentario racionalizado en el mundo entero y la irrupción, de la mano de la globalización, de sistemas jurídicos vigentes y válidos ajenos a la realidad normativa del Estado legislativo decimonónico como son la *lex mercatoria* internacional, los derechos derivados de los distintos procesos de integración regional, los derechos de la gente en movimiento desarrollados a partir de los intensos procesos migratorios globales, o el propio derecho de los pueblos indígenas.[14]

Solo el desconocimiento de tal magnitud de las realidades sociales, políticas y jurídicas contemporáneas permite defender el principio de monopolio de la ley y la supremacía del legislador como único responsable del proceso de creación del derecho y, por tanto, son posiciones teóricas que no soportan la más mínima comprobación científica.

Este legalismo ético, el estatalismo jurídico radical y el *fetichismo legal* descritos por supuesto no son gratuitos; obedecen a la necesidad imperiosa de sostener y justificar la permanencia de un statu quo jurídico y político a partir de un supuesto objetivismo y neutralidad de la *ciencia* del derecho.

Finalmente, ese acercamiento acrítico a la teoría positivista del derecho les ha impedido a nuestros juristas ver el nuevo contexto en el que se desarrollan las relaciones entre la legislación y la jurisdicción y una consideración más realista de la función aplicadora y hermenéutica del juez en la realidad, pues a pesar de lo que digan los detractores del supuesto activismo judicial y judicialismo actual, en los hechos, y más allá de lo que

14 Sobre el particular véase Santos, Boaventura de Sousa. *La globalización del derecho*. Bogotá, Universidad Nacional de Colombia / ILSA, 2002; también del mismo autor "El pluralismo jurídico y las escalas del Derecho". *Sociología jurídica crítica*. Madrid, Editorial Trotta, 2009, pp. 75 a 80.

actualmente dice la Constitución de Montecristi sobre el valor del precedente judicial, nuestros jueces crean derecho directa y obligatoriamente aplicable desde el momento en que se desarrolló la teoría de los fallos de triple reiteración en la justicia ordinaria y esto contradice en el plano fáctico cualquier intención o manifestación de conservar intacta la teoría legalista de las fuentes del derecho.

No hay que olvidar aquello que no recuerdan los positivistas ecuatorianos: el objeto de la ciencia del derecho es precisamente el derecho vigente, es decir, el derecho emanado del texto constitucional de Montecristi, y no cualquier otro que nunca ha existido o ha dejado de existir con ocasión de los cambios constitucionales. Aunque lo quieran desconocer algunos juristas ecuatorianos, la realidad es que la Constitución de 2008 es derecho positivo y está vigente, pues, no solo fue proyectada y discutida mediante un típico procedimiento representativo (una Asamblea proyectista),[15] sino que fue ratificada por inmensa mayoría de votos válidos por el pueblo que es el único titular indelegable del poder constituyente. Este es el procedimiento que permite hablar de vigencia a cualquier jurista positivista que acoja la teoría pura del derecho de Kelsen.

## 4. El garantismo constitucional como paradigma alternativo al positivismo

El garantismo constitucional, también conocido como neoconstitucionalismo, es una nueva filosofía y cultura jurídica y una nueva teoría del derecho. En ese sentido, con este nombre se alude tanto a un modelo de Estado de derecho, como a un tipo de teoría del derecho requerida para explicar dicho modelo y también se refiere a la ideología, o filosofía política que permite justificar la fórmula del Estado constitucional de derecho.[16]

En cuanto *modelo de Estado*, como dice Prieto Sanchís siguiendo a Fioravanti, el neoconstitucionalismo es el resultado de la convergencia de

15 Sobre el concepto de asamblea proyectista y su diferencia con el poder constituyente, véase Carpizo, Jorge. "Algunas reflexiones sobre el poder constituyente". *Teoría de la Constitución: ensayos escogidos*. Ed. Miguel Carbonell. México, Editorial Porrúa, 2005.

16 Prieto Sanchís, Luis. "Neoconstitucionalismo". *Diccionario de Derecho Constitucional*. México, Editorial Porrúa, 2005, pp. 420-423.

las dos tradiciones constitucionales clásicas, aquella que concibe a la Constitución como documento jurídico, una norma, que asegura la autonomía del individuo frente al poder del Estado[17] (versión norteamericana), y la que concibe a la Constitución como un mero documento o programa político de transformación social (versión europea).

El neoconstitucionalismo entonces, como teoría del Estado funde elementos de estas dos tradiciones jurídicas originalmente contrapuestas: fuerte contenido material con forma normativa y garantía jurisdiccional de esa normatividad.

En tanto *teoría del derecho*, el neoconstitucionalismo es profundamente crítico con varios postulados básicos del positivismo teórico: a) el carácter estatal del derecho positivo; b) la teoría positivista de las fuentes y su identificación del derecho con la ley; c) el axioma según el cual el ordenamiento jurídico es un sistema carente de contradicciones internas; d) la creencia en la actividad estática lógica y declarativa del juez. Por otra parte, mantiene intactos y comparte otros postulados fundamentales del positivismo: i) la coactividad del derecho; ii) su estructura y carácter imperativo.

Finalmente, en cuanto ideología de la justicia, el neoconstitucionalismo solo se puede entender como reacción ética a los abusos del positivismo en tiempos del fascismo, y como tal se separa de forma radical de la filosofía política del positivismo que al considerar justo el derecho por el solo hecho de serlo, posibilitó el avance y los resultados del totalitarismo. En ese sentido, comparte con el iusnaturalismo la búsqueda ética de la validez material de las normas, y la consideración de la *materialidad* y del *denso contenido normativo* de la Constitución,[18] lo cual permite a los autores neoconstitucionalistas insistir, siguiendo a Leibniz,[19] que el derecho vale y, consecuentemente, obliga no solo porque lo haya expedido el legislador atendiendo un procedimiento previamente establecido, sino en

17 La Constitución en esta primera versión tiene como función asegurar la autonomía del individuo frente a un Estado capaz, como demostró la historia europea, de llevar a la población a la catástrofe humanitaria fascista.

18 Algunos detractores del neoconstitucionalismo creen que a pesar de su indefinición teórica, el neoconstitucionalismo es simplemente la reedición contemporánea e históricamente cíclica de la teoría del derecho natural, por tanto tan antigua como esta, que comienza a desarrollarse en Europa en la Edad Media y florece en los siglos XVII y XVIII.

19 Leibniz creía que hablar de derecho justo era un pleonasmo, y de derecho injusto una contradicción.

tanto en cuanto tiene un contenido material justo. A su vez participa de algunas ideas positivistas como la identificación del derecho con el derecho positivo vigente, la distinción entre la moral y el derecho positivo, y la consideración de la Constitución como una norma jurídica directamente aplicable.

Estas similitudes y diferencias entre neoconstitucionalismo y positivismo son las que en última instancia permiten entender el fenómeno de "constitucionalización del ordenamiento jurídico" y la caracterización del Estado contemporáneo como un Estado constitucional de derecho donde:

a) El Estado tiene una nueva finalidad material: la garantía efectiva de los derechos de las personas;
b) La Constitución es la norma jurídica suprema del ordenamiento por encima de la ley;[20]
c) La Constitución en este tipo de Estado es norma jurídica directamente aplicable, sin que se requiera de desarrollo normativo secundario;
d) La omnipresencia de la Constitución en todas las esferas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes;
e) La coexistencia de valores tendencialmente contradictorios en lugar de homogeneidad ideológica;
f) El reforzamiento del papel del juez frente al resto de funciones estatales y particularmente frente a la antigua autonomía del legislador, pues se asigna a la jurisdicción una función directa de garantía de los derechos de las personas y de creación de derecho;[21]
g) Se produce, además, un cambio sustancial en la forma de hacer los juicios de validez de las normas jurídicas: para que una norma sea válida no solo necesita haber sido promulgada cumpliendo ciertos procedimientos previamente establecidos (validez formal), sino que se requiere

20 Lo que implica que la legalidad se transforma en un mero componente de la constitucionalidad con todas sus consecuencias. A partir de la aparición del Estado constitucional los parlamentos, y en el caso ecuatoriano la Asamblea Nacional, no podrán extender sus competencias en detrimento del poder constituyente ni restringirlas en beneficio del poder reglamentario que tiene el Ejecutivo.

21 Los jueces dejan de ser la boca de la ley que proclamaba Montesquieu y se convierten en verdaderos hacedores e intérpretes del derecho.

además la coherencia sustancial con los significados de la Constitución (validez material);

h) Toda esa nueva institucionalidad es garantizada por un organismo autónomo y especializado, el Tribunal o Corte Constitucional, cuya principal función es asegurar la supremacía e indemnidad de la Constitución.

Si hacemos un examen analítico de cada una de ellas tenemos:

En cuanto a la supremacía de la Constitución, su carácter de norma jurídica directamente aplicable y la tendencia a la constitucionalización total del ordenamiento son claramente una concreción de la teoría positivista del derecho y un desarrollo obvio de la tesis de la separación entre derecho y moral, con la única diferencia que el lugar que antes ocupaba la ley en el sistema jurídico, hoy día lo ocupa la Constitución, hasta el punto que algunos autores plantean con razón, la sustitución de la teoría de la soberanía del Estado como fundamento de legitimidad del derecho vigente, por la tesis de la soberanía de la Constitución.[22]

En lo que atañe a la finalidad del Estado vinculada a la garantía efectiva de los derechos de las personas, y la transformación del concepto y el juicio de validez de las normas a partir de la necesidad de coherencia sustancial con los significados de la Constitución son claramente elementos que dan sustento y permiten desarrollar el concepto de democracia sustancial propugnado por los autores neoconstitucionalistas.

Respecto a la existencia de una interpretación conforme a la Constitución, estos rasgos tienen dos lecturas: o como un desarrollo lógico del positivismo metodológico en tanto búsqueda de una interpretación apegada al texto normativo, o bien cabe una lectura con rasgos iusnaturalistas si se acepta y se pone el acento en la existencia de un orden

22 Recuérdese que el liberalismo clásico —en particular la teoría liberal del derecho— parte de la premisa desarrollada inicialmente por Rousseau de la existencia de la soberanía popular; soberanía que en el tránsito del liberalismo revolucionario dieciochesco al liberalismo conservador del siglo XIX se convirtió en la tesis de la soberanía nacional de Sieyes; la cual a su vez el Estatalismo liberal de fines de siglo convirtió siguiendo a Hegel en la Soberanía del Estado, que entró en crisis profunda después de la Segunda Guerra Mundial cuando el movimiento neoconstitucionalista —primero en Alemania y luego en Italia y los demás países de Europa— convirtió la soberanía de la Constitución como norma jurídica.

objetivo de valores que se encontraría mediante una lectura *correcta* de la Constitución.

Finalmente, la ruptura del monopolio legislativo en la creación de las normas jurídicas y el papel preponderante del juez en la garantía de la Constitución, si bien son elementos que reflejan una ruptura con el modelo estatalista de las fuentes al desconocer el monopolio legislativo en la producción de las normas,[23] no es una característica que pueda derivarse directamente de una postura iusnaturalista del derecho, pues los seguidores del iunsnaturalismo desconfían absolutamente del juez como lo demuestra la formulación inicial del principio de separación de poderes que debemos a Montesquieu, que como todos los ideólogos del primer liberalismo revolucionario era un iusnaturalista irredento.

En definitiva, el neoconstitucionalismo no es una reedición contemporánea del viejo iusnaturalismo dieciochesco, ni una versión reformada del positivismo del siglo XIX y XX que intente responder a las críticas que desde la segunda posguerra mundial se ha hecho a esta concepción global del derecho, sino un conjunto de saberes y actitudes frente al fenómeno jurídico como una ideología y teoría jurídicas que saliéndose de la tradicional disputa ontológica y epistemológica entre positivismo y iusnaturalismo intenta construir un nuevo modelo de derecho y una nueva cultura jurídica postpositivista, ética y políticamente comprometidas con la positivización y la garantía jurídica de la dignidad humana encarnada en un conjunto de creencias, valores y expectativas sociales progresistas y emancipadoras representadas en los derechos humanos.[24]

---

23 Si hacemos caso a eminentes autores positivistas europeos como el profesor español Ignacio de Otto en los modelos constitucionales garantistas (neoconstitucionalistas) no habría Constitución, porque a su juicio "el concepto de constitución como norma suprema presupone una determinada estructura del ordenamiento históricamente dado, donde no hay Constitución cuando creación y aplicación del derecho están unidas, por ejemplo en los sistemas de derecho judicial". Esto es obviamente una contraevidencia fáctica con el desarrollo contemporáneo del derecho constitucional, particularmente en América Latina. Véase De Otto, Ignacio. *Derecho constitucional: sistema de fuentes*. Barcelona, Editorial Ariel, 1997, pp. 14 y 15.

24 Sobre el particular véase Carbonell, Miguel. *La enseñanza del derecho*. México, Editorial Porrúa, 2004, pp. 9 a 16. También Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid, Editorial Trotta, 2003, pp. 114 a 116.

## 5. Los elementos esenciales del nuevo modelo constitucional ecuatoriano

Si el neoconstitucionalismo es una metodología, una teoría y una filosofía del derecho que surge y se explica históricamente como una apertura a los derechos humanos y a los principios de justicia en reacción a los horrores fascistas, el modelo constitucional implícito en la actual Constitución ecuatoriana se entiende como una reacción humanista a los abusos del modelo constitucional autoritario y empresarial que se desarrolló en nuestro país en los últimos 20 años. No es una moda, sino la respuesta obvia a la crisis del paradigma que imperó en el país desde 1984 hasta 2006.

No hay que olvidar que el Estado empresarial que se estructuró en Ecuador, se caracterizó por una privatización progresiva de lo público; la eliminación de la identidad entre lo público y lo estatal; el reemplazo de la ley por el contrato como principal instrumento de regulación social; la sustitución del debate parlamentario que es reemplazado por el *lobby* corporativo; la incapacidad creciente del Estado de garantizar jurídicamente los derechos, y especialmente los derechos sociales,[25] lo que trajo como resultado la total desestructuración política, social y económica de la región.

Ante esta crisis, en ciertos círculos académicos y políticos se comienza a plantear la necesidad de construir un nuevo modelo estatal posneoliberal que saque al país de la postración profunda en la que se encontraba. El modelo encontrado, que fue desarrollado ampliamente en las nuevas constituciones latinoamericanas desde 1988[26] conjuga los principales postulados del garantismo constitucional europeo, con respuestas propias e imaginativas a los retos políticos, sociales y culturales que se manifiestan en la región con ocasión de la inmensa movilización social contra la implantación del modelo de economía social de mercado.

En ese sentido, el modelo constitucional ecuatoriano de 2008 participa de los elementos del modelo constitucional postpositivista esbozados,

25 Montaña Pinto, Juan. "Supremacía de la Constitución y control de constitucionalidad en la Constitución ecuatoriana de 2008". *Corte Constitucional: Jornadas de capacitación en justicia constitucional*. Quito, 2008, pp. 109 a 123.

26 El proceso se inicia con la expedición de la Constitución brasileña de 1988 y se concreta en la Constitución colombiana de 1991.

con los siguientes elementos propios de la realidad constitucional local: a) la adopción de un modelo de democracia participativa en reemplazo de la antigua democracia representativa; b) la constitucionalización de las modernas tendencias del derecho internacional de los derechos humanos; c) el fortalecimiento del papel de los jueces y la función judicial dentro de la arquitectura constitucional; d) la ampliación radical del sistema de garantías establecido en la Constitución; e) el reconocimiento al carácter multiétnico y pluricultural de las naciones latinoamericanas.

Veamos un poco más profundamente cada uno de ellos:

a) *Democracia participativa.* El primer rasgo relevante del nuevo paradigma constitucional nacional es el reemplazo del esquema de democracia inorgánica propia de la tradición clásica liberal, por un modelo de democracia participativa que sin renunciar a los instrumentos de participación propios de la democracia representativa, los complementa y los profundiza con mecanismos de democracia directa; entendiendo por democracia directa aquel sistema político donde el ciudadano participa directamente de las decisiones políticas que se toman en la sociedad, sin que exista la mediación de ningún otro agente.

   Efectivamente, la cultura política basada en la militancia partidista tiende a convertirse en una cultura cívica organizada en pautas y jerarquizada en valores pluralistas, transformando el concepto mismo de democracia, que ha pasado de ser una frágil democracia de partidos, a ser una democracia que podríamos denominar, como multidimensional.

   Todo este conjunto de transformaciones sociales e institucionales han producido la redefinición del papel de la ciudadanía en una nueva teoría democrática que aporta elementos importantes para sacar a la democracia ecuatoriana del estado de agotamiento teórico en que se encuentra, redefinición que ha llevado a algunos a hablar del fin de la equivalencia entre función pública y función estatal.

   De allí que como formas de expresión de la democracia participativa, las constituciones latinoamericanas más avanzadas (Brasil, Colombia, Venezuela, Bolivia) y dentro de ellas la Constitución ecuatoriana de 2008, establecieron mecanismos como el voto programático, el referéndum, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa popular, la demanda popular de rendición de cuentas, e incluso, la revocatoria del mandato

de autoridades elegidas democráticamente, estas son consideradas una herejía en el contexto del constitucionalismo estatalista europeo.

b) *El papel del derecho internacional de los derechos humanos en la nueva estructura constitucional.* El segundo elemento que permite diferenciar el nuevo modelo constitucional, respecto de los paradigmas clásicos del constitucionalismo, es la constitucionalización de las modernas tendencias del derecho internacional de los derechos humanos; proceso que ha conllevado importantes cambios tanto en la parte orgánica como sobre todo en la parte dogmática de la Constitución.

En el plano de las transformaciones dogmáticas, encontramos en el nuevo texto constitucional dos importantes avances respecto del constitucionalismo anterior: primero, el reconocimiento de la primacía del derecho internacional de los derechos humanos frente a las normas internas; segundo, la ampliación del catálogo de derechos, independientemente de su consagración formal.

En desarrollo de este principio en las últimas constituciones latinoamericanas, incluida la ecuatoriana vigente, definen el carácter no taxativo de las declaraciones de derechos, incorporando una cláusula abierta que permite dar una protección reforzada a situaciones jurídicamente relevantes, presentes o futuras, que no obstante haber sido excluidas de la enumeración constitucional de los derechos, y debido a su conexidad con la dignidad de la persona, merecen ser garantizadas mediante su reconocimiento como derechos subjetivos, disposición que además de facilitar la adaptación de la Constitución a los nuevos tiempos, otorga a los jueces una inmensa capacidad de transformación de la sociedad por medio de la creación de nuevo derecho, función que aleja a los jueces de esa imagen de aplicadores mudos de la ley que la doctrina liberal clásica les había impuesto.

Pero desde una óptica orgánica la nueva Constitución también ha introducido significativas innovaciones que afectan la estructura del Estado. La principal transformación en este sentido ha sido la institucionalización de una Corte Constitucional con funciones reforzadas, capaz no solo de constituirse en legisladores negativos, sino de crear y aplicar nuevo derecho de origen jurisprudencial a partir del desarrollo de sus competencias de intérprete supremo y autorizado de la Constitución.

c) *El nuevo rol de los jueces en el modelo constitucional.* Otro elemento que permite considerar al paradigma constitucional ecuatoriano como un aporte novedoso al constitucionalismo latinoamericano y mundial es el fortalecimiento del papel de la función judicial dentro de la arquitectura constitucional.

En efecto, el rechazo al presidencialismo hipertrofiado que ha caracterizado los sistemas políticos latinoamericanos, a causa de su incapacidad de resolver adecuadamente las demandas ciudadanas, unido a la profunda crisis que sufre el modelo parlamentario en su versión oligárquica latinoamericana ha producido un redimensionamiento de la función jurisdiccional dentro de la estructura del Estado, la cual tiene en la nueva Constitución un papel protagónico hasta ahora desconocido en la impulsión y efectivización del conjunto de las tareas estatales.

En ese sentido, la asunción en la Constitución ecuatoriana del carácter normativo de la totalidad de sus disposiciones y la centralidad que ha asumido la parte dogmática de los textos constitucionales, ha llevado a la aplicación directa (sin mediación del legislador) de los preceptos constitucionales, con lo cual la jurisdicción ya no puede entenderse como la simple sujeción del juez a la ley, sino que es fundamentalmente la interpretación de su significado, y en ese sentido la ciencia jurídica ha dejado de ser mera descripción normativa para convertirse en análisis crítico del derecho vigente, es decir, interpretación del sistema normativo a la luz de los principios y valores constitucionales.

Sin duda, la asunción de esas responsabilidades y competencias ha sido posible gracias a que la Constitución en lugar de regresar al modelo clásico de división de poderes, que otorgaba la preponderancia al poder legislativo por medio de su papel central en la creación del derecho positivo, ha flexibilizado de forma significativa su interpretación, de tal suerte que en nuestra región, existe la tendencia a que sean los órganos jurisdiccionales, y no el Congreso o el Gobierno, los que asumen el rol fundamental en la creación del derecho por medio de su función de intérpretes de la Constitución.

Esta función es particularmente importante debido a que en la mayoría de los países de la región los jueces ordinarios, antes solo preocupados de dirimir los conflictos jurídicos en sus respectivas áreas de especialidad, hoy día se han convertido en jueces constitucionales

mediante el ejercicio de las competencias respecto de las garantías jurisdiccionales de los derechos.

d) *Transformación de la Teoría General de los Derechos.* Uno de los rasgos más interesantes del nuevo modelo constitucional ecuatoriano es la estructura novedosa del sistema de garantía de los derechos constitucionales establecido por la Constitución de Montecristi.

El primer elemento que llama la atención del lector respecto de la teoría de los derechos implícita en la Constitución ecuatoriana de 2008, es la objetivación de los derechos mediante su conversión en elementos objetivos del ordenamiento, de tal suerte que ya no son únicamente límites (derechos subjetivos) al ejercicio del poder del Estado, sino que son además pilares del funcionamiento de todo el Estado. Un segundo componente, que merece atención respecto del edificio dogmático construido por la Constitución vigente en Ecuador, es la despersonalización de los derechos que implica tanto la ampliación de la titularidad y de las garantías hacia comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, como la "prosopopeya jurídica" de la naturaleza, que implica la personificación, por primera vez en la historia jurídica de occidente de un objeto inmaterial indeterminado, elemento que rompe con cualquier tradición dogmática en materia de derechos.[27]

Otro elemento importante en materia de derechos que incorpora la nueva Constitución ecuatoriana es la desformalización del catálogo de derechos, reconocidos constitucionalmente, que se produce con la incorporación a la Constitución de aquellos derechos establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. Además, otro avance sustantivo respecto de la teoría clásica de los derechos constitucionales es la eliminación de la distinción entre derechos individuales y colectivos, mediante la existencia de una posibilidad de ejercicio individual o colectivo de cualquiera de los derechos establecidos en la Carta fundamental.

La Constitución de 2008 también establece tanto la directa e inmediata aplicación de todos los derechos constitucionales como su plena justiciabilidad, lo que incluye su informalidad. Así mismo, otro de los

27 Véase el artículo 10, inciso 2 de la Constitución del Ecuador de 2008.

elementos novedosos del nuevo esquema constitucional en materia de derechos es la eliminación de la jerarquía entre derechos que implica la plena normatividad y exigibilidad de todos los derechos incluyendo los derechos económicos, sociales y culturales, y de los derechos colectivos de las nacionalidades, pueblos y comunidades indígenas y afroecuatorianas.

Todos estos principios de aplicación de los derechos son ampliados y complementados por la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que profundiza y reglamenta estos principios cuando establece un conjunto de principios adicionales de aplicación de la justicia constitucional entre los que se destacan: la regla de la aplicación más favorable a los derechos, el de optimización de los principios constitucionales; la obligatoriedad del precedente constitucional y la prohibición de denegación de justicia constitucional, así como la aclaración necesaria del carácter vinculante de la jurisprudencia como fuente del derecho.

En cuanto a la primera, se trata del mismo principio de *interpretación conforme a la Constitución*, según el cual cuando existan dos o más normas o interpretaciones que se ajusten al caso se debe escoger aquella que esté más acorde con el texto íntegro de la Constitución y que proteja mejor los derechos constitucionales. Respecto de la *optimización de los principios constitucionales*, esta consiste en que la creación, interpretación y aplicación del derecho en el ordenamiento ecuatoriano siempre deberá orientarse a conseguir materialmente la eficacia de la Constitución y particularmente de sus principios y valores.

En cuanto a la *obligatoriedad del precedente*, este consiste en que los criterios hermenéuticos establecidos por la Corte Constitucional en sus dictámenes y sentencias son fuente directa del derecho y tienen fuerza vinculante, de tal suerte que una vez establecido, la Corte solo podrá alejarse de él *argumentando de manera fuerte* las razones del alejamiento, teniendo como único límite la garantía de la progresividad de los derechos y la del modelo de Estado. En lo que atañe a *obligatoriedad de administrar justicia constitucional* de acuerdo con este principio no se puede denegar justicia constitucional alegando falta de norma, oscuridad de la ley o contradicciones entre normas o principios.

e) *El reconocimiento del carácter plurinacional del Estado ecuatoriano.* El último rasgo relevante del nuevo modelo constitucional ecuatoriano, que comparte con la mayoría de las últimas constituciones del subcontinente, es el reconocimiento del carácter plurinacional del Estado con el consecuente reconocimiento de mecanismos jurídicos para preservar y potenciar las diferencias culturales, sociales y políticas de las comunidades y pueblos étnica o culturalmente diferenciados.

Es a partir de 1988 cuando, por obra de los múltiples movimientos y luchas indígenas y de las recomendaciones hechas por Naciones Unidas, Brasil introdujo por primera vez en su ordenamiento constitucional el reconocimiento de las formas de organización social, costumbres, lenguas, creencias y los derechos originarios sobre las tierras que tradicionalmente ocupan los indígenas. En toda América Latina han sobrevenido profundas transformaciones constitucionales relativas a la garantía de derechos especiales para los pueblos indígenas lo cual ha implicado un importante esfuerzo de adecuación, no solo en el plano institucional sino especialmente en relación con la propia dogmática de la Constitución que ha debido centrar sus esfuerzos en el diseño e implementación de una nueva teoría de la interpretación constitucional que, sin perder su propia naturaleza, dé respuestas adecuadas a los retos que el reconocimiento del pluralismo étnico y cultural presenta frente a la concepción tradicional del derecho a la igualdad que han propugnado los defensores de la noción clásica del Estado-nación, especialmente aquellos juristas positivistas que creen de manera radical en la concepción monista del derecho, y que por tanto, identifican y reducen la noción de ordenamiento jurídico al derecho positivo estatal.

La principal consecuencia jurídico-constitucional de este reconocimiento la encontramos en la modificación sustancial del sistema de fuentes, transformación que ha implicado hacer visibles y dotar de pleno valor jurídico a los distintos sistemas de derecho que coexisten y se yuxtaponen al interior de estos ordenamientos jurídicos. Así, por ejemplo, en el caso ecuatoriano, el pluralismo jurídico reconocido en beneficio de los pueblos indígenas, implica la vigencia de tres órdenes normativos o sistemas de derecho que tienen como característica el ser diferentes y complementarios:

1) La legislación general, aplicable a todos los habitantes del Ecuador, y en tal virtud a los pueblos indígenas, que en su calidad de ciudadanos gozan de todos los derechos y están sujetos a similares obligaciones de los demás nacionales;
2) La legislación especial indígena, que se ha desarrollado como una medida de discriminación positiva favorecedora del principio de igualdad, y que está compuesta por los instrumentos internacionales que versan sobre derechos de los pueblos indígenas y demás grupos étnicos, y por normas constitucionales, legales y reglamentarias que establecen un conjunto de derechos y garantías especiales en beneficio de los pueblos indígenas apelando a la realidad de las diferencias culturales existentes entre la cultura mayoritaria y las culturas originarias;
3) Los sistemas jurídicos propios, que como lo hemos dicho, en el caso ecuatoriano constituyen sistemas de derechos reconocidos constitucionalmente, y en esa medida aplicables en los territorios indígenas, los cuales están integrados por las normas, instituciones, usos, costumbres, procedimientos y métodos de control y regulación social propios de la tradición cultural de cada una de las nacionalidades y pueblos indígenas.

## 6. Bibliografía


Aguiló Juan. *Teoría General de las Fuentes del Derecho*. Barcelona, Editorial Ariel, 2000.

Bobbio, Norberto. *El problema del positivismo jurídico*. México, Editorial Fontamara, 2007.

_____. *Giusnaturalismo e positivismo jurídico*. Milano, Edizioni di Comunita, 1965.

Carbonell, Miguel. *La enseñanza del Derecho*. México, Editorial Porrúa, 2004.

Carpizo, Jorge. "Algunas Reflexiones sobre el poder Constituyente". *Teoría de la Constitución: ensayos escogidos*. Ed. Miguel Carbonell. México, Editorial Porrúa, 2005.

De Otto, Ignacio. *Derecho constitucional: sistema de fuentes*. Barcelona, Editorial Ariel, 1997.

García Máynez, Eduardo. *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*. México, Editorial Fontamara, 1997.

Hart, Herbert. *El concepto del Derecho*. Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 1963.

Montaña, Juan. "Supremacía de la Constitución y control de constitucionalidad en la Constitución ecuatoriana de 2008". *Corte Constitucional: jornadas de capacitación en justicia constitucional*. Quito, 2008.

Prieto Sanchís, Luis. "Neoconstitucionalismo". *Diccionario de Derecho Constitucional*. Coord. Miguel Carbonell. México, Editorial Porrúa 2005.

Ross, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Buenos Aires, Eudeba, 1997.

Santos, Boaventura de Sousa. "El pluralismo jurídico y las escalas del Derecho". *Sociología jurídica crítica*. Madrid, Editorial Trotta, 2009.

_____. *La globalización del Derecho*. Bogotá, Universidad Nacional de Colombia / ILSA, 2002.

Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid, Editorial Trotta, 2003.

# El derecho a renacer: aproximación fenomenológica a la justicia constitucional en Ecuador

Juan Montaña Pinto*

> Al borde del camino, los dos cuerpos; uno junto del otro, desde lejos parecen amarse. Un hombre y una muchacha, delgadas formas cálidas tendidas en la hierba, devorándose. Estrechamente enlazando sus cinturas; aquellos brazos jóvenes, se piensa: soñarán entregadas sus dos bocas, sus silencios, sus manos, sus miradas. Mas no hay beso, sino el viento sino el aire seco del verano sin movimiento. Uno junto al otro están caídos, muertos, al borde del camino, los dos cuerpos. Debieron ser esbeltas sus dos sombras; de languidez; adorándose en la tarde. Y debieron ser terribles sus dos rostros frente a las amenazas y relámpagos. Son cuerpos que son piedra, que son nada, son cuerpos de mentira, mutilados, de su suerte ignorantes, de su muerte, y ahora, ya de cerca contemplados, ocasión de voraces negras aves.
>
> *Llanura de Tuluá*, Fernando Charry Lara.

## 1. Introducción

Según sus seguidores, la fenomenología es un área o disciplina filosófica que se ocupa de estudiar la relación existente entre los fenómenos de la naturaleza y la conciencia que de ellos tenemos las personas. La fenomenología es en esencia un método de investigación de los objetos, surgido en el siglo XX. Su propósito, no consiste en *demostrar* esas verdades o *validar* tales proposiciones sobre dichos objetos, como sería de acuerdo al método científico, sino aproximarse a ellos, penetrarlos con la conciencia, explorarlos con el rigor necesario y comprenderlos en su estructura interna.

* Director Ejecutivo del Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC).

En ese sentido, la fenomenología se constituye en una alternativa tanto al método cartesiano como al propio neokantismo.[1] A diferencia de los cartesianos considera que solo existe aquello que se puede percibir por los sentidos; mientras que se distingue del neokantismo porque sus seguidores consideran que la realidad es un proceso de transformación cuyas condiciones están situadas en la estructura de nuestro pensamiento.[2] La fenomenología, por el contrario, supone real no las transformaciones de un idéntico material libre de valores, sino reproducciones de trozos parciales de un ser óntico complejo.

La fenomenología se sustenta discursivamente en la idea de que en el mundo hay tantos hechos como *esencias*. Los hechos serían los fenómenos contingentes, mientras que las esencias serían las realidades necesarias. La fenomenología es el estudio de las esencias. Todos los problemas, según ella, se reducen a definir esencias: esencia de la percepción, esencia de la conciencia, por ejemplo. Pero la fenomenología es también una filosofía que vuelve a colocar las esencias en la existencia y considera que no se puede comprender al hombre y al mundo sino a partir de su "facticidad".[3] La tarea de la fenomenología es entonces encontrar y describir esas esencias y relaciones esenciales existentes en la realidad, ya que los fenomenólogos consideran que además de la intuición empírica o percepción existe la intuición de las esencias o formas universales de las cosas, lo cual implica aspirar al conocimiento estricto de los fenómenos, no como apariencias sensibles sino en cuanto *objetos en sí que se ofrecen a la conciencia*.[4]

En el mundo del derecho la fenomenología considera que los hechos jurídicos tales como las acciones, las pretensiones, los derechos tienen un ser independiente del que los hombres lo aprehendan o no, y, particularmente, el derecho existe con independencia del derecho positivo, pues este se encuentra con conceptos jurídicos que le corresponden, y en modo alguno los genera,[5] pues una cosa es ver el derecho a la vida o a la

1 Los cartesianos consideran que solo existe lo percibido por los sentidos después de haberlo puesto en duda y ratificado por la razón.

2 Larenz, Karl. *Metodología de la ciencia del Derecho*. Barcelona, Editorial Ariel, 1994, pp. 133 a 140.

3 Merleau Ponty, Maurice. *Introducción a la fenomenología de la percepción*. México, Fondo de Cultura Económica, 1957.

4 Merleau Ponty, Maurice. *Lo visible y lo invisible*. Buenos Aires, Editorial Nueva Visión, 2010.

5 Reinach, Adolf. *Acerca de la fenomenología de los derechos*, citado por Larenz, Karl. *Metodología de la ciencia del Derecho*. Barcelona, Editorial Ariel, 1994, p. 134.

propiedad en un ordenamiento jurídico determinado y otra la propiedad como tal, es decir, la relación esencial que existe entre el dueño y la cosa; en otros términos, que el derecho positivo y las normas solo desarrollan su fuerza jurídica al ser aplicadas en la práctica.

La idea del presente escrito es justamente hacer un examen que podríamos llamar "fenomenológico" de la justicia constitucional en Ecuador, lo cual implica estudiar a la justicia constitucional en relación con su contexto de aplicación, lo cual nos permitirá encontrar las "relaciones esenciales" que hay detrás del control constitucional en el país positivamente considerado. En ese sentido, intentamos superar la visión de la justicia constitucional en nuestro país desde el punto de vista normativo, trabajo que ya ha sido realizado por distintos autores nacionales,[6] y a pesar de que nos describe cuál ha sido la evolución del control constitucional en Ecuador desde los orígenes del Estado en 1830, nada nos ha dicho en relación con el porqué el ordenamiento jurídico funciona como lo hace y el porqué ha evolucionado así y no de otra manera. El derecho positivo, y en este caso la justicia constitucional, existe solo en el espacio y tiempo históricos en que se desarrollan.

Un examen fenomenológico y no tan solo normativo permitirá realizar una foto más exacta del proceso de constitucionalización del derecho ecuatoriano, y encontrar las razones de la lentitud y dificultad de abandonar ciertas formas jurídicas y prácticas políticas que con la disculpa de reconstruir el Estado introducen por la ventana la lógica de la razón de Estado en la aplicación del derecho que impide, o, por lo menos, dificulta enormemente la efectividad de los derechos; y que amenazan con convertir la revolución constitucional planteada por el constituyente de Montecristi y el proyecto de constitucionalización del derecho ecuatoriano en letra muerta. Desde nuestro punto de vista, a este proceso jurídico y político no le puede ocurrir lo mismo que a los protagonistas de "llanura de Tuluá", el poema de Fernando Charry Lara que encabeza este escrito, en el que de lejos parecía la imagen feliz de una pareja de enamorados a la orilla de un río, en realidad, después de pasarlo por la conciencia,

6 Véase, a manera de ejemplo, Borja y Borja, Ramiro. *Derecho constitucional ecuatoriano*, tomos 1 y 2. Quito, 1979; Bossano, Guillermo. *Evolución del derecho constitucional ecuatoriano*. Quito, Editorial Universitaria, 1985; Grijalva, Agustín. "Evolución histórica del control constitucional en Ecuador". *Constitucionalismo en el Ecuador*. Quito, CEDEC / Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011.

termina siendo el hallazgo de dos cadáveres, a punto de ser devorados por los buitres, después de haber sido asesinados a balazos y abandonados a la vera del camino.

Pero la explicación de ese proceso de desentrañamiento de las realidades esenciales de la justicia constitucional ecuatoriana no se puede hacer si no hay una comprensión cabal del proceso paralelo de trasplante al Ecuador de la ideología constitucionalista y de las adaptaciones que ha sufrido en el largo y difícil proceso de su institucionalización jurídica. Para ello, tenemos que partir de algunos conceptos generales del proceso de creación e institucionalización de la justicia constitucional, para después ir derivando hacia las realidades concretas del desarrollo constitucional ecuatoriano.

En ese sentido, en una primera parte se analizan de manera general las posibles razones que han justificado la existencia de una justicia constitucional autónoma e independiente de los otros poderes del Estado, desde aquellas que hemos conocido a partir de la mitología constitucionalista centrada en el nacimiento del control difuso de constitucionalidad, pasando por la propuesta kelseniana de control concentrado de constitucionalidad personificado en la existencia de un Tribunal Constitucional con facultades de legislador negativo; y terminando en los modelos mixtos tradicionales de América Latina, que además de ser una mezcla entre los dos modelos clásicos de jurisdicción constitucional, se estructuran como un punto intermedio entre el paradigma del control político de constitucionalidad basado en la y el modelo de control judicial.

En una segunda parte, se hace un breve análisis del itinerario del proceso de trasplante del modelo kelseniano de control constitucional al Ecuador a partir de la creación del Tribunal de Garantías Constitucionales en 1945, hasta su institucionalización definitiva en la Constitución de 1998. En este apartado más que una descripción normativa del proceso de cambio vivido por la jurisdicción constitucional, se trata de examinar las razones reales, ancladas en la sicología colectiva del ecuatoriano y en las prácticas políticas nacionales de porqué el control judicial de constitucionalidad en nuestro país ha sido una experiencia más retórica que real.

El tercer capítulo es un intento de sistematización de las razones del cambio constitucional y del proceso constituyente mismo, vistos desde el

campo de la justicia constitucional. En este apartado se intenta estudiar y comprender, a la luz de la imagen literaria del renacimiento del ave fénix, cómo fue que se llegó a estructurar verdaderamente el sistema de control constitucional que tenemos en la actualidad. Este proceso se hace a partir de una descripción positiva del modelo finalmente aprobado por los asambleístas en Montecristi y ratificado por el pueblo en referéndum constitucional y del recuento y el análisis crítico de las discusiones vividas en la constituyente por los defensores y detractores del proyecto de constitucionalización del derecho, así como de la agenda de los derechos en la Constitución. En este epígrafe hay un especial cuidado en reconstruir y entender las razones y los argumentos de los defensores del tradicionalismo jurídico y de las respuestas dadas por los neoconstitucionalistas.

En la parte final del trabajo, que funge como conclusión, se examina bajo los parámetros de la fenomenología, las dificultades de este renacimiento constitucional, en el tránsito de lo normativo a la realidad institucional, esto es, del deber ser al ser. Ello implica centrar la atención en la búsqueda de las razones al aparente fracaso del proceso de institucionalización de la nueva justicia constitucional, que a nuestro modo de ver está vinculado con la propia visión que los ecuatorianos tenemos sobre el papel del derecho en la política, y a la desconexión que existe entre el modelo prescriptivo de la Constitución y la realidad nacional, marcada por la persistencia del patriarcalismo y el personalismo, que impide avanzar seriamente y con bases firmes en el proceso de institucionalización de la sociedad y el Estado ecuatorianos.

## 2. Las razones de la justicia constitucional

Las razones que explican o justifican la existencia de una justicia constitucional en Ecuador, están estrechamente relacionadas al desarrollo general del control constitucional en el mundo occidental, particularmente en aquellos lugares donde se produce la teoría transnacional del derecho. Por ello vale la pena recordar algunos datos generales, incorporados en esta teoría, y bien conocidos por quienes se dedican a cultivar el derecho constitucional, pues nos permitirán precisar el marco de referencia necesario para ulteriores consideraciones. Este marco teórico o conceptual hará

posible generar parámetros de comparación, que harán posible verificar el grado de acercamiento entre el *deber ser* jurídico general planteado por la dogmática jurídica estándar y el *ser* que se desprende de la realidad política, social y jurídica ecuatoriana.

Con esta decisión de carácter metodológico, obviamente nos estamos alejando del modelo o paradigma kelseniano sobre el carácter científico y normativo del derecho, formulado en la famosísima *Teoría Pura del Derecho*,[7] pues proponemos un modelo complejo donde existe un diálogo entre la ciencia jurídica que tiene por objeto único el estudio de un sistema de normas y la sociología del derecho como herramienta conceptual que examina las relaciones de causalidad entre los distintos hechos jurídicos.

En primera instancia, vale la pena recordar que el constitucionalismo es una ideología política y jurídica desarrollada a partir de una teoría jurídica específica,[8] que incorpora un método o metodología autónoma para su estudio e investigación. En cuanto a ideología se trata de una de las variantes prácticas más prestigiosas del liberalismo encargada de diseñar y consolidar las razones y los fundamentos de la forma de poder limitado inventada por el liberalismo en el siglo XVIII. En cuanto a teoría jurídica, el constitucionalismo se encarga de encontrar y poner en funcionamiento las maneras de lograr esta limitación del poder, particularmente por intermedio del derecho. Finalmente, el constitucionalismo como método o metodología es una disciplina autónoma que describe, examina y analiza la tecnología, las formas y procedimientos de ese derecho que tiene la capacidad de limitar al poder.

Al analizar el constitucionalismo hay que estar al corriente que aunque las inquietudes por la búsqueda de un gobierno justo y moderado nacen con el advenimiento de la cultura occidental en el lejano mundo griego,[9] lo que ha llevado a algunos a hablar de constitucionalismo de los antiguos y constitucionalismo de los modernos;[10] en realidad el constitucionalismo

7 Sobre el particular véase Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. Bogotá, Ediciones Libros Hidalgo, 2010, pp. 81 a 84.

8 En esta afirmación seguimos y compartimos la fecunda tipología desarrollada por Norberto Bobbio en *El problema del positivismo jurídico*. México, Ediciones Fontamara, 2007.

9 Pisarello, Gerardo. *El largo termidor: historia y crítica del constitucionalismo antidemocrático*. Quito, CEDEC / Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011.

10 McIlwain, Charles. *Constitucionalismo antiguo y moderno*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

propiamente dicho del que hablamos y, sobre todo, del que queremos hablar es el que surge en Estados Unidos y en Francia a fines del siglo XVIII, en tiempos de las revoluciones. Pero también sabemos que estas dos revoluciones liberales tienen marcadas diferencias, resultado de la desigual forma en que los modelos teóricos a los que responden —el individualismo, el historicismo y el estatalismo— se mezclaron en cada caso,[11] pero también a las diversas coyunturas históricas que debieron transitar en el proceso de su consolidación. Estas diferencias generaron modos de ser, culturas y doctrinas de los derechos diferenciados, que desde su nacimiento tuvieron un desarrollo autónomo e independiente.

Así las cosas, y solo a manera de ejemplo, mientras en el constitucionalismo americano —y en general en el derecho anglosajón— no existe diferencia clara entre creación y aplicación del derecho,[12] puesto que la "extracción" del derecho se hace a partir de casos concretos, el derecho continental es un derecho esencialmente legislado, construido a partir de reglas generales creadas por el legislador donde hay una marcada diferencia y jerarquía entre el momento de creación del derecho y el de la aplicación. También existe una diferencia importante en cuanto al concepto de Constitución: mientras para el modelo constitucional francés la Constitución es esencialmente una ley ordinaria que contiene un programa político y la configuración de las fuentes del derecho,[13] y la estructura del Estado,[14] para la tradición anglosajona del *common law*, la fuente principal de producción del derecho (quien crea el derecho), es el juez constitucional, el procedimiento de producción y unificación del ordenamiento jurídico el procedimiento judicial y particularmente el control constitucional, y la expresión normativa del sistema tiene una naturaleza dual: en primer lugar, la Constitución tiene un papel dirigente en tanto

11 Individualismo e historicismo en el caso norteamericano, e individulismo y estatalismo en el caso francés. Sobre el particular, véase Fioravanti, Maurizio. *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*. Madrid, Editorial Trotta, 1998.

12 Pues se mantienen los criterios medievales donde el Parlamento es en esencia un Tribunal de Justicia.

13 En la concepción francesa del liberalismo, la Constitución es esencialmente la fuente de las fuentes del derecho.

14 La Constitución en versión continental europea se limitaba a atribuir competencias a los órganos constitucionales para regular aquellas materias que por su carácter programático ella no podía normalizar.

por sí misma es considerada una norma directamente aplicable y, en segundo término, la decisión judicial se convierte en la expresión normativa por antonomasia del ordenamiento, en tanto que la estructura gramatical de las reglas constitucionales (excesivamente abstracta), hace necesaria su vinculación con los hechos para asegurar la primacía de sus dictados y su aplicación práctica.

En cuanto al control de constitucionalidad, el sistema francés no le otorga al poder judicial la competencia de revisar la constitucionalidad de las leyes. Le da esta atribución a la propia Asamblea Nacional y a un órgano denominado "consejo constitucional" que toma decisiones de carácter político y no judicial y cuyo control es previo a la promulgación de las leyes.[15] Por el contrario, el sistema norteamericano representa el arquetipo del control judicial de constitucionalidad de las leyes. Recuérdese que el artículo 4 de la Constitución de 1887 establece que esta es la ley suprema de la nación y que los jueces estarán sujetos a ella. A partir de Marbury vs. Madison esta cláusula ha sido interpretada como el fundamento constitucional del poder de los jueces para inaplicar las leyes contrarias a la constitución.[16] En los Estados Unidos de Norteamérica cualquier juez puede ejercer el control de constitucionalidad, pero existe un requisito sine qua non, la existencia de un conflicto jurídico concreto.

La primera diferencia es obvia: el sistema continental de control de constitucionalidad es centralizado, mientras el norteamericano está diluido en todos los jueces; la segunda discrepancia sustancial se refiere a la naturaleza del control: en el caso europeo el control es esencialmente político aunque envuelva forma jurídica, mientras en el norteamericano es típicamente judicial y ordinario; y, finalmente, existe una diferencia esencial relacionada con los efectos de la declaración de inconstitucionalidad: en el primer caso, la declaración de inconstitucionalidad invalida la ley de forma general y para el futuro (*erga omnes*), mientras que en el sistema norteamericano la inaplicación solo afecta al caso concreto.

A pesar de estas diferencias, los profesores de derecho constitucional nos han enseñado que en un momento dado de la historia jurídica de

15 Bouzat, Gabriel. "El control constitucional: un estudio comparado". *Cuadernos y debates*, 29. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

16 *Ibíd*., pp. 70-71.

occidente, después de más de un siglo de transitar por caminos separados, la búsqueda de soluciones a la crisis del Estado de derecho en su versión continental, y el posterior surgimiento del Estado social, hizo que las dos tradiciones constitucionales tomaran contacto y se fusionaran en un "breve matrimonio", que produjo algunos vástagos interesantes. Dos de sus hijas legítimas fueron, justamente, la recuperación del concepto racional normativo de Constitución y el surgimiento de la justicia constitucional en el ámbito del derecho continental.

La primera de las hijas ha gozado, como se sabe, de excelente salud al punto de que hoy, casi 100 años después, sigue siendo el orgullo y el elemento central que define al constitucionalismo contemporáneo. A partir del momento en que en Europa se comienza a considerar a la Constitución como una norma, el escenario de las fuentes del derecho habría cambiado radicalmente, pues el derecho continental habría basculado hacia un sistema afín al *common law*, por lo que la decisión judicial habría igualado al derecho "escrito en sede parlamentaria" en la jerarquía de las normas. Sin embargo, la realidad es bien distinta. Aun cuando el sistema constitucional del *common law* y el del Estado social compartan algunas características en la normatividad de la Constitución y su garantía, en realidad la distinción entre las dos tradiciones constitucionales sigue siendo radical debido a que en su versión romano-germánico, el reconocimiento del carácter normativo de la Constitución y la consiguiente modificación formal del sistema de fuentes no va acompañada de la transformación real de la cultura jurídica europea, pues el procedimiento para la determinación y especialmente la aplicación del derecho vigente sigue siendo el mismo. El derecho continental continúa siendo un derecho basado en la aplicación silogística de normas generales preexistentes; no es nunca un derecho creado a partir del discernimiento de reglas de solución de conflictos aplicables a cada caso en particular, como sucede con el derecho práctico de los jueces típico de la tradición norteamericana.

En cuanto atañe a la justicia constitucional, a pesar de ser una hija deseada, y complemento necesario para garantizar el éxito de la Constitución, su suerte ha sido distinta a la de su hermana mayor. Desde que con la ayuda de Hans Kelsen nació a comienzos de los años veinte del siglo pasado ha debido soportar una serie de críticas y dificultades: le acusan, sobre todo, de haber arruinado al Estado de derecho al

ser antidemocrática y haberse arrogado funciones y competencias que no le corresponden. En particular se ha dicho que la justicia constitucional carece de legitimidad porque no ha podido superar la objeción contramayoritaria que la aqueja desde sus orígenes, pues, sigue siendo una reacción conservadora frente a la fuerza expansiva de la ley y al peligroso avance de la democracia popular[17] que se sustenta en la convicción de que, por regla general, las mayorías actúan irracionalmente.[18]

Pero, más allá de que sean ciertas las acusaciones sobre los antecedentes elitistas y antidemocráticos del control judicial de constitucionalidad,[19, 20] lo cierto es que la justicia constitucional tal como la conocemos hoy en día, lejos de expresar la desconfianza en la democracia propia de los padres fundadores de los Estados Unidos, refleja la seguridad de Kelsen en la legitimidad indiscutible del sistema democrático, en la versión liberal parlamentaria. Asumido esto como un axioma, Kelsen considera que el mantenimiento de tal legitimidad de origen depende de la incorporación material en las normas, tanto de la voluntad de la mayoría como de la opinión de la minoría política.[21] En opinión de nuestro autor, la garantía de ese equilibrio solo era posible a partir de la existencia de una institución que se ubique por encima y fuese independiente de los avatares de la confrontación ideológica y de los debates políticos. En su opinión, esa institución suprapolítica debía realizar un control efectivo de la legitimidad de las decisiones mayoritarias.

17 La clase dirigente norteamericana y particularmente la facción federalista expresaba una desconfianza absoluta a las asambleas legislativas de los Estados, que partía de la idea de que las asambleas legislativas habían actuado con inaceptable imprudencia, derivada de su incapacidad de entender algunos principios verdaderos. Sobre el particular, véase Hamilton, Alexander. *El Federalista* (México) 31, Fondo de Cultura Económica (2001).

18 Madison, James. *El Federalista* (México) 31, Fondo de Cultura Económica, 2001.

19 Para algunos críticos vinculados a una visón democrática radical, el caso Marbury vs. Madison no es más que la estrategia encontrada por los federalistas para, mediante una supuesta defensa de la Constitución, convertir a la democracia norteamericana (poder del pueblo) en demoarquía o poder sobre el pueblo. Véase Sanín, Ricardo. *Teoría crítica constitucional: rescatando la democracia del liberalismo*. Quito, CEDEC / Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011. Segunda parte "En nombre del pueblo (Destruyendo a Marbury vs. Madison)".

20 Un análisis crítico de las justificaciones conservadoras y elitistas de la justicia constitucional, se encuentra en Gargarella, Roberto. *La justicia frente al Gobierno*: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial. Quito, CEDEC / Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011.

21 Kelsen, Hans. "Informe al congreso de profesores de derecho político de 1928", citado por Schmitt, Carl. *La defensa de la Constitución*. Madrid, Editorial Tecnos, 1998, p. 61.

Pero, en el origen de la justicia constitucional europea también encontramos la discusión sobre quién es o debe ser el guardián o defensor de la Constitución. En opinión de Kelsen, debe ser un órgano independiente de las demás funciones del Estado, el Tribunal Constitucional, que por su carácter técnico y suprapolítico, garantice la intangibilidad de la Constitución, mediante la anulación de las leyes y normas inconstitucionales. La siguiente pregunta obvia es ¿cómo hacerlo? Para Kelsen no basta con que el Tribunal Constitucional sea un órgano independiente, sino que para asegurar la eficacia de la Constitución es necesario adoptar un método judicial de control, porque al ser un control jurídico son los jueces los más indicados para aplicar el derecho; lo cual implica defender los valores liberales de la limitación del poder, con medios y mecanismos jurídicos.[22] Vale la pena advertir que para los críticos de Kelsen, particularmente para Carl Schmitt, ningún tribunal de justicia puede ser guardián de la Constitución, dado el enorme riesgo de politización de la justicia, ya que el estamento judicial a su juicio es fácil de captar y de influir.[23] Adicionalmente Schmitt cuestiona que el Tribunal Constitucional, un organismo judicial, pueda ser el garante de la Constitución, y, en tanto tal, competente para dotar de contenido material a las leyes, debido a su sujeción necesaria al principio de legalidad. En su lugar y a partir de la idea inicialmente planteada por Benjamin Constant del "poder neutro", el guardián de la Constitución debe ser el propio jefe de Estado, esto es, en la estructura de la Constitución de Weimar, el presidente del Reicht.

Como se ve no se puede confundir la propuesta kelseniana con el sistema norteamericano de revisión judicial. Mientras en los Estados Unidos el juez en cada caso concreto es un operador activo de defensa del texto constitucional en contra de la tiranía mayoritaria, en la lógica de Kelsen, un liberal convencido y un defensor de la democracia y de un sistema de equilibrio entre poderes, el tribunal funciona tan solo como "legislador negativo" que solo invalida la ley de forma general y abstracta cuando la considere contraria a la Constitución.

22 De Vega, Pedro. Prólogo. *La defensa de la Constitución*. Por Carl Schmitt. Madrid, Ediciones Tecnos, 1998, p. 18.

23 Schmitt, Carl. *La defensa de la Constitución*. Madrid, Editorial Tecnos, 1998, pp. 57 y 58.

Frente a esta concepción del Tribunal Constitucional pronto surgieron importantes críticas sobre la posibilidad de que se pudieran extender y extrapolar sus competencias más allá de su rol como legislador negativo, produciéndose una invasión a la órbita del Parlamento y del Ejecutivo; con el resultado de terminar por minar el clásico principio de la división de poderes. Desde ese momento, y aún en la actualidad uno de los debates más importantes en torno al tópico de la justicia constitucional es justamente el problema de los límites a la jurisdicción constitucional. En ese sentido, como bien dice César Landa,[24] la justicia constitucional concentrada en su versión europea, organizada a partir de un tribunal con amplias facultades para incluso crear derecho si es necesario, y con base en constituciones materializadas, hacen que el Estado de derecho se haya ido transformado en un Estado judicial, similar al modelo norteamericano.

Sin embargo, con la victoria en la Segunda Guerra Mundial de las potencias aliadas se acabaron de tajo y por obra de la fuerza todos los argumentos en contra. A partir de ese momento fue inevitable que el control de constitucionalidad de las leyes asumiera la forma planteada por el jurista demócrata, Kelsen, frente a la propuesta de Schmitt, tal vez más brillante, pero que había sucumbido a las tentaciones totalitarias. De tal forma, al término de la Segunda Guerra Mundial en casi todos los países[25] que salían de la experiencia totalitaria del fascismo se redactaron constituciones que incorporaron tribunales constitucionales al estilo kelseniano. Así ocurrió en Austria en 1945, Japón e Italia en 1947 y Alemania en 1949. Posteriormente a partir del paulatino regreso a la democracia en distintos países del sur de Europa, se produjo una segunda oleada de creación de cortes y tribunales constitucionales, como sucedió en Chipre, 1960; Grecia, 1975; Portugal, 1976, y España en 1978.[26]

---

24 *Ibíd*., p. 54.

25 En el caso francés, pese al enorme prestigio de Kelsen la idea del Tribunal Constitucional no fue recogida. En cambio, en la Constitución de 1946 se estableció un órgano denominado Comité Constitucional, con funciones de asesoramiento al Ejecutivo que luego fue reemplazado en 1958 por el Consejo Constitucional francés, que tiene la facultad de hacer un control previo de constitucionalidad de carácter eminentemente político y no judicial, porque no persigue la resolución de controversias en derecho o la protección de los derechos de las personas, sino la estabilidad institucional. Sobre el particular, véase Landa, César. *Teoría del Derecho Procesal Constitucional*. Lima, Palestra editores, 2003, pp. 51 a 55.

26 César Landa, *op. cit*., p. 51.

Y esta extensión también se produjo en otras latitudes, particularmente en América Latina donde el sistema kelseniano fue irradiado de forma indirecta mediante la enorme influencia que en esta parte del mundo tuvo la Constitución de la segunda república española, que establecía un modelo de justicia constitucional concentrado copiado de la Constitución de Weimar. Es así como se importó este organismo en diferentes ordenamientos jurídicos comenzando por el ecuatoriano de 1945, pronto seguido por la Constitución cubana de 1946, la guatemalteca de 1965 y la chilena de 1971, todos con influencia y éxito diverso en cuanto se refiere a la profundidad de los cambios en el ordenamiento y en la cultura jurídica.

La característica más relevante de esta justicia constitucional renovada es que asume una posición crítica frente al carácter absoluto del principio mayoritario que defienden los autores de las teorías monistas y dualistas de la democracia.[27] Al contrario, la nueva justicia constitucional se fundamenta y marca su ámbito de competencias a partir de los desarrollos de lo que se ha dado en denominar el "fundamentalismo constitucional". Para quienes defienden esta teoría, aunque las decisiones populares son muy importantes, existen cuestiones que le están vedadas incluso a la voluntad popular constituyente, de tal suerte que las democracias constitucionales están limitadas por el respeto a ciertos principios y a ciertos derechos; de esa manera, el fundamentalismo constitucional tiene un compromiso muy serio con la democracia, pero aún mayor con la Constitución y con los derechos fundamentales, que encausan, por así decirlo, las decisiones populares. Para los fundamentalistas constitucionales, cualquiera que sea el contenido de los derechos, la Constitución está primero y sustancialmente comprometida con su protección,[28] y solo subsidiariamente vinculada al principio democrático.

La consecuencia más significativa de adoptar esta postura filosófica de tipo neokantiano es que permite superar el álgido debate sobre la

27 De acuerdo con Bruce Ackerman, a pesar de sus diferencias tanto el monismo como el dualismo democrático creen que la última autoridad constitucional es el pueblo y que este tiene la absoluta autoridad para cambiar cualquier principio, aun los más sustanciales de cualquier Constitución. Sobre el particular, véase Ackerman, Bruce. "Tres concepciones de la democracia constitucional". *Cuadernos y debates* (Madrid) 29, Centro de Estudios Constitucionales, (1991): 13 a 31.

28 Bruce Ackerman, *op. cit*., 23.

legitimidad de la justicia constitucional de origen y de la dificultad o aporía contramayoritaria, para trasladarlo al problema de la legitimidad de ejercicio. En este sentido, los tribunales y cortes constitucionales serían legítimos siempre y cuando estén comprometidos con la garantía efectiva de los derechos constitucionales, por tanto, la Constitución misma debe estar estructurada de manera tal que permita a los jueces invalidar incluso las decisiones democráticas cuando estas vulneran los derechos.

La idea que subyace a la creación de todos estos tribunales es garantizar la supremacía constitucional y la sujeción de todos los poderes públicos a los mandatos de la Constitución; de igual modo, detrás de la estructura y funcionamiento de la jurisdicción constitucional concentrada está la idea de que la realización de la democracia requiere de un órgano independiente a los poderes políticos que garantice la libertad y la igualdad de todos los ciudadanos frente a los eventuales abusos del inmenso poder administrativo del Estado: esta sería la esencia que define no solo a la justicia constitucional, sino al propio modelo democrático constitucional actual.

## 3. Itinerario de la jurisdicción constitucional en Ecuador

### a) El difícil alumbramiento de una "jurisdicción"

El Ecuador fue el primer país latinoamericano que entró en la moda de la creación de una justicia constitucional concentrada. Como se dijo al final del apartado anterior, el país ingresó en la senda marcada por Kelsen en 1945, a raíz de la revolución "La Gloriosa" y la expedición de la Constitución de ese año, que entre otras medidas creó el Tribunal de Garantías Constitucionales.[29]

Antes de esa fecha, como en toda América Latina, operaba sin discusión el principio de soberanía parlamentaria, el cual, en el caso del Ecuador, se concretaba en un sistema sui generis caracterizado por la dispersión de competencias entre el Congreso Nacional, el Consejo de

29 Grijalva, Agustín. "Evolución histórica del control constitucional en Ecuador". *Constitucionalismo en Ecuador*. Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición/Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), 2011, p. 173.

Estado y la Corte Suprema de justicia, pero con una clara supremacía del legislador sobre el resto de instituciones.[30] Una muestra de la fuerza de este principio en nuestro país es el hecho de que existen varios precedentes donde, frente a la presencia de una ley inconstitucional, la Corte Suprema declaró la imposibilidad de inaplicar la ley, porque eso significaba invadir el ámbito propio del legislador o desconocer su voluntad.[31]

La creación del Tribunal de Garantías Constitucionales se explica fenomenológicamente como uno de los remedios políticos e institucionales ideados por los constituyentes de 1944 para, en un contexto marcado por el consenso antifascista triunfante a escala internacional, y por la necesidad de superar la profunda inestabilidad política interna,[32] generar una propuesta de transformación del Estado hacia uno más moderno, viable y socialmente comprometido con los necesarios cambios sociales y económicos que venían reclamando importantes sectores de la población tradicionalmente excluidos; pero nunca se entendió como una revolución jurídica o con trascendencia jurídica.

Particularmente, y en armonía con el modelo de gobiernos inspirados en el "frente popular" francés, se consideró importante controlar el excesivo poder del Ejecutivo y darle una mayor entidad al sistema de frenos y contrapesos. Para ello, se pensó que la alternativa a la excesiva acumulación de poder en el Presidente era la institucionalización del sistema electoral, la creación de la Contraloría y la Procuraduría General del Estado y, por supuesto, la creación de un Tribunal Constitucional.[33] Este último debía vigilar la constitucionalidad de los actos del Gobierno y coadyuvar en su control por parte del Congreso Nacional.

El modelo escogido por los constituyentes nacionales para conseguir sus objetivos fue el de la Constitución española de 1931, para lo cual

30 De hecho, en las constituciones anteriores a 1945 era tan fuerte el principio de la soberanía del legislador que —aunque desde 1830, siguiendo el ejemplo norteamericano se había establecido formalmente la subordinación de todo funcionario público a la Constitución—, la falta de reconocimiento expreso de la excepción de inconstitucionalidad generó la primacía del principio de supremacía de la ley frente a la Constitución.

31 Sobre el particular, véase Agustín Grijalva, *op. cit.*, p. 176.

32 López, Ernesto. "La evolución del control constitucional en Ecuador". *Derecho constitucional para fortalecer la democracia ecuatoriana*. Quito, Tribunal Constitucional/Fundación Konrad-Adenauer, 1999, p. 47.

33 Agustín Grijalva, *op. cit.*, p. 178.

intentaron trasplantar al Ecuador la idea del Tribunal de Garantías Constitucionales ideado por Luis Jiménez de Asúa. Sin embargo, en una muestra de la fuerza simbólica de la tradición y de la dificultad de romper con el principio de soberanía parlamentaria, así como frente a la falta de claridad del papel del derecho en el control del poder; el sistema de control constitucional finalmente establecido en nuestro país resultó ser una mala copia del original español y una desviación sustancial del modelo judicialista kelseniano. El principal problema del primer sistema ecuatoriano de control constitucional es que siguió concibiendo al control constitucional como un tema eminentemente político y no jurídico. Los constituyentes de la época no pudieron trasladar la naturaleza jurisdiccional que es propia del modelo kelseniano, porque era imposible concebirlo así; a la vez que les fue imposible entender que los actos políticos o de poder no eran intangibles, e imaginaron al Tribunal de Garantías Constitucionales como una instancia de control político al presidente, dependiente del Congreso Nacional.

Entre las facultades más relevantes que la Constitución de 1945 dio al Tribunal de Garantías Constitucionales, estaban la atribución general de velar por el cumplimiento de la Constitución y de las leyes, una función consultiva relacionada con la capacidad de formular observaciones acerca de decretos, reglamentos y resoluciones que pudieran ser inconstitucionales; el tradicional control previo de constitucionalidad sobre los proyectos de ley objetados por el presidente de la República que antes ejercía la Corte Suprema de Justicia; una especie de control concreto de constitucionalidad en desarrollo del cual el Tribunal podía, previa solicitud de un juez o tribunal ordinario de última instancia, suspender leyes inconstitucionales hasta que el Congreso dictaminara definitivamente sobre el particular.[34] La norma constitucional también establecía que si el Tribunal de Garantías Constitucionales no resolvía en el plazo máximo de 20 días, el juez debía aplicar la ley que consideraba inconstitucional;[35] y una forma debilitada de control de constitucionalidad de la ley en virtud de la cual el Tribunal podía suspender la aplicación de una ley que considerara inconstitucional, hecho lo cual debía remitir al Congreso Nacional para que decidiera definitivamente al respecto.

34 Véase el artículo 160, numeral 4 de la Constitución de 1945.
35 Agustín Grijalva, *ibíd*., p. 181.

En definitiva el tribunal no era tribunal, porque no tenía carácter jurisdiccional; no era autónomo porque carecía de capacidad de decisión; ni tampoco era de última instancia porque quien tomaba la determinación final era el Congreso Nacional, con lo cual terminaba violándose un principio general de derecho muy sensato según el cual "nadie puede ser juez y parte en su propia causa"; sin embargo, en la tradición jurídica ecuatoriana, por el peso que tenía el modelo legicéntrico, el Congreso Nacional expedía la ley y luego discernía si esta era inconstitucional o no.[36]

Visto a la distancia esta falta de claridad sobre las atribuciones y los fundamentos jurisdiccionales del Tribunal de Garantías Constitucionales marcó indeleblemente el futuro jurídico del país y contribuyó enormemente a la suerte ulterior del proyecto democrático ecuatoriano. Si bien en la superficie —y simbólicamente— la presencia de un Tribunal Constitucional fue un signo de una deriva progresista del sistema político, lo cierto es que el sistema fue pensado tan solo como contrapeso político al poder del Ejecutivo, como una instancia de racionalización política ante el enorme poder del Presidente, pero nunca como una forma de sujeción de la política al derecho propio de la lógica constitucionalista. En Ecuador la política siguió siendo política y el derecho se mantuvo en el mundo del derecho privado, absolutamente alejado discursivamente de lo político. En el mejor de los casos, la política se servía del discurso jurídico para lograr sus fines pero nunca estuvo marcada y condicionada por los objetivos del modelo jurídico.

Como se puede observar, el derecho público ecuatoriano concebía al modelo político como una disputa de poder entre dos grandes fuerzas: la del Congreso Nacional y la del Presidente; disputa que dependiendo de la correlación de fuerza entre las dos potencias determinaba un talante más o menos democrático o autoritario del sistema. El poder judicial, en armonía con una lectura fundamentalista de Montesquieu que imperaba en la región, no jugaba ningún rol institucional importante; en el mejor de los casos era un mero auxiliar del Ejecutivo, el cual se servía de los jueces para judicializar la política. En ese escenario era imposible adoptar realmente el modelo kelseniano de control de constitucionalidad, el cual obliga a la existencia de unos jueces constitucionales independientes y

36 Ernesto López, *op. cit.*, p. 48.

autónomos de las dos funciones principales. En el caso de la Constitución de 1945, constitución democrática y popular, el énfasis se dio en fortalecer la capacidad de control del Congreso sobre el Ejecutivo, y por eso el Tribunal de Garantías era un órgano anexo al Legislativo, pero en realidad nunca se concibió en los términos contemporáneos del control constitucional, es decir, como una verdadera función independiente encargada de vigilar y castigar el incumplimiento de la Constitución. Esto es así porque la Constitución no era en esa época más que un programa político, nunca una norma, y menos una norma directamente aplicable que requiriera de una garantía institucional.

Pero aun en estas condiciones, no se puede desconocer la trascendencia de la creación por parte de la Constitución de 1945 del Tribunal de Garantías Constitucionales, porque demuestra que aún en un país con una democracia débil como el Ecuador de la época el establecimiento de instituciones de control constitucional fortalece la democracia. Como se demostrará en el apartado siguiente, la ausencia de este tipo de controles o su trasformación en controles administrativos o políticos es un indicador claro de que la calidad democrática ha decrecido sustancialmente.

### b) La accesión constitucional 1946 – 1978

A pesar de que el Tribunal de Garantías Constitucionales se creó en la Constitución de 1945 como una especie de órgano de apoyo y consulta del Congreso Nacional, con unas facultades muy disminuidas y tímidas respecto de los modelos teóricos al uso, sin embargo, la propia existencia del organismo fue vista con enorme desconfianza por el Ejecutivo. Por eso, pasada la primavera democrática, generada por el contexto internacional de la posguerra, la tradición patriarcal y autoritaria propia del Ecuador volvió con fuerza por sus fueros y, en ese sentido, tan solo un año después de haberse promulgado la Constitución esta fue derogada y reemplazada por la conservadora e hiperpresidencialista Carta fundamental de 1946, que fue concebida como una herramienta de legitimación del poder de facto de Velasco Ibarra.[37]

37 Ernesto López, *op. cit*., p. 49.

En esa Constitución, acorde al criterio de Velasco Ibarra, quien consideraba que la existencia de un Tribunal Constitucional era un "dogal" que paralizaría el Gobierno y haría imposible sus iniciativas,[38] se eliminó la figura y se reemplazó por un Consejo de Estado con competencias consultivas,[39] inspirado en el ejemplo francés que estaba más acorde con el pensamiento jurídico y político del Presidente y de la mayoría de los juristas ecuatorianos. La Constitución de 1946 no establece ningún procedimiento de control abstracto o a posteriori de la constitucionalidad de la ley, salvo las genéricas alusiones, típicas del constitucionalismo histórico ecuatoriano sobre las competencias generales del Congreso Nacional de ejercer el control político de la constitucionalidad de los actos del Ejecutivo.[40]

A partir de ese momento, de la mano de los gobiernos conservadores y socialcristianos[41] que dominaron en la época, y durante los siguientes 17 años en que Ecuador vivió un período de relativa estabilidad institucional, la situación se mantuvo prácticamente inalterada. La idea constitucionalista fue desapareciendo paulatinamente no solo de las normas positivas, sino también de la mentalidad y las preocupaciones de los juristas, en una suerte de accesión constitucional. Ese "lento e imperceptible retiro de las aguas" de los planteamientos del constitucionalismo y del derecho constitucional dejó un espacio vacío que fue rápidamente llenado por el derecho administrativo, el cual a partir de ese momento gozó de un desarrollo teórico y una enorme influencia tanto en la transformación institucional del país, cuanto en el avance de la cultura jurídica ecuatoriana, que acorde con los principios de esta rama del derecho desplazó el centro de atención hacia el Estado y sus prerrogativas.

38 Véase Velasco Ibarra, José María. "Mensaje a la nación, 6 de febrero de 1945". *Balance de una revolución popular*, citado por Agustín Grijalva, *op. cit*., p. 179.

39 El Consejo de Estado debía velar por la observancia de la Constitución y por la protección de las garantías constitucionales, "incitando para su respeto al presidente de la república, a los tribunales y a las demás autoridades"; debía además formular observaciones acerca de los decretos, acuerdos y reglamentos que se hubiesen dictado en violación manifiesta de la Constitución. En caso de que las observaciones no hubiesen sido acatadas por la autoridad responsable, el Consejo de Estado podía publicarlas por la prensa y presentarlas a consideración del Congreso, a fin de que resolviera. Sobre el particular véase el artículo 146 de la Constitución de 1946.

40 Véase el artículo 189 de la Constitución de 1946.

41 El Partido Social Cristiano se creó en 1951 por el futuro presidente Camilo Ponce bajo el nombre de Movimiento Social Cristiano; el nombre y la estructura de partido solo sería asumido en tiempos del retorno a la democracia.

Esta situación pervivió hasta 1961 cuando el presidente Velasco Ibarra fue defenestrado por el vicepresidente Carlos Julio Arosemena Monroy, quien convertido en presidente sufrió la misma suerte en 1963, en manos de una Junta Militar.[42] A pesar de su carácter antiizquierdista, la junta, presionada por Estados Unidos, e inspirada por los acuerdos de la "Alianza para el Progreso", inicia un importante período de reformas sociales, administrativas y tributarias dirigidas a modernizar el Estado e impedir en el país la proliferación del comunismo castrista. Para ello se expidieron varias leyes importantes: la de reforma agraria, la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, la Ley de Cooperativas y varias leyes tributarias y reformas económicas importantes que pretendían democratizar y equilibrar la enorme brecha entre ricos y pobres. En 1966 una nueva revuelta civil expulso del poder a la Junta Militar acusándola de veleidades progresistas y de ir contra los intereses de los grupos económicos más importantes de Guayaquil.[43] Se nombró un Gobierno de transición y se convocó a una Asamblea Constituyente, que entre otras cosas creó los tribunales contencioso-administrativo y fiscal,[44] y redactó una nueva Constitución, la de 1967.

A pesar de que las inspiraciones políticas y la motivación del cambio constitucional no son precisamente progresistas, la Constitución de 1967, comparada con la de 1946, implica indudablemente un cierto relajamiento del hiperpresidencialismo y un "refrescamiento" democrático que es palpable en todo el texto. Uno de estos signos de liberalización del régimen es justamente la reinstauración del Tribunal de Garantías Constitucionales.

42 Aunque la razón esgrimida por los militares para perpetrar el golpe militar contra Carlos Julio Arosemena Monroy tenía que ver con una supuesta incapacidad para ejercer el cargo por sus problemas de alcoholismo, la realidad es que el golpe se gestó por disposición del gobierno norteamericano que consideraba a Arosemena como un *outsider* excesivamente cercano y complaciente con la izquierda y con el régimen cubano. Esta situación la explicó el propio Carlos Julio Arosemena Monroy cuando dijo: "a mí no me botaron mis vicios masculinos, a mí me botaron los Estados Unidos de América".

43 Ernesto López, *op. cit*., p. 52.

44 La creación de los tribunales fiscales tenían una motivación clara para las elites económicas que impulsaron el cambio de gobierno y administración: crear una instancia judicial de impugnación de los tributos, tasas, impuestos y contribuciones que creara el Ejecutivo.

El segundo Tribunal de Garantías Constitucionales que existió en Ecuador es una copia del de 1945, pero en una versión bastante más edulcorada que su antecesor. A diferencia de la Constitución que surgió de la revolución gloriosa que, como hemos dicho, daba al Tribunal de Garantías Constitucionales la competencia exclusiva de decidir sobre la inaplicación de la ley, el artículo 206 de la Constitución de 1967 le transfirió esa facultad a la Corte Suprema de Justicia y solamente referida a los casos particulares que conociera;[45] en cuanto atañe al control abstracto de constitucional de la ley, la Carta política de 1967 mantuvo la competencia en cabeza del Tribunal de Garantías Constitucionales, si bien sin indicar nada acerca del procedimiento requerido para llevar a cabo tal proceso constitucional, lo cual a la postre dificultó enormemente, y en la práctica impidió su ejercicio; adicionalmente eliminó la competencia que tenía el Tribunal de Garantías Constitucionales de conocer la inconstitucionalidad e ilegalidad de los actos administrativos que pasaron a ser competencia de los recientemente creados tribunales contencioso-administrativos;[46] separándose tajantemente lo que se refiere a la legalidad de lo que concierne a la constitucionalidad.

Aun así, y a pesar de su carácter moderado este nuevo intento de constitucionalización del control del poder resultó ser un nueva frustración, pues apenas 3 años después de expedida la Constitución y apenas unos meses después de comenzar a funcionar, fue nuevamente cancelada por obra y gracia del presidente José María Velasco Ibarra, a la postre, constituido nuevamente en dictador y en cuanto tal, gran inquisidor y enemigo jurado de la justicia constitucional en nuestro país.

Por obvias razones, tanto en el último gobierno de Velasco Ibarra, como en los dos gobiernos militares que le sucedieron, la justicia constitucional no tuvo ningún espacio ni futuro. En esta edad de oro del desarrollismo petrolero, donde la presencia del Estado, particularmente el papel del Ejecutivo, como ente rector de la vida económica del país, era el fundamento de todo el proceso político, no era adecuado ni conveniente contar con un tribunal encargado de controlar el poder y asegurar los derechos. Era la época de la consolidación del proyecto desarrollista que transformó la cara del Ecuador y construyó el país que conocemos hoy en

45 Agustín Grijalva, *op. cit.*, p. 181.
46 Ernesto López, *op. cit.*, p. 53.

día. En ese contexto de dictadura militar y de fortalecimiento de un Estado administrativo fuerte y centralizado, era impensable la existencia de una institución independiente que controlara efectivamente el ejercicio del poder y menos aún salvaguardara los derechos de los ciudadanos, en el sentido fuerte planteado por la teoría constitucional contemporánea. El ecuatoriano era un Estado administrativo, regido por las normas jurídicas pero no era en estricto sentido un Estado de derecho y menos un Estado constitucional.

### c) Control de constitucionalidad y democracia: 1979 - 2008

Al final de la dictadura militar, la crisis económica y la inestabilidad política que se había ido gestado en los últimos 5 años, emergió en Ecuador con una fuerza inusitada. En respuesta a ello, el régimen autoritario accedió a iniciar un proceso de transición y reforma política encaminada a tutelar y pilotear el retorno a la democracia. Uno de los elementos importantes de la transición ecuatoriana fue justamente la discusión sobre la necesidad de reformar la Constitución. En ese contexto, es bien conocido que el gobierno militar planteó a la ciudadanía dos alternativas de reforma: o bien se reinstauraba la Constitución de 1945, introduciéndole pequeños ajustes, o bien se votaba por el proyecto de nueva Constitución, redactado por un comité de expertos contratados para el efecto.[47] Como todos sabemos, el pueblo ecuatoriano votó mayoritariamente a favor del nuevo texto.[48]

La idea de este texto constitucional era la institucionalización al más alto nivel normativo del proyecto desarrollista y, en cierta medida, progresista defendido por los gobiernos militares ecuatorianos de los años setenta. En lo económico el proyecto constitucional, luego convertido en Constitución, establecía un modelo dirigista y estatalista basado en la coexistencia de cuatro sectores económicos: el público,[49] el privado, el mixto y el comunitario. En lo político, recogiendo el clamor popular, la Constitución reconoció por primera vez el voto universal directo y

47 Ayala Mora, Enrique, ed. *Nueva historia del Ecuador*. Quito, Corporación Editora Nacional, 1995.
48 Este proyecto de nueva Constitución constitucionalizaba las principales líneas estratégicas del proyecto político de los gobiernos militares ecuatorianos de los años setenta.
49 Obviamente el preponderante.

obligatorio para todos los ecuatorianos mayores de edad y construyó un nuevo sistema electoral tendencialmente proporcional, así como un sistema de partidos basado en el reconocimiento de los actores fundamentales de la transición política y que intentó reflejar la preponderancia de dos tendencias políticas claramente diferenciadas: la socialcristiana representada en el partido del mismo nombre, de raigambre conservador y católico, y la socialdemócrata representada en la izquierda democrática. En lo cultural, la Constitución establecía un proyecto nacionalista basado en la unidad de una nación mestiza unida por una lengua y una historia comunes que se remontaba a los mitos fundadores preincaicos y a la existencia de una religión nacional: la católica. En el plano internacional, la Constitución de 1979 defendía un proyecto tercermundista y antiimperialista que buscaba la autonomía y la equidistancia de los dos polos geopolíticos dominantes.

En el plano técnico-constitucional, concretamente en el terreno de la justicia constitucional, la Constitución de 1978 no significó un gran aporte a la historia del constitucionalismo ecuatoriano. Simplemente repite, sin mayor cambio, el diseño de control constitucional establecido en la carta de 1967. Aun así, merece la pena revisar cuáles son los elementos nuevos que incorpora la Constitución del renacer democrático.

En primer lugar, el nuevo Tribunal de Garantías tuvo una composición diferente: conformado por once miembros designados por el Congreso Nacional, cuyo período era de un año.[50] En cuanto a las competencias y atribuciones tampoco hubo cambios sustanciales respecto de la de 1967, mantuvo la función de consulta,[51] pues estaba facultado para formular observaciones sobre la inconstitucionalidad de leyes, decretos y reglamentos del Ejecutivo, la que una vez publicadas debían ser procesadas y decididas por la Cámara de Representantes;[52] el control previo de constitucionalidad en manos de la Corte Suprema de Justicia,[53] y una

50 Tribunal Constitucional. *Evolución del control constitucional desde 1979*. Quito, Ediciones del Tribunal Constitucional, 1998, p. 3.

51 Véase el numeral 6 del artículo 220 de la Constitución de 1978.

52 Ernesto López, *op. cit.*, p. 56.

53 La Constitución de 1978 tenía una norma, el artículo 138 que establecía que corresponde a la Corte Suprema de Justicia suspender total o parcialmente en cualquier tiempo, de oficio o a petición de parte, los efectos de leyes, ordenanzas o decretos que fueren inconstitucionales por la forma, o por el fondo. La Corte someterá su decisión a la decisión de la Cámara Nacional de Representantes.

forma debilitada de control de constitucionalidad de la ley, en virtud del cual, el tribunal podía suspender la aplicación de una ley que considerara inconstitucional, hecho lo cual debía remitir al Congreso Nacional para que decidiera definitivamente al respecto.[54]

En 1983, ante la crisis del modelo desarrollista en América Latina y la primera arremetida del pensamiento neoliberal, en Ecuador se gesta una reforma muy profunda a la Constitución que intenta incorporar algunos elementos de la nueva lógica política al modelo constitucional aprobado en 1978.[55] En el campo que nos ocupa, se aprovecha la coyuntura para fortalecer en algo la justicia constitucional.[56] Las principales modificaciones a este capítulo de la Constitución se refieren al cambio en el período institucional y en la forma de elección de los vocales del tribunal. En cuanto a lo primero, se definió que tres serían escogidos de fuera de la legislatura, mientras los ocho restantes se elegirían por intermedio del Congreso Nacional de dos ternas enviadas por el presidente de la República, dos por la Corte Suprema de Justicia, dos representantes de la ciudadanía, uno de los alcaldes y otro de los prefectos provinciales, uno de los trabajadores agrupados en las centrales sindicales y otro por las cámaras de producción; con relación a lo último, estableció por ejemplo aumentar el período de uno a dos años; con lo que se fortaleció el corporativismo institucional heredado de los regímenes militares de los años ochenta.

Respecto de las atribuciones, las competencias fueron casi las mismas que antes de la reforma, y entre ellas: conocer y resolver quejas de inconstitucionalidad; suspender total o parcialmente los efectos de las leyes, acuerdos reglamentos, ordenanzas y resoluciones que fueren inconstitucionales; tenían además la facultad, algo extraña para la teoría constitucional

54 Agustín Grijalva, *op. cit*., p. 183.

55 Este proyecto de nueva Constitución constitucionalizaba las principales líneas estratégicas del proyecto político de los gobiernos militares ecuatorianos de los años setenta.

56 La debilidad de la justicia constitucional en la Constitución de 1978, no solo se explica por la desconfianza de los militares y la derecha democrática en este mecanismo de control de poder. También en el lado de la izquierda había altos niveles de suspicacia frente al papel del control constitucional, muestra de ello es que el presidente Jaime Roldós Aguilera, ya en el poder se mantuvo muy reacio a organizar institucionalmente el Tribunal. Al respecto, véase Pareja Andrade, Armando. "El constitucionalismo en el Ecuador". *Derecho constitucional para fortalecer la democracia ecuatoriana*. Quito, Tribunal Constitucional / Fundación Konrad-Adenauer, 1999, p. 434.

clásica, de conceder licencia temporal al presidente de la República en receso del Congreso Nacional.[57]

Ante la inoperancia del modelo de la Constitución de 1979, en 1983 se planteó una reforma constitucional bastante paradójica. Por una parte, significó un avance importante respecto del sistema establecido al retorno de la democracia, pero también representó un debilitamiento manifiesto y la desaparición del Tribunal de Garantías Constitucionales. Así, por ejemplo, en materia de control difuso de constitucionalidad la reforma transfirió la competencia que tenía de la Corte Suprema de Justicia para suspender las normas que considere inconstitucionales, al Tribunal, para que el Congreso decida definitivamente. Así mismo, en materia de control abstracto, la reforma de 1983 si bien fortalece el carácter jurisdiccional del control constitucional, al quitarle al Congreso Nacional la competencia de resolver en última instancia las acciones de inconstitucionalidad, entregándole esta facultad a la Corte Suprema de Justicia, no hace nada para fortalecer al Tribunal de Garantías Constitucionales que sigue subordinado —esta vez— a los mandatos de la sala constitucional de la Corte Suprema de Justicia, con lo cual el Tribunal quedó prácticamente liquidado ya que solo mantuvo una competencia muy exigua como órgano de consulta en materia constitucional.

Finalmente, en 1993 se produce una nueva reforma a la Constitución,[58] que cambia la composición y el período del Tribunal: ahora serían 11 miembros y durarían 4 años en ejercicio de sus funciones; pero en materia de atribuciones la reforma no modificó sustancialmente el papel subordinado que hasta la fecha venía jugando el Tribunal de Garantías Constitucionales respecto de la Corte Suprema de Justicia, pues el Tribunal debía someter sus resoluciones en materia de control de constitucionalidad a la resolución definitiva de la sala constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sin embargo, vistas las cosas desde una perspectiva institucional más amplia, el control constitucional se fortalece, pues de acuerdo con el texto las decisiones de la sala constitucional de la Corte Suprema de Justicia tienen un carácter definitivo y *erga omnes*, con lo que se consigue definitivamente la ruptura del modelo que identifica al

57 Véase la Reforma constitucional de 1983, registro oficial n.º 569 del 1 septiembre 1983.

58 Véase la Reforma constitucional de 1993, registro oficial n.º 183 del 5 mayo 1993.

control constitucional como un control político. A partir de este momento nace en Ecuador, en estricto sentido, el control judicial de la constitucionalidad.

En conclusión, a pesar de las dificultades e incomprensiones políticas derivadas de la preeminencia de un modelo político caudillista e hiperpresidencialista propia del Ecuador, es innegable que desde la aparición del Tribunal de Garantías en 1945 y hasta 1993 existe una tendencia hacia la consolidación de la idea de un control judicial de constitucionalidad,[59] si bien esto no implica bajo ninguna circunstancia, que en este período el control haya sido concentrado, y mucho menos que su eje y cabeza haya sido Tribunal de Garantías Constitucionales.

Deben pasar algunos años todavía para que comience el proceso de consolidación definitiva de una jurisdicción constitucional especializada en el país. La idea de fortalecer el control constitucional se desarrolla en el contexto de las reformas constitucionales de 1995-1996, que son las más importantes desde el regreso a la democracia y buscan modernizar el Estado y dotarle de mayores herramientas jurídicas para períodos de crisis.[60] En ese contexto, se aprovechó la ocasión para adaptar el sistema de control constitucional a estándares internacionales, y para ello declara al Tribunal Constitucional como instancia final de decisión en materia de control constitucional, eliminando la intervención tanto del Congreso Nacional como de la Corte Suprema. La idea central de las reformas es la de construir un verdadero sistema judicial de control constitucional, a partir de clarificar y fortalecer las atribuciones del organismo y transformar su composición,[61] convirtiendo al ahora Tribunal Constitucional en un órgano cuasi jurisdiccional.

En el contexto de este fortalecimiento competencial, el primer cambio reseñable se da en el control previo que ya no solo opera frente a tratados y convenios internacionales, sino que incluye otros instrumentos, cuya

59 Agustín Grijalva, *op. cit.*, pp. 186 y 187.

60 Recuérdese que la idea de reformar la Constitución se genera en el gobierno socialcristiano de Sixto Durán Ballén, y tiene como motivación fundamental cambiar la composición y funcionamiento del Congreso Nacional, también la reforma de la constitución económica para facilitar al Ejecutivo establecer medidas de ajuste económico y la recaudación de más impuestos y recursos para financiar la guerra con el Perú.

61 Agustín Grijalva, *op. cit.*, p. 184.

constitucionalidad debe ser examinada por el Tribunal Constitucional aunque no hayan sido ratificados por el Congreso Nacional. Esta competencia ampliada del Tribunal Constitucional ha sido criticada por cuanto si bien significa un fortalecimiento del control jurídico de la política internacional, implica igualmente un debilitamiento del control político ejercido por el Legislativo. Respecto del control abstracto de constitucionalidad las reformas de 1996, ratificadas por la Constitución de 1998, establecen un cambio fundamental en cuanto a los efectos de las resoluciones del Tribunal Constitucional; a partir de ese momento dichas resoluciones tienen carácter definitivo, es decir que causan ejecutoria y no procede frente a ellas recurso alguno en el plano interno del Estado ecuatoriano, y tienen efectos *erga omnes*.[62]

A pesar de los avances importantes, tanto las reformas de 1996 como la Constitución de 1998, mantienen una restricción muy importante en cuanto a la legitimación en la causa, pues el litigio de constitucionalidad abstracto solo puede ser iniciado por el presidente de la República, el presidente del Congreso, el presidente de la Corte Suprema de Justicia, o por el defensor del pueblo quien actúa en representación de la ciudadanía. Este tipo de concepción institucionalista del control abstracto, se explica por el modelo y las influencias doctrinales que inspiraron las reformas que fueron construidas pensando en el modelo español. Otra limitación relacionada con los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional tiene que ver con el hecho de que la Constitución de 1998, en el artículo 276 habla de suspender los efectos de las normas y preceptos inconstitucionales.

En cuanto al control concreto, las reformas de 1996 extendieron la facultad de inaplicación de normas inconstitucionales a todos los tribunales ordinarios de última instancia; mientras la Constitución de 1998 amplía aún más esta competencia al atribuírsela también a todos los jueces. En cuanto a los efectos, esta forma de control solo opera frente a cada caso concreto, debiendo el juez respectivo remitir un informe al Tribunal Constitucional para que este decida definitivamente sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma inaplicada por el

62 Véase el artículo 176 de la Constitución codificada en 1996, y el artículo 278 de la Constitución de 1998.

juez. Es evidente, entonces, que este tipo de constitucionalidad se va consolidando al pasar de un sistema radicado en la Corte Suprema de Justicia, y luego en los tribunales superiores y de última instancia, para luego ser atribución de todos los jueces, pero articulado a la decisión definitiva del Tribunal Constitucional. Esta es sin duda, como bien dice Agustín Grijalva, una transformación lenta pero positiva en el camino de constitucionalización del ordenamiento jurídico.

Pero hay una materia donde no existe ningún cambio. En lo atiente a la composición, la situación sigue siendo idéntica a la planteada en la reforma de 1983. En ese aspecto, la reforma de 1996 se limitó a bajar de once a nueve los miembros del Tribunal Constitucional, pero mantuvo intacta la lógica y el procedimiento de designación corporativa y política. En ese mismo orden de ideas, a partir de 1996 el Tribunal Constitucional está conformado por nueve vocales designados por el Congreso Nacional, mediante un sistema de ternas: dos enviadas por el presidente de la República, dos por la Corte Suprema de Justicia, dos elegidos por el Congreso Nacional, uno por los alcaldes municipales y prefectos provinciales, uno por las centrales de trabajadores y las organizaciones indígenas nacionales, y uno de la terna enviada por las cámaras de la producción. Este mecanismo de designación sin duda es uno de los elementos que hacen de la justicia constitucional ecuatoriana una justicia politizada y subordinada a los intereses políticos y, por ende, carente de la suficiente independencia para que pueda cumplir el rol que le corresponde en el contexto de una democracia constitucional que merezca tal nombre.

Tampoco se logró en las reformas de 1996, ni en la Constitución de 1998, dotar al Tribunal Constitucional de un rol importante en cuanto a la interpretación auténtica de la Constitución. La clase política ecuatoriana se negó sistemática y reiteradamente a dar esta facultad a la justicia constitucional, como consecuencia de ello se mantuvo en manos del poder legislativo, la competencia de ser el intérprete auténtico de la Constitución.[63] Esta facultad refleja la voluntad de mantener a toda costa el modelo ya superado de soberanía legislativa, lo cual resulta ser un contrasentido lógico y una excrecencia del pasado, sin ningún apoyo doctrinario ni parangón en el derecho comparado.

63 Así lo dispone el artículo 284 de la Constitución de 1998.

En lo que si avanzaron enormemente tanto la reforma de 1996, como la misma Constitución de 1998 fue en lo relativo a la garantía efectiva de los derechos constitucionales, pues se estableció tanto el recurso de amparo como el hábeas corpus y el hábeas data,[64] como mecanismo general y especial para garantizar los derechos reconocidos en la Constitución. Más allá de los problemas procesales de cada una de estas acciones y recursos, y de las limitaciones de su diseño, cuestiones que no son materia de este escrito, lo que sí es importante precisar es el alcance de las atribuciones del Tribunal Constitucional en materia de protección de los derechos constitucionales. Al respecto conviene recordar que en materia de garantías el Tribunal Constitucional era por mandato de la Constitución el juez de segunda y definitiva instancia en la materia, mientras que el trámite de la primera instancia correspondía a los jueces civiles en el caso del amparo y el hábeas data y al alcalde, en relación con el hábeas corpus.

En ese sentido, podemos afirmar que si bien en materia de control de constitucionalidad de la ley el sistema era tendencialmente concentrado, en materia de garantías se mantenía la lógica tradicional del derecho ecuatoriano de ser un sistema mixto.

## 4. Un ave Fénix visita Montecristi

### a) Algunos antecedentes importantes

Ni bien aprobada la Constitución de 1998, casi inmediatamente comenzaron las frustraciones y las impugnaciones. Desde distintos sectores y actores sociales y políticos comenzaron a generarse argumentos, tanto políticos como técnicos, que reflejan el descontento con la Constitución y el régimen político y jurídico resultante, cada vez más ineficaz para resolver los problemas sociales y políticos de la sociedad ecuatoriana.

En lo político, la principal acusación contra la Constitución es que se constituyó en el instrumento de legitimación y de normativización de un modelo político y económico fracasado que únicamente favoreció a los círculos oligárquicos vinculados a la banca y al comercio de exportación.

64 Véase el artículo 95 de la Constitución de 1998.

En múltiples escenarios políticos y académicos se probó que tras 25 años de sometimiento a los dictados del consenso de Washington, el mal llamado modelo neoliberal fue incapaz de responder a las demandas ciudadanas de democratización, desarrollo y equidad.[65]

Pero, adicionalmente, desde un plano político institucional la Constitución de 1998 tenía graves defectos que debían ser resueltos. En primer lugar, tenía un marcado carácter patrimonialista y corporativista, así como un diseño institucional que impedía la cooperación armónica entre las distintas funciones del Estado, particularmente entre el Ejecutivo y el Legislativo, pero también porque tenía una carencia manifiesta de autonomía del poder judicial y de los órganos de control.[66]

En el plano jurídico se han esgrimido dos razones fundamentales para impugnar la Constitución: se dice, en primer lugar, que existe un desnivel muy grande en la estructura de la Constitución que atenta contra la eficacia del texto constitucional: mientras la parte dogmática tiene una estructura y un contenido marcadamente lírico y retórico, pues carece de las garantías jurídicas e institucionales necesarias para convertir los enunciados constitucionales en verdaderas normas jurídicas; la parte orgánica y la Constitución económica tienden a desconstitucionalizar los principales elementos del modelo, mediante el mecanismo de la remisión al legislador. Esta técnica más allá de reflejar una comprensión antigua del papel de la Constitución en el ordenamiento jurídico, permitió la licuefacción de las instituciones creadas por la Constitución y no reguladas por el legislador, lo cual a la postre facilitó la destrucción del aparato estatal y generó una ingobernabilidad imposible de resolver. Adicionalmente, en 1999 se produjo una crisis económica e institucional sin antecedentes que destrozó cualquier posible institucionalidad por frágil que fuera, y que se gestó en gran medida por la incapacidad del Estado y de la Constitución de generar controles jurídicos e institucionales a los abusos de los dueños del capital.

En esas condiciones, en poco tiempo, en todo el país comenzó un gran debate nacional sobre los mecanismos adecuados para salir de la crisis

65 Pazmiño Freire, Patricio. *Descifrando caminos: del activismo social a la justicia constitucional*. Quito, Flacso, 2010, pp. 66 y 67.

66 *Ibíd*., p. 70.

política e institucional. Se plantearon diferentes vías de solución a la crisis desde reformas legislativas, reformas constitucionales por intermedio del Congreso Nacional, e incluso la convocatoria a una Asamblea Constituyente de plenos poderes.

La primera alternativa rápidamente fue considerada inviable tanto por la profundidad de la crisis, como sobre todo por la inoperancia de la función legislativa para cumplir sus funciones. No hay que olvidar que en los 10 años de vigencia de la Constitución de 1998, tan solo se tramitaron y aprobaron 33 leyes y se dejó prácticamente en letra muerta a la Constitución; la reforma constitucional mediante la vía del artículo constitucional 280 también fue descartada inmediatamente, no solo por la ineficacia del Congreso cuanto porque la composición de este no daba confianza de que los cambios necesarios se produjeran en el sentido querido por la mayoría de la población, pero sobre todo porque el procedimiento establecido en la Carta fundamental de Sangolquí era excesivamente engorroso; aunque también porque los titulares del poder de reforma no demostraron tener la voluntad política y la sensibilidad necesaria para llevar adelante la transformación que requería el Ecuador.[67]

Quedaba entonces la convocatoria a la Asamblea Constituyente. Era un clamor popular, que luego del fracaso y del engaño de la constituyente de Sangolquí, era necesario recuperar para el pueblo la titularidad de la soberanía plena y el poder constituyente, y la única manera práctica de hacerlo era mediante el hecho político y fenómeno de opinión de la convocatoria a una asamblea de plenos poderes, porque como es bien conocido la expresión verdadera de la voluntad popular no tiene ni puede tener limitaciones ni cauces institucionales, jurídicos o normativos.[68]

Y en ese contexto, los ecuatorianos decidieron votar por el actual gobierno que fue elegido en noviembre de 2006 con una motivación clara: elegir la única propuesta política que sintonizaba con el deseo del pueblo de transformar las caducas estructuras políticas, económicas y jurídicas que gobernaron al país en los últimos 25 años. Como se sabe, ni

67 Prueba de la dificultad de tramitar una reforma constitucional por la vía del artículo 280 es el hecho que en los últimos 5 años de vigencia de la Constitución, ni una sola de las once propuestas de reforma constitucional culmino el trámite exitosamente.

68 Viciano, Roberto y Rubén Martínez Dalmau. *Cambio político y proceso constituyente en Venezuela*. Caracas, Vadell Editores, 2001, p. 78.

bien posesionado el nuevo Presidente, se promulgó el decreto ejecutivo n.º 002 que contenía la pregunta de la consulta popular y el estatuto que regularía la elección, instalación y funcionamiento de la Asamblea Constituyente.

Transcurrido un tortuoso proceso político en el que el gobierno insistía por todos los medios en la convocatoria y la oposición política en entrabar el proceso, finalmente en abril de 2007 se realizaron las elecciones y en noviembre del mismo año se instaló la asamblea que redactó la nueva Constitución.

### b) Crónica de un debate

Una de las cuestiones más significativas del debate constituyente, aquella que generó tal vez el mayor número y sin duda las más frígidas discusiones y desencuentros en ciudad Alfaro, y tal vez la que tuvo un desenlace más desafortunado por la incapacidad de la Constituyente de tomar decisiones definitivas, giró alrededor de cuál era el camino para crear un sistema de justicia ordinaria, eficaz y comprometida con la ética. Prueba de ello es que hoy día, tres años después de la entrada en vigencia de la Constitución, seguimos engarzados en la misma discusión y no parece haber un camino cierto que nos conduzca al puerto deseado por todos los ecuatorianos.

Otra discusión importante, relacionada con la anterior, giró en torno a la construcción de una nueva justicia constitucional. Esta, aunque ha generado importantes debates, por lo menos en el nivel normativo como veremos, parece haber tenido mejor resolución, aunque no se conozca cuál fue el itinerario de las discusiones que desembocaron en el sistema de justicia constitucional que hoy conocemos. En ese sentido, resulta conveniente hacer la crónica de las principales cuestiones que giraron en torno a esta última materia, lo cual permitirá en el futuro evaluar si lo hecho fue lo más adecuado para la institucionalización de la justicia constitucional.

En ese contexto, uno de los más intensos debates giró en torno a cómo solucionar el larvado conflicto entre justicia constitucional y justicia ordinaria, que algunos han denominado "choque de trenes", y entre aquella y las demás funciones del Estado. La cuestión latente en estas discusiones

era cómo asegurar la jerarquía de la Constitución frente a los jueces; cómo mantener la independencia y autonomía de estos sin afectar el principio de supremacía y el carácter normativo de la Constitución. En este contexto, los constituyentes se esforzaron particularmente en la resolución de temas tan importantes como si debía haber o no amparo contra decisiones judiciales y cuál era la forma adecuada de su regulación.

Un problema distinto que demandó un esfuerzo importante de los constituyentes durante semanas enteras fue la determinación del modelo de Estado y su relación con el modelo de justicia constitucional. Allí se planteó, por ejemplo, el problema de si mantener o no el modelo de Estado social que había regido durante la década de vigencia de la anterior Constitución, y cuál era su contenido en un contexto como el ecuatoriano. También se discutieron otras propuestas teóricas que esbozaron la necesidad de superar este modelo de Estado, y que hacían énfasis en la necesidad de asegurar antes que cualquier otra cosa el carácter democrático del Estado y de su vinculación axiológica a la doctrina y a la práctica de los derechos humanos.[69]

Otro conflicto que incitó la atención de las comisiones de la Constituyente que debatieron el tema de justicia, se planteó alrededor de cómo encontrar los mecanismos adecuados para fortalecer a la justicia constitucional, de tal manera que se consolidaran los avances realizados en la materia, y que a la vez resolviera los problemas y las limitaciones que había presentado esta jurisdicción en los últimos años particularmente relacionados con la necesidad de definir de una vez por todas la naturaleza del control constitucional: si era político o debía ser jurídico o judicial, si el Tribunal Constitucional es un legislador negativo o si tiene o puede tener competencias de creación de normas, cuáles son los límites del control abstracto y sus relaciones con la legislación.

Por supuesto, los constituyentes de Montecristi debatieron largamente sobre la mejor manera de incorporar el discurso de los derechos humanos en la Constitución, con especial énfasis en el problema de la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, y de los mecanismos de garantía, especialmente en lo que atañe a las garantías jurisdiccionales.

69 Como se sabe esta fue la propuesta que finalmente concitó mayor acogida y fue la que a la postre terminó siendo aprobada y convertida en el artículo 1 de la Constitución.

En todas estas discusiones participaron un sinnúmero de instituciones, personas y actores políticos y sociales; pero sin duda hay que reconocer que el modelo de justicia constitucional finalmente aprobado por el pueblo ecuatoriano es el resultado de la síntesis de tres propuestas principales: la del proyecto de Constitución elaborada por el Gobierno nacional y que luego de algunos avatares interesantes, finalmente fue conocida por los constituyentes;[70] la propuesta de Constitución y los aportes ulteriores de los miembros y asesores de la comisión de juristas del Conesup; el proyecto de nueva justicia constitucional elaborado por el Tribunal Constitucional con base en los resultados de un seminario internacional convocado al efecto en octubre de 2007; y las propuestas realizadas por asambleístas y asesores de las mesas 1 y 3 de la Asamblea Constituyente.

Respecto a los mecanismos de fortalecimiento de la justicia constitucional, todas las propuestas citadas coincidían en la necesidad de crear un Tribunal o Corte Constitucional independiente y poderosa, que tuviera amplias competencias tanto de interpretación auténtica de la constitución, como de control de la constitucionalidad de la ley y, por supuesto, de garantía de los derechos; pero se discutió enormemente cuál era el mecanismo adecuado. Algunos, siguiendo la propuesta del gobierno y del Conesup,[71] planteaban que la justicia constitucional debía hacer parte de la función judicial; otros, como los personeros del Tribunal Constitucional, consideraban más adecuado establecer una función adicional del Estado encargada de administrar justicia constitucional y ejercer el control constitucional. Al final, como se puede observar al leer la Constitución, el texto aprobado fue más cercano a la propuesta del Tribunal, puesto que se creó una Corte Constitucional independiente de la función judicial, pero no fue reconocido el carácter de función adicional del Estado a la justicia constitucional, sino que quedó tan solo como un órgano constitucional autónomo.

A partir del consenso mayoritario con relación a que una de las causas de la debilidad y endeble institucionalidad de la justicia constitucional en

70 El proyecto preparado por un grupo de asesores de la Presidencia de la República fue en un momento dado filtrado por algunos personeros del Ministerio de Gobierno a los medios de comunicación, antes de haber sido entregado a la Asamblea Constituyente. Esto obligó al Gobierno a desconocer la autoría y responsabilidad sobre el texto. Sin embargo, finalmente este texto fue entregado a la Asamblea por el propio diario Hoy, que lo había hecho público.

71 Véase el artículo 175 del proyecto del Conesup.

Ecuador era su excesiva dependencia de los partidos políticos, se planteó por todos los grupos y se debatió ampliamente sobre cuál era el mecanismo más idóneo para alcanzar la independencia y la profesionalización de su tarea. Y se discutieron varios mecanismos para asegurar la primacía de la meritocracia en la escogencia de los jueces de la futura Corte. Se discutió mucho acerca de cuáles eran los instrumentos más adecuados para garantizar la independencia de la justicia constitucional. Concretamente se debatió en forma acalorada sobre la necesidad de eliminar el juicio político a los jueces de la Corte Constitucional, y los mecanismos alternativos de responsabilidad de los mismos. Los miembros del Tribunal Constitucional insistieron mucho en la necesidad de regular adecuadamente la responsabilidad penal de los jueces constitucionales, y sobre la necesidad de eliminar el delito de prevaricato, en un contexto de activismo judicial como el que es propio de la justicia constitucional.

Sobre los dos primeros tópicos hubo al final consenso, pero no lograron convencer a los constituyentes sobre la eliminación del delito de prevaricato. Hoy, tres años después, y ocurridos algunos hechos que han puesto al borde del colapso la justicia constitucional debido a la judicialización penal de algunas decisiones, parece claro que la razón asistía a los miembros del extinto Tribunal Constitucional.

Finalmente, en materia de competencias es donde tal vez se refleja con mayor claridad la riqueza del debate que se dio al interior de la Asamblea Constituyente. Al respecto, y en primer lugar hubo un amplio consenso entre los distintos participantes en el debate en el sentido de fijar definitivamente la naturaleza jurídica y jurisdiccional del control constitucional ecuatoriano, lo cual significó la ratificación del abandono en el país del principio de soberanía legislativa.[72]

Pero, sin lugar a dudas, donde hubo un estudio más interesante es con relación a la propuesta incorporada tanto por el proyecto apócrifo del Gobierno nacional, como en el del Tribunal Constitucional de convertir a la acción de inconstitucionalidad de normas en una acción popular.

72 Propuesta que, sin embargo, ha recibido infinidad de críticas externas a partir de considerar que un organismo de esta naturaleza resulta ser un superpoder que afecta gravemente al principio de separación de poderes. Sobre el particular, véase Grijalva, Agustín. "Perspectivas y desafíos de la Corte Constitucional". *Desafíos constitucionales: la Constitución ecuatoriana de 2008 en perspectiva*. Eds. Ramiro Ávila, Agustín Grijalva y Rubén Martínez. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, pp. 259 a 261.

Como se recordará, hasta 1998 se consideraba que la acción de inconstitucionalidad era una garantía institucional y como tal debía ser ejercida tan solo por los máximos personeros de las funciones del Estado;[73] el argumento de los proyectos citados era que en el contexto de una democracia deliberativa como la que se planteaba construir en Ecuador, había que vincular a la ciudadanía a la tarea fundamental de protección de la Constitución. El resultado de este intenso debate dio la razón a esta última postura y, en ese contexto, se consagró por primera vez en la historia constitucional del país la acción pública de inconstitucionalidad, de tal suerte que la acción puede ser propuesta directamente por cualquier ciudadano individual o colectivamente, adoptándose el sistema más abierto posible en cuanto al acceso a la justicia constitucional, sistema solo existente en Colombia.

Otro debate de importancia relacionado con el control abstracto es el que se refiere a los efectos jurídicos de la sentencia de inconstitucionalidad. Como hemos dicho, en la anterior Constitución las resoluciones del Tribunal Constitucional solo suspendían los efectos de las leyes consideradas inconstitucionales. El origen de la discusión se dio en la propuesta presentada por los asesores del Conesup, en el sentido de cambiar la suspensión por la invalidez del acto normativo impugnado como efecto de la sentencia. Aunque se trate de un tema técnico, es evidente que esta solución es técnicamente mucho más adecuada porque en el plano teórico la declaratoria de inconstitucionalidad no busca la suspensión, sino la salida de la norma inconstitucional del ordenamiento jurídico.[74]

Otro de los debates importantes, relacionados con las atribuciones de la justicia constitucional, hace relación a la llamada inconstitucionalidad por omisión, problema planteado por la comisión del Conesup. La idea central que había detrás de la propuesta era que ante el fortalecimiento del carácter material de las constituciones y su expansión a temas antes no tocados por el derecho constitucional, se corre el riesgo cada vez mayor de que algunos puntos queden sin regulación secundaria. Para evitar esta situación, que a la postre termina en convertir a la Constitución en una hoja de papel, era necesario establecer una atribución tanto en el

73 Véase el artículo 277 de la Constitución de 1998.

74 Grijalva, Agustín. "Perspectivas y desafíos de la Corte Constitucional". *Desafíos constitucionales: la Constitución ecuatoriana de 2008 en perspectiva*. Eds. Ramiro Ávila, Agustín Grijalva y Rubén Martínez. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 263.

presidente de la República como en la Corte Constitucional, para que ellos legislen provisoriamente hasta tanto el legislador no cumpla con su obligación, a fin de que se cumpla el mandato constituyente. De acuerdo con el proyecto presentado por el Conesup, la ausencia de esta atribución en el ordenamiento jurídico ecuatoriano era una grave falla que debía ser superada con una regulación constitucional al respecto. Hubo, sin embargo, posturas contrarias que centraban su argumentación en que dotar a la Corte de este tipo de facultades implicaba una ruptura de su naturaleza jurídica como legislador negativo y un atentado contra la separación de poderes y la seguridad jurídica. Por fortuna, para el constitucionalismo ecuatoriano, el pleno de la Asamblea Constituyente decidió aceptar los argumentos del Conesup, y dejar de lado las críticas que provenían de una visión tradicional del derecho público.

Pero sin lugar a dudas, el punto central de los debates relativos a la justicia constitucional tuvo que ver con el carácter concentrado, difuso o mixto del sistema ecuatoriano y con el papel que debía cumplir la nueva Corte Constitucional en ese escenario. Algunos asesores de la Asamblea Constituyente consideraban que era fundamental cambiar el tradicional sistema difuso de control de la constitucionalidad que había regido en Ecuador desde 1945, por uno concentrado a imagen del modelo español; otros asesores liderados por Ramiro Ávila Santamaría defendieron la urgencia de mantener el control difuso de constitucionalidad específicamente en materia de garantías de los derechos. Esto implicaba situar las competencias de la Corte Constitucional en el plano del control abstracto y en el de órgano de cierre y unificación de la jurisprudencia constitucional.

Como se sabe, el resultado final fue un híbrido entre las dos posturas en el sentido de que se mantuvo el rol exclusivo de los jueces ordinarios en materia de garantía de los derechos, pero se eliminó la tradicional facultad de inaplicación de las normas inconstitucionales que tenían los jueces, y se estableció un sistema de consulta de constitucionalidad similar al que existe en España.

Los resultados concretos de la justicia constitucional muestran que si bien filosóficamente la postura de Ramiro Ávila Santamaría y sus seguidores es mucho más consistente con un modelo garantista como el que se pretende establecer en Ecuador, en la práctica hubiera resultado más conveniente establecer un modelo de justicia constitucional concentrada como el que proponían el Gobierno nacional y el Tribunal Constitucional de la época.

## 5. El modelo de justicia constitucional de la nueva Constitución

Todas estas discusiones desembocaron en el diseño de la justicia constitucional de la actual Constitución, que se basa en un fuerte incremento de las facultades y una tendencia hacia la autonomía, en aras de cumplir con un modelo de justicia constitucional y justicia ordinaria garantista, que modifica el papel de los jueces en el nuevo ordenamiento constitucional ecuatoriano.

Con relación a esto último tenemos que según el artículo 1 de la nueva Constitución, el nuevo Estado ecuatoriano es un Estado constitucional de derechos y justicia. Este cambio aparentemente semántico tiene una significación enorme porque implica la superación definitiva, en Ecuador, del Estado legalista o de legalidad, que había prevalecido en el país desde los inicios de la República por allá en 1830, para adoptar el llamado modelo constitucional garantista o garantizado.

Como se sabe, el paradigma constitucional garantista[75] pretende en última instancia la rematerialización de la Constitución[76] mediante su conversión en norma jurídica, o mejor, en conjunto normativo[77] plenamente eficaz. Como se sabe, el objetivo principal de este modelo de Constitución es justamente garantizar efectivamente los derechos de las personas mediante un sistema de garantías jurídicas eficaz y moderno.

---

75 Desde hace unos veinte años la palabra garantismo ha entrado en el léxico jurídico con fuerza. Con este término se quiere designar un modelo de derecho orientado a garantizar y hacer realidad tangible los derechos constitucionales de las personas. Según el tipo de derechos garantizados, se habla de distintos tipos de garantismo: garantismo patrimonial para designar aquellas técnicas jurídicas que se encargan de garantizar el derecho a la propiedad y sus derechos conexos; garantismo penal para designar aquellas técnicas y prácticas dirigidas a proteger el derecho a la libertad frente a ese terrible poder que significa el arbitrio punitivo del Estado, mediante su estricto sometimiento a la ley; garantismo social para designar el conjunto de garantías, todavía muy escasas, dirigidas a tutelar los llamados derechos sociales y en particular la educación, la salud y la vivienda. Al respecto, véase Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón*. Madrid, Editorial Trotta, 2006; también del mismo autor *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid, Editorial Trotta, 2001; y *Democracia y garantismo*. Madrid, Editorial Trotta, 2008.

76 Sobre el concepto de "rematerialización constitucional", véase Prieto Sanchís, Luis. "Tribunal Constitucional y positivismo jurídico". *Teoría de la Constitución: ensayos escogidos*. México, Editorial Porrúa, 2005, pp. 305 a 346.

77 Sobre la distinción técnica entre norma y conjunto normativo, véase Aragón, Manuel. "Interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control constitucional". *Interpretación constitucional*, t. 1. Eduardo Ferrer Mac-Gregor. México, Editorial Porrúa, 2005.

Cumplir con este designio implica, como es obvio, transformaciones en la propia estructura y funcionamiento del Estado que se convierte en un "Estado jurisdiccional" debido a la metamorfosis del rol de los jueces que asumen un papel activo y esencial en el proceso de creación del derecho vigente, y se convierten en realizadores materiales de los valores y principios constitucionales.

La estructura del Estado se modifica en tanto se produce una superación radical de la teoría de la separación de poderes en la versión clásica montesquiana.[78] Particularmente, en lo que atañe a la función judicial, la asunción de este modelo garantista de Estado implica cambiar la tradicional imagen de los jueces como "poder invisible y nulo" para transformarlos en eje articulador y garantía básica de la existencia misma del Estado, mediante su labor de intérpretes y aplicadores de los actos normativos y de poder del resto de las funciones públicas.

En ese sentido, a partir de que los jueces se convierten en agentes esenciales de la axiología constitucional, la práctica judicial se transforma. Concretamente esta deja de ser una mera operación de subsunción de normas, vinculada a la lógica formal aristotélica para convertirse en un proceso fundamentalmente retórico en el que la argumentación y la hermenéutica se convierten en el escenario privilegiado de acción judicial.

Por supuesto que este modelo de Constitución y de justicia choca, en el caso ecuatoriano, con la cultura jurídica dominante en el país, que es, como la mayoría de las latinoamericanas, tributaria de la visión más atrasada del positivismo jurídico europeo, visión que como hemos dicho condena a los jueces a desempeñar un rol totalmente dependiente y mecánico frente a los otros poderes públicos, y que convierte al juez en un verdadero

78 La teoría clásica de la división del poder, atribuida a Montesquieu, considera que en un Estado debe haber tres clases de poderes: el legislativo, el poder ejecutivo, y el "poder de juzgar". Mediante el primero se hacen las leyes, mediante el segundo se hace la paz y la guerra y se establecen relaciones internacionales, y mediante el tercero se castiga los crímenes y se juzgan las diferencias entre particulares. Según Montesquieu, estas funciones no solo están separadas, sino que se limitan unas a otras por medio de la facultad de autobloqueo que tienen atribuida. Como es conocido, en opinión de Montesquieu, el poder legislativo debía estar en manos de las cámaras legislativas, el poder ejecutivo en manos del rey, y la facultad de juzgar debía ser un "poder invisible y nulo" ejercido en forma transitoria por personas extraídas especialmente para ello del pueblo llano. Como se ve, la "separación de poderes" tal cual la conocemos hoy dista mucho de la teoría liberal clásica aquí citada.

autómata ciego cuya subjetividad social, moral y política en nada incide a la hora de tomar decisiones jurisdiccionales.[79]

Al contrario de esta visión, la nueva Constitución ecuatoriana representa una ruptura epistemológica radical respecto del modelo de jurisdicción y de justicia existente en el pasado, reemplazándolo por un orden jurídico en donde el ejercicio de la función judicial se transforma en el mecanismo básico de generación de legitimidad del sistema político, lo cual quiere decir que a partir del momento en que se asume este modelo constitucional, los jueces comenzarán a participar realmente en la definición y control de las políticas públicas a raíz de la necesaria aplicación directa e inmediata de los derechos constitucionales.

Un modelo jurídico como el aquí esbozado implica, por supuesto, que el tránsito de la regla general a la decisión concreta se hace mediante un proceso de argumentación e interpretación, sobre la base del sentido común, de los valores y del balance del interés político del juez, que tiene como antecedente la conciencia jurídica popular[80] y de la idea de justicia imperante en la sociedad. De tal suerte que el *derecho vigente* no se halla en las leyes debidamente aprobadas, sino que la realidad del derecho se encuentra en realidad en las acciones de los tribunales.[81]

## 6. Independencia judicial y papel de los jueces ordinarios como jueces constitucionales

Si asumimos como verdadero que en este modelo constitucional garantista, el derecho vigente es aquel efectivamente aplicado por los jueces, obviamente que esto implica la previa garantía de la independencia de los jueces para tomar las decisiones constitucionales. Independencia en la toma de las decisiones concretas (conocida como independencia interna) pero también, y fundamentalmente, una independencia externa entendida como autonomía política, administrativa y financiera de la función judicial respecto de los demás poderes del Estado, lo cual, sin embargo,

79 De acuerdo con la perspectiva positivista, la función del juez se reduce a conocer y encontrar aquella única "respuesta correcta" que necesariamente contiene el ordenamiento jurídico.

80 Véase Ross, Alf. *Sobre el Derecho y la Justicia*. Buenos Aires, Eudeba, 1997, p. 99.

81 Sobre esta visión realista del derecho vigente, véase Alf Ross, *op. cit.*, pp. 55 a 105.

no puede ser entendido como patente de corso para la irresponsabilidad o la autarquía.

Ahora bien, esa independencia no obstante está limitada por una decisión política ideológica del propio constituyente: al ser convertidos en jueces constitucionales los jueces ecuatorianos están obligados a ser los primeros defensores de la Constitución, aspecto que implica, de hecho, asumir y aceptar una militancia ideológica en las toldas del constitucionalismo garantista.

La primera consecuencia de esa obligada militancia pasa por aceptar que la existencia de las garantías jurisdiccionales de los derechos es el elemento esencial de la existencia del Estado constitucional de derecho, y que la correcta actuación de los jueces en ese contexto no depende tanto y exclusivamente de la existencia de un correcto enunciado normativo constitucional, cuanto de la aplicación que de ese enunciado normativo hagan los propios jueces competentes para convertirlas en normas vigentes,[82] de acuerdo con los postulados básicos de la ideología constitucional.

Y ahí es donde en el caso ecuatoriano actual llegamos un punto crítico: en la medida en que la aplicación práctica y la interpretación de las llamadas garantías judiciales de los derechos es competencia exclusiva de los jueces ordinarios,[83] estos por supuesto deben estar teóricamente preparados para asumir esa grave responsabilidad.

Pero la cuestión no es fácil: la constitucionalización del derecho implica fundamentalmente, y antes que todo, una revolución cultural que como todo cambio cultural es de largo aliento. No depende entonces, aunque se deba comenzar por ahí, de un simple proceso de formación o capacitación de los operadores jurídicos, sino que es en realidad una cuestión de decisión ideológica personal y colectiva: los jueces constitucionales en el contexto del neoconstitucionalismo se convierten por propia definición en agentes revolucionarios y, por tanto, en sujetos progresistas.

82 Sobre la diferencia entre enunciado normativo y norma vigente, véase Atienza, Manuel. *El Derecho como argumentación*. Barcelona, Editorial Ariel, 2007.

83 Recordemos que de acuerdo con el modelo constitucional ecuatoriano vigente, la defensa de los derechos constitucionales no es tarea de la Corte Constitucional como ente especializado de control de constitucionalidad, como ocurre en el modelo clásico kelseniano de control de constitucionalidad, sino que es un modelo mixto parecido al colombiano en el que los jueces ordinarios son jueces de los derechos constitucionales.

Y esa situación es algo que no depende de la mayor o menor independencia del juez, sino de la asunción de nuestra condición de realizadores concretos de los valores y principios de la Constitución y de nuestra apropiación entusiasta del constitucionalismo como ideología.

## 7. Bibliografía


Ackerman, Bruce. "Tres concepciones de la democracia constitucional". *Cuadernos y debates* (Madrid) 29, Centro de Estudios Constitucionales (1991).

Aragón, Manuel. "Interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control constitucional". *Interpretación constitucional*, t. 1. Eduardo Ferrer Mac-Gregor. México, Editorial Porrúa, 2005.

Atienza, Manuel. *El Derecho como argumentación*. Barcelona, Editorial Ariel, 2007.

Ayala Mora, Enrique, ed. *Nueva historia del Ecuador*. Quito, Corporación Editora Nacional, 1995.

Bobbio, Norberto. *El problema del positivismo jurídico*. México, Ediciones Fontamara, 2007.

Borja y Borja, Ramiro. *Derecho constitucional ecuatoriano*, t. 1 y 2. Quito, 1979.

Bossano, Guillermo. *Evolución del derecho constitucional ecuatoriano*. Quito, Editorial Universitaria, 1985.

Bouzat, Gabriel. "El control constitucional: un estudio comparado". *Cuadernos y debates*, 29. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

De Vega, Pedro. Prólogo. *La defensa de la Constitución*. Por Carl Schmitt. Madrid, Ediciones Tecnos, 1998.

Ferrajoli, Luigi. *Democracia y garantismo*. Madrid, Editorial Trotta, 2008.

_____. *Derecho y razón*. Madrid, Editorial Trotta, 2006.

_____. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid, Editorial Trotta, 2001.

Fioravanti, Maurizio. *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*. Madrid, Editorial Trotta, 1998.

Gargarella, Roberto. *La justicia frente al Gobierno*: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial. Quito, CEDEC/Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011.

Grijalva, Agustín. "Evolución histórica del control constitucional en Ecuador". *Constitucionalismo en el Ecuador*. Quito, CEDEC/Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011.

_____. "Perspectivas y desafíos de la Corte Constitucional". *Desafíos constitucionales: la Constitución ecuatoriana de 2008 en perspectiva*. Eds. Ramiro Ávila, Agustín Grijalva y Rubén Martínez. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

Hamilton, Alexander. *El Federalista* (México) 31, Fondo de Cultura Económica (2001).

Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. Bogotá, Ediciones Libros Hidalgo, 2010.

Landa, César. *Teoría del Derecho Procesal Constitucional*. Lima, Palestra editores, 2003.

Larenz, Karl. *Metodología de la ciencia del Derecho*. Barcelona, Editorial Ariel, 1994.

López, Ernesto. "La evolución del control constitucional en Ecuador". *Derecho constitucional para fortalecer la democracia ecuatoriana*. Quito, Tribunal Constitucional/Fundación Konrad-Adenauer, 1999.

Madison, James. *El Federalista* (México) 31, Fondo de Cultura Económica, 2001.

McIlwain, Charles. *Constitucionalismo antiguo y moderno*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

Merleau Ponty, Maurice. *Introducción a la fenomenología de la percepción*. México, Fondo de Cultura Económica, 1957.

_____. *Lo visible y lo invisible*. Buenos Aires, Editorial Nueva Visión, 2010.

Pareja Andrade, Armando. "El constitucionalismo en el Ecuador". *Derecho constitucional para fortalecer la democracia ecuatoriana*. Quito, Tribunal Constitucional/Fundación Konrad-Adenauer, 1999.

Pazmiño Freire, Patricio. *Descifrando caminos: del activismo social a la justicia constitucional*. Quito, Flacso, 2010.

Pisarello, Gerardo. *El largo Termidor: historia y crítica del constitucionalismo antidemocrático*. Quito, CEDEC/Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011.

Prieto Sanchís, Luis. "Tribunal Constitucional y positivismo jurídico". *Teoría de la Constitución: ensayos escogidos*. México, Editorial Porrúa, 2005.

Reinach, Adolf. *Acerca de la fenomenología de los derechos*, citado por Larenz, Karl. *Metodología de la ciencia del Derecho*. Barcelona, Editorial Ariel, 1994.

Ross, Alf. *Sobre el Derecho y la Justicia*. Buenos Aires, Eudeba, 1997.

Sanín, Ricardo. *Teoría crítica constitucional: rescatando la democracia del liberalismo*. Quito, CEDEC/Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011. Segunda parte "En nombre del pueblo (Destruyendo a Marbury vs. Madison)".

Schmitt, Carl. *La defensa de la Constitución*. Madrid, Editorial Tecnos, 1998.

_____. *La defensa de la Constitución*. Madrid, Editorial Tecnos, 1998.

Tribunal Constitucional. *Evolución del control constitucional desde 1979*. Quito, Ediciones del Tribunal Constitucional, 1998.

Velasco Ibarra, José María. "Mensaje a la nación, 6 de febrero de 1945". *Balance de una revolución popular*.

Viciano, Roberto y Rubén Martínez Dalmau. *Cambio político y proceso constituyente en Venezuela*. Caracas, Vadell Editores, 2001.

# El sistema de fuentes del derecho en el nuevo constitucionalismo latinoamericano

Juan Montaña Pinto*

## 1. Introducción

Desde una perspectiva histórico-institucional de las fuentes del derecho[1] encontramos que en Occidente existen dos sistemas jurídicos principales: el del *common law* y el europeo continental también conocido como *romano-germánico*. La consecuencia práctica de esa dicotomía respecto del sistema de fuentes es que, dependiendo del modelo constitucional en el que se inscriba un determinado territorio, las formas de producción del derecho serán distintas; los procedimientos normativos serán diversos y, sobre todo, la forma externa de las normas jurídicas también variará.

El ordenamiento constitucional ecuatoriano desde su origen a comienzos del siglo XIX fue influenciado fundamentalmente por el paradigma constitucional europeo continental y por ello, a pesar de la gran cantidad de cambios constitucionales, el sistema de fuentes que ha regido en este territorio es sustancialmente uno solo: el legicéntrico de inspiración francesa. Antes de comenzar el estudio de las fuentes en Ecuador,

* Director Ejecutivo del Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC) de la Corte Constitucional para el Período de Transición.

1 Como es conocido, en la dogmática jurídica general se han construido por lo menos cuatro grandes enfoques sobre el concepto de fuentes del derecho: social o sociológico; justificativo o valorativo; formalista y, por último, el enfoque histórico-institucional. En este trabajo consideraremos una concepción de fuentes del derecho construida a partir de un modelo que mezcla el enfoque histórico-institucional y el sociológico; por consiguiente, negamos de plano la posibilidad de que el problema de las fuentes del derecho sea un problema exclusivamente interno al orden jurídico como piensan los juristas formados en el normativismo positivista. Un estudio del origen de las normas jurídicas desde la perspectiva interna o sistemática se puede encontrar en Aguiló, Juan. *Teoría general de las fuentes del derecho*. Barcelona, Editorial Ariel, 2000.

conviene revisar las características de este modelo constitucional en relación con las fuentes, para así tener claro el punto del cual partimos cuando tratemos las transformaciones de las maneras de crear derecho.

## 2. Las fuentes del derecho en los diferentes modelos constitucionales

### 2.1. Las fuentes del derecho en el modelo constitucional continental clásico

El modelo constitucional francés, también conocido como modelo constitucional continental, está indisolublemente asociado y nos remite a dos conceptos jurídicos muy conocidos en el derecho liberal: Estado de derecho y a la primacía de la ley frente a la administración, la jurisdicción y los propios ciudadanos.[2] Si nos detenemos en el sistema de fuentes del Estado de derecho tenemos que todo él gira alrededor de la ley como acto normativo supremo e irresistible al que no se le opone un derecho más fuerte, cualquiera sea su forma o fundamento.

En este sistema la *fuente* principal de producción del derecho será el Parlamento; el procedimiento de producción del derecho será, fundamentalmente, el procedimiento legislativo parlamentario; y la "ley" como encarnación paradigmática de la voluntad general será la manifestación normativa por antonomasia.

La conversión de la ley en fundamento y límite del ordenamiento supone la reducción del derecho a la ley y la sumisión a ella de todas las demás fuentes, lo que significa que en este modelo no está sujeta a ninguna norma superior. Todas las materias son susceptibles de regulación legal, es decir que la ley puede tener cualquier contenido, puesto que es omnipotente. El Parlamento en ejercicio de su potestad legislativa puede abordar cualquier asunto, de tal suerte que no existen límites derivados de instituciones superiores. La expresión de voluntad del poder soberano es la ley, lo cual significa que todos los asuntos son susceptibles de desarrollo legal pues el principio de legalidad es entendido formalmente.[3]

2 Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid, Editorial Trotta, 1995, p. 24.

3 Sierra, Humberto. *Concepto y tipos de ley en la Constitución*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia, 2001, pp. 93-96.

Cuando se habla de la "ley", originalmente se hace referencia a ella en sentido formal, es decir, se alude a la ley como expresión de la voluntad del Parlamento. Esta forma de entender la ley implicaba la primacía de la función legislativa sobre el resto de la estructura estatal. En este modelo se parte del llamado "principio parlamentario", es decir, de la afirmación que el Parlamento tiene el poder de expresar en forma de leyes las normas a las que se deben someter los titulares de los demás poderes públicos.

Sin embargo, en la práctica las cosas son distintas por una serie de razones histórico-políticas relacionadas con el triunfo y la expansión durante todo el siglo XIX del proyecto de la codificación. En el mundo entero, cuando se habla de ley se termina aludiendo no a la ley parlamentaria sino a la ley que se incorpora en los códigos, hasta el punto que al final del siglo XIX cuando se habla de ley en realidad se está aludiendo al código. No se debe olvidar que la estructuración del llamado "sistema de fuentes" en los países tributarios del sistema jurídico romano-germánico se hizo por medio del derecho privado y particularmente del Código Civil por ser este el "texto" y el "lugar" donde se establecían los criterios de interpretación, armonización y ordenación de las distintas normas que componían el ordenamiento jurídico. En definitiva, el término código, no designa cualquier libro que recoja reglas jurídicas, indica exactamente al "libro" moderno por definición, aquel libro que hace posible la identificación de derecho con ley. Un libro que en su modernidad aspira a la *plenitud* entendida como la búsqueda y el deseo de imponerse, de dominar y de considerarse, por naturaleza y por vocación, el epicentro del ordenamiento jurídico, y por consiguiente pretende agotar todo el universo jurídico en sí mismo, para resolver preventivamente todas y cada una de las divergencias jurídicas.

Por esa razón se le ha considerado y aún se le considera la fuente jurídica prevalente, aquella que rige domina y explica a todas las demás, que las tolera en vía subsidiaria, pero que al mismo tiempo las supera, que les da la luz necesaria, obligándoles a compartir la propia lógica.

Es en ese contexto, como se ha entendido que el *ordenamiento jurídico* se identifica con la ley, para los defensores del arquetipo constitucional liberal clásico no existe otra fuente distinta a aquella que expresa la *voluntad general*, de tal suerte que la Constitución tiene un carácter meramente programático. La Constitución en la versión del liberalismo

europeo continental es lo mismo que un programa político, porque tal cual fue concebida solo es un *escrito* donde se plasma el designio político del Estado en su relación con la sociedad, vinculado por tanto al sistema de valores de la burguesía liberal. No olvidemos que la historia social del siglo XIX y de la primera parte del siglo XX ha sido literalmente determinada por el proyecto de aquella sociedad que surge y se consolida en función de su liberación de la tutela estatal, y que por consiguiente necesita autorregularse, fiándose ciegamente en las virtudes de la mano invisible del mercado. Este proyecto social burgués y sus opciones (sobre todo las económicas) terminaron dominando, al punto que toda manifestación jurídica fue diseñada para sancionar y garantizar la autonomía privada, esa que encarna el derecho del Código Civil.

Por esa razón, en el modelo constitucional francés la Constitución queda reducida a una mera declaración política de principios, y, por ende, se asiste a la formación de una cultura jurídica basada en la supremacía absoluta de la ley como manifestación exclusiva de la voluntad general. La Constitución es en realidad un elemento accesorio y dependiente de los designios del derecho privado; sucede así porque la economía prevalece sobre la política y la sociedad sobre el Estado. Lo contrario habría constituido, como señala Pío Caroni,[4] "un atentado contra las bases de la producción capitalista y con ella de toda la sociedad burguesa". No desdeñemos que el esfuerzo central de toda la historia del constitucionalismo francés, no ha sido, a pesar de lo que su nombre puede sugerir, someter los poderes del Estado a la Constitución, sino doblegarlos a la voluntad general expresada en la supremacía de la ley.

En síntesis, la función de las fuentes en el modelo constitucional continental clásico tiene que ver con los rasgos que le son propios desde el punto de vista subjetivo; es decir, en relación con las fuentes de producción del derecho, el sistema se caracteriza por la exclusión de cualquier fuente de derecho que no sea manifestación del poder estatal, debido a que este no admite la existencia de competidores en el campo de la emisión de normas jurídicas. Desde la perspectiva material, se caracteriza por su articulación en torno a una fuente principal y algunas subsidiarias: la ley como expresión material de la voluntad general es la fuente principal y las fuentes subsidiarias o secundarias son la jurisprudencia, la costumbre

4 Véase Caroni, Pío. *Lecciones catalanas de la historia de la codificación*. Madrid, 1996, pp. 59-64.

y los principios generales del derecho. Finalmente, desde el punto de vista procesal, es decir, según la posición que ocupa en la estructura del Estado el órgano emisor de la norma, existe una clara prevalencia de la función legislativa sobre las demás funciones y órganos del Estado, configurándose el sistema de fuentes en torno al principio de jerarquía.

De las tres perspectivas que acabamos de mencionar, dos (la subjetiva y la procedimental) no necesitan mayor comentario. Cosa distinta ocurre con la perspectiva material, puesto que para comprenderla debemos hacer referencia a los caracteres internos que diferencian a la ley de otras manifestaciones normativas anteriores y posteriores: la estatalidad de las normas, su generalidad y permanencia, la unidad formal del ordenamiento, la unilateralidad de las normas, su condición imperativa y su carácter eminentemente prescriptivo.

La estatalidad de la norma hace referencia a que solo son normas jurídicas aquellas adoptadas por el Estado, no las producidas por los sujetos privados. No se debe olvidar que antes de culminar el proceso moderno de estatalización del derecho, los distintos estamentos de la sociedad tenían capacidad normativa.

La generalidad y permanencia que el modelo clásico predica como característica esencial de las normas es un atributo directamente relacionado con la obsesión moderna por la razón. En este contexto, las normas están diseñadas para proporcionar reglas abstractas y permanentes de comportamiento, es decir, ser parte de la posibilidad de subsumir en la generalidad de una norma prevista todas las singularidades que la vida pueda presentar.

La unidad formal del ordenamiento se refiere a que el ordenamiento como construcción racional destinada a regular la vida social es perfecto, es decir, es único y no existen vacíos en él.

La unilateralidad de las normas está relacionada con el hecho de que éstas provienen de la única voluntad normativa del Parlamento, única admisible en el Estado liberal europeo, y por consiguiente se imponen independientemente de la adhesión que puedan concitar.

La imperatividad significa que las normas vinculan a sus destinatarios imponiéndoles directamente conductas consideradas como deseables en la sociedad. El carácter prescriptivo o proporcional hace referencia a que las normas jurídicas en el modelo constitucional clásico francés solo pueden ser expresadas en la forma de proposiciones lingüísticas prescriptivas.

Y es precisamente la concepción de la ley y la existencia del principio de legalidad aquí esbozados los que marcan la distancia entre el modelo europeo continental de fuentes del derecho y el sistema del *common law* anglosajón basadas en el principio del *rule of law*.[5]

Recuérdese que la expresión *rule of law and not of men* no solo invoca el punto de vista aristotélico del gobierno de las leyes en lugar del gobierno de los hombres, sino también la lucha concreta que el Parlamento inglés sostuvo contra los intentos de absolutismo real. Mientras en la tradición europea continental la impugnación del absolutismo significó la pretensión de sustituir al rey por otro poder absoluto encarnado en la Asamblea Nacional; por ejemplo, en Inglaterra la lucha contra el absolutismo consistió en oponer a las pretensiones del rey los privilegios y libertades tradicionales de los ingleses representados en el Parlamento.[6]

Además en el derecho anglosajón, por lo menos en su origen, no se produce una diferenciación clara entre creación y aplicación del derecho como ocurre en el modelo europeo continental, sino que se mantienen los criterios medievales donde el Parlamento es en esencia un Tribunal de Justicia[7] y donde la *extracción* del derecho se hace a partir de casos, y por tanto, los progresos del derecho no dependen de un complejo proceso deductivo a partir de principios generales conocibles por la razón, sino de la inducción de reglas a partir de la experiencia empírica ilustrada por casos concretos.

### 2.2. Las fuentes del derecho en el paradigma constitucional del Estado social

En el nuevo paradigma constitucional, el Estado social dota de una nueva naturaleza a ciertas partes de la Constitución como norma jurídica y ello

5 Para un resumen de la distinción entre Principio de Legalidad y Rule of Law, véase Clavero, Bartolomé. "Imperio de la Ley y Rule of Law: Tópica y Léxico Constitucionales". *Happy Constitution: cultura y lengua constitucionales*. Madrid, Editorial Trotta, 1997, pp. 181- 236. También Gustavo Zagrebelsky, *op. cit.*, pp. 24-27.

6 *Ibíd.*, p. 25.

7 Sobre el carácter jurisdiccional de la institución parlamentaria en Inglaterra, véase Mattei, Ugo. *Common Law Il Diritto Angloamericano*. Torino, Utet Edizioni, 1992, pp. 77 ss.

tiene importantes consecuencias en el funcionamiento del sistema de fuentes.

Recuérdese que para la tradición anglosajona del *common law*, la fuente principal de producción del derecho (quien crea el derecho), es el juez constitucional, el procedimiento de producción y unificación del ordenamiento jurídico y particularmente el control constitucional,[8] le corresponde al órgano judicial; la expresión normativa del sistema tiene una naturaleza dual: primero, la Constitución tiene un papel dirigente en tanto por sí misma es considerada una norma directamente aplicable y fuente de fuentes; segundo, la decisión judicial se convierte en la expresión normativa por antonomasia del ordenamiento, ya que dota de estructura gramatical a las reglas constitucionales (excesivamente abstractas), hace necesaria su vinculación con los hechos para asegurar la primacía de sus dictados y su aplicación práctica.

A raíz de los desarrollos del constitucionalismo del Estado social, y a causa de la recuperación del concepto racional normativo de Constitución en el ámbito del derecho continental, según el cual ciertas partes de la Constitución dejan de ser un programa político y se convierten en *un complejo normativo* que establecen las funciones fundamentales del Estado y se regulan los órganos, el ámbito de sus competencias y las relaciones entre ellos"[9] parecería que el escenario de la creación del derecho habría cambiado radicalmente, pues el derecho continental habría basculado hacia un sistema afín al *common law*, por tanto, la decisión judicial considerada como precedente habría desplazado, o por lo menos igualado, al derecho *escrito en sede parlamentaria* en la jerarquía de las normas.

Sin embargo la realidad es bien distinta. Aun cuando el sistema constitucional del *common law* y el del Estado social compartan algunas características —en especial la consideración de ciertas partes de la Constitución como norma jurídica directamente aplicable—, la distinción entre las dos tradiciones constitucionales sigue siendo radical debido

8 Esta circunstancia se explica debido a la obsesión contramayoritaria propia de la Revolución americana.

9 Sobre el concepto Racional Normativo de Constitución, véase García Pelayo, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. Madrid, Alianza Editorial, 1987, pp. 34-41.

a que en su versión romano-germánico, el reconocimiento del carácter normativo de la Constitución y la consiguiente modificación formal del sistema de fuentes no va acompañada de la transformación real de la cultura jurídica europea, pues como se verá, el procedimiento para la determinación y especialmente la aplicación del derecho vigente sigue siendo prácticamente el mismo. El derecho continental continúa siendo un derecho basado en la aplicación silogística de normas generales preexistentes; no es nunca un derecho hecho a partir del discernimiento de reglas de solución de conflictos aplicables a cada caso en particular, como sucede con el derecho práctico de los jueces típico de la tradición anglosajona.[10]

En Europa y en los países que se acogen a la tradición jurídica del Estado social, la Constitución reemplaza a la ley en la cúspide del ordenamiento pero no muta su naturaleza metafísica. La Constitución igual que ocurría con el código-ley en el siglo XIX aspira a la *plenitud* y por consiguiente se tiene a sí misma como la *causa incausada* del ordenamiento jurídico, transformándose en la fuente jurídica por definición, es decir, en aquella regla que rige, domina y explica a todas las demás y eso quiere decir que la Constitución reemplaza a la ley como "fuente de fuentes", por consiguiente, su texto no solo es la expresión de un orden, sino que además en palabras de García Pelayo, la Constitución por sí misma "es la creadora de ese orden",[11] pues se trata de una transposición de los rasgos esenciales que los teóricos de la codificación predicaban de la ley a la Constitución.

En ese sentido, dotar de carácter normativo a la Constitución, no resuelve uno de los problemas más significativos de toda la dogmática de las fuentes del derecho en el derecho continental: si el ordenamiento jurídico resulta o no directamente aplicable por los operadores jurídicos (eficacia directa), o si debido al alto grado de indeterminación de las reglas constitucionales, las disposiciones que contiene la Constitución son mandatos normativos dirigidos al legislador que, por tanto, solo afectará a los

10 Para una revisión magistral del método de interpretación europeo continental basado en la interpretación silogística de la Ley y de las dificultades de establecer un método autónomo de interpretación de la Constitución. Véase Wroblewski, Jean Ptaszin. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Madrid, Editorial Civitas, 1985.

11 Véase Manuel García Pelayo, *op. cit.*, p. 35.

demás órganos del Estado y a los particulares en la medida en que sus preceptos se hayan desarrollado por medio de una ley (eficacia indirecta).

El problema no tiene que ver con el carácter normativo o no de la Constitución. La opción por un sistema u otro de eficacia tiene influencia sobre la operatividad de la Constitución, sobre la adecuación del ordenamiento y especialmente sobre la configuración de los procedimientos de control de constitucionalidad. Si la Carta constitucional solo obliga directamente al legislador, la acomodación del contenido de las prescripciones constitucionales dependerá del control de constitucionalidad de la ley, de tal suerte que la Constitución solo estará presente en la vida jurídica por mediación del legislador y del órgano que lleve a cabo el control de constitucionalidad, mientras que el sistema de eficacia directa implica que los jueces y los demás operadores jurídicos, incluyendo los particulares, habrán de tomar a la Constitución como una regla de decisión, igual que cualquier otra norma, con las siguientes consecuencias: a) habrá de examinarse y compararse todas las normas con las disposiciones constitucionales, para determinar de forma legítima si deben ser parte o no del ordenamiento jurídico; b) en la solución concreta de conflictos jurídicos habrá de aplicarse directamente la Constitución; c) habrá de interpretarse todo el ordenamiento conforme a la Constitución. En otras palabras, como diría Ignacio de Otto, "si la Constitución tiene eficacia directa no será solo norma de normas, sino además, norma aplicable y no será solo fuente sobre la producción sino fuente del derecho sin más".[12]

En el plano teórico, el reconocimiento de la eficacia directa de la Constitución significa que los jueces podrán y deberán servirse de la Constitución para aplicar e interpretar la ley, lo cual significa que la Constitución se aplica, *en lugar de*, *frente a*, o por lo menos, *junto* al resto del ordenamiento. Ahora bien, entendido en su verdadero sentido el principio de eficacia directa implica que cualquier operador jurídico habrá de aplicar por sí mismo la Carta constitucional, aun cuando el legislador no haya dado cumplimiento a sus prescripciones y aun cuando no haya funcionado correctamente el control de constitucionalidad.

La consecuencia práctica de que la Constitución sea *fuente del derecho sin más* es que aquellos *temas fundamentales* del ordenamiento jurídico,

12 De Otto, Ignacio. *Derecho constitucional: sistema de fuentes*. Barcelona, Editorial Ariel, 1997.

que en el esquema de la codificación eran materia de la ley ahora son regulados directamente por la Constitución. Si bien aún hay quien considera peligrosa la atribución de eficacia directa de la Constitución,[13] no cabe duda de que sea esta a la que corresponde la regulación de la Ley y no al revés como ocurría en el sistema hermenéutico de la codificación civil; por tanto, aquellas famosas disposiciones del Código Civil sobre las fuentes del derecho y su interpretación constituían el núcleo duro del proyecto político-jurídico de la codificación, que dejaban su lugar de privilegio al sistema de fuentes definido en la Constitución. En esa medida, el valor que tienen en relación con la tarea hermenéutica de los operadores jurídicos ya no deriva de su especial jerarquía, sino que se desprende de la utilidad práctica que posean.

De lo dicho hasta aquí, se puede concluir que a pesar del reconocimiento del carácter normativo de la Constitución, la función de las fuentes en el modelo constitucional del Estado social no es la misma que tienen las fuentes en el sistema del *common law*. El sistema se caracteriza por la importación del concepto de Constitución normativa, pero tiene algunas diferencias con el modelo original en tanto este reconocimiento va acompañado de un sistema de garantías constitucionales encabezadas por la justicia constitucional concentrada, que nada tiene que ver con la imperante en el mundo anglosajón. Esta justicia constitucional en cabeza de un órgano único supone un trastrocamiento radical del sistema de fuentes y obedece a los rasgos siguientes:

Desde el punto de vista subjetivo, es decir en relación con las fuentes de producción del derecho, el reconocimiento del carácter normativo y preeminente de la Constitución abre el camino para el reconocimiento de otros sujetos con capacidad normativa suficiente, eliminando el monopolio

13 Aún hoy la atribución de eficacia y aplicación directa a las normas constitucionales por todos los operadores jurídicos causa gran inquietud en todos los seguidores de la concepción tradicional y legalista de las fuentes del derecho, pues insisten en que su aplicación entraña importantes riesgos que amenazan destrozar el sacrosanto principio de *seguridad jurídica*, en consecuencia propenden por una *buena dosis de escepticismo y una tendencia restrictiva a la aplicación directa de la Constitución*. Sin embargo, para tranquilidad de todos, prácticamente la totalidad de los ordenamientos constitucionales que obedecen a la tradición jurídica continental, prevén rigurosos sistemas de unificación de la jurisprudencia, normalmente en cabeza de los tribunales constitucionales, que eliminan cualquier riesgo de arbitrariedad e inseguridad jurídica. Sobre el particular véase Diez Picazo, Luis. *Sistema de derecho civil*, vol. 1. Madrid, Editorial Tecnos, 1993.

normativo del Parlamento. Esto es importante porque incorpora al modelo constitucional continental la posibilidad de reconocer autonomía a otros sujetos jurídicos: como ocurre en España con las nacionalidades y regiones que en una organización territorial centralista clásica habían visto sojuzgados sus legítimos derechos a existir, desarrollarse y por ende autonormarse.

Desde la perspectiva material, el reconocimiento del papel sustancial de los tribunales constitucionales en la determinación de lo que es el derecho supone la mutación de la posición de la ley en el ordenamiento jurídico. Además, al interior de la categoría de ley surgen nuevas fuentes que tienen por objeto reservar el desarrollo de determinadas materias constitucionales de singular importancia a un procedimiento legislativo especial, la ley transforma su situación al interior del sistema. De una posición monopólica pasa a tener una situación de preeminencia relativa, puesto que queda subordinada a la Constitución y, en particular, a la configuración normativa que de ella haga la justicia constitucional.

No se debe olvidar que en vigencia del Estado social se registró una profunda crisis del principio de generalidad de la ley, a tal punto que esta dejó de servir como factor de integración social y se convirtió en mero instrumento para la actuación del Estado en situaciones concretas por medio de tres vías principales: la delegación de la función normativa del Parlamento al Ejecutivo en sus distintas formas, la potenciación de la potestad reglamentaria del Ejecutivo y los avanzados procesos de deslegalización.

Para finalizar, desde el punto de vista procesal, es decir, según la posición que ocupa en la estructura del Estado el órgano emisor de la norma en el modelo jurídico romano-germánico, el sistema de fuentes se configura ya no exclusivamente en torno al principio de jerarquía, sino que además intervienen el principio de competencia y el sistema de reservas.

Las mutaciones en las fuentes del derecho, como consecuencia de la crisis del modelo social y político del Estado social, no pueden escindirse de la explicación global de la crisis del modelo. Por ello, antes de abordar de forma concreta la cuestión de las fuentes es necesario hacer una breve explicación de los rasgos fundamentales de la crisis.

## 2.3. Mínima caracterización de la crisis del modelo

Como se sabe, a comienzos de la década de los setentas del siglo pasado el relativo consenso social y político logrado en torno a los modelos dirigistas, que se expresó en la conversión del Estado en el lugar privilegiado de la lucha de clases, entró en una profunda crisis causada por la imposibilidad de seguir manteniendo el nivel de crecimiento del gasto público necesario para financiar la cada vez más amplia demanda de servicios sociales, que, de acuerdo con el modelo, debían ser ofrecidos por el Estado.

La creciente escasez de recursos obligó a la gran mayoría de los Estados que obedecían al esquema constitucional de la posguerra, a implementar programas encaminados a mejorar la eficiencia y eficacia en el gasto público, y a establecer criterios de productividad económica y social de corte liberal en la oferta de los servicios públicos más importantes. La relevancia asignada en la nueva concepción del Estado a la mayor competitividad de las empresas en los mercados internacionales, implicaba un serio ajuste de los costes laborales.[14]

Por su parte las políticas antiinflacionistas requerían la reducción del déficit y la contención del crecimiento del gasto público, lo cual hacía necesario limitar al máximo la ampliación de los servicios sociales a los grupos de población más vulnerables. Sin embargo, esto contradecía los postulados ideológicos y políticos de los partidos que durante más de cincuenta años habían gobernado en los países occidentales, con la consecuencia de la ruptura del pacto social interclasista que había permitido evitar las revoluciones violentas en Europa a cambio de seguridad y estabilidad laboral y social.[15]

Esta situación, además de tener significativas repercusiones en el ámbito socioeconómico, causó importantes transformaciones en el esquema institucional del Estado, particularmente en el orden normativo. Se produjo, como ya se mencionó, un movimiento general de liberalización

14 Para realizar ese "ajuste" se requería convencer a los trabajadores para que aceptasen límites en los incrementos salariales y la flexibilización de los mercados del trabajo mediante la disminución de los costes prestacionales. Ante la imposibilidad de hacerlo sin perjudicar derechos adquiridos se optó por la privatización de la mayoría de los servicios.

15 Véase De Cabo, Carlos. *Sobre el concepto de ley*. Madrid, Editorial Trotta, 2000.

y privatización del Estado que tiene como manifestaciones más significativas las siguientes:

La transformación del Estado de "escenario de resolución de conflictos" a "parte interesada" en el conflicto social; la privatización progresiva de lo público o por lo menos la eliminación de la identidad público-estatal; y la sustitución definitiva de la ley, manifestación por excelencia de la esfera de lo público, por el contrato, expresión paradigmática de la esfera privada.

Igualmente han ocurrido importantes mutaciones que tienen que ver con el trámite parlamentario y la eficacia de la ley. En el primer sentido, porque en aquellos asuntos anteriormente considerados como de "interés general", los acuerdos previos y los *lobbys* corporativos eliminan la discusión parlamentaria. En lo que atañe a la eficacia de la ley, la crisis del Estado social permite la inaplicación selectiva de la ley en casos concretos.[16]

En el orden de los derechos y libertades también se han producido cambios importantes que se manifiestan fundamentalmente en la incapacidad del Estado de darle a los derechos sociales la cobertura institucional como derechos subjetivos directamente exigibles, tal cual lo hizo el primer Estado liberal con los derechos civiles y políticos.

Otra de las importantes transformaciones institucionales que se han dado en los últimos años tiene que ver con el desplazamiento definitivo de la política del ámbito parlamentario a las instancias judiciales, de tal suerte que los tribunales han adquirido un peso específico sin precedentes dentro de la estructura del Estado contemporáneo, al convertirse en sede privilegiada de resolución de los conflictos políticos.

A pesar de que hoy en día nadie discute el carácter normativo de los preceptos constitucionales, la canalización judicial de los conflictos políticos a la que acabamos de aludir, entraña la utilización del derecho y concretamente de la Constitución como instrumentos de decisión política. Esto no es más que una redefinición del concepto del derecho y, por ende, de las fuentes de producción jurídica que en cada espacio se producen.

16 Uno de los ejemplos más significativos de estas prácticas de inaplicación de la ley es la economía sumergida y el trabajo negro, los cuales a pesar de infringir el ordenamiento constitucional y legal, son consentidos por el Estado, que los acepta como "mal menor" que permite solventar la crisis económica permanente en que vive la sociedad. Sobre el particular véase Carlos de Cabo, *op. cit*., pp. 72 -73.

A nuestro juicio es así, dado que la ruptura del consenso en los que se sustentaba el modelo del Estado social implica de hecho la invalidez de la ecuación Nación-Estado-Derecho sobre la que se ha montado toda la teoría política liberal. No olvidemos que las sociedades contemporáneas y el sistema mundial como un todo son un paisaje mucho más rico y complejo de lo que la teoría liberal está dispuesta a reconocer, pues, están constituidas por una *constelación de normatividades* que operan tanto en los espacios y tiempos tradicionales del Estado-Nación como en espacios y tiempos locales y trasnacionales.

### 2.4. Los cambios más significativos en el sistema de fuentes a raíz de la crisis del Estado social

Esta concepción amplia del campo jurídico ha significado, como es fácil de comprender, una auténtica *revolución* en el sistema de fuentes. Lo más significativo de esa *revolución* es el retorno del pluralismo jurídico como categoría dogmática plenamente explicativa de la realidad jurídica contemporánea, en consecuencia, la desaparición del paradigma monista del derecho.

Es importante recordar que el pluralismo jurídico es una categoría dogmática bastante antigua, reivindicada desde principios del siglo XX por algunos juristas antipositivistas como Ehlrich,[17] Gurvich[18] o Santi Romano,[19] que hicieron visible la tensión existente entre la doctrina jurídica liberal que reducía el concepto de derecho al derecho de producción estatal y la realidad social que decía otra cosa.[20] Desde estas últimas, se ha acuñado el término *pluralismo jurídico* para designar formas de regulación social paralelas que no solo compiten, sino en muchos casos inhiben, las aspiraciones monopólicas del derecho estatal.[21]

Por eso, a raíz del incumplimiento de las promesas básicas del Estado social, especialmente en aquellas áreas donde solo ha tenido una influencia periférica, como es el caso de América Latina en los últimos años, la política y las prácticas constitucionales han considerado como alternativa

17 Ehlrich, Eugene. *Grundlegum der Soziologie des Rechs*. Leipzig, 1913.
18 Gurvich G. *L'idée du Droit Social*. París, 1932.
19 Romano S. *Il Ordine Giuridico*. París, 1946.
20 Arnaud A. y Fariñas M. J., *op. cit.*, pp. 87 y 88.
21 Como lo muestran los estudios de sociología jurídica contemporánea esta presunción pierde particularmente fuerza en los ámbitos infra y supraestatales.

replantear la relación entre el Estado y el derecho, sobre la base de los postulados teóricos provenientes del pluralismo jurídico.

En ese sentido, el proyecto moderno del monismo jurídico que se expresa claramente en la conocida frase de Hobbes según la cual "el legislador no es el que decide la aplicación de una ley sino quien la permite", no es más que un mito. Se trata de un proyecto que marca los últimos cuatro siglos de la historia de Occidente como una fuerte y prolongada dinámica de construcción de un único sujeto de imputación normativa, a partir de un nefasto pluralismo preexistente.[22]

Una vez lograda esa supuesta homogenización del derecho este conflicto entre monismo jurídico dominante y pluralismo jurídico latente se manifiesta de manera diversa en las diferentes etapas de desarrollo de la modernidad capitalista: en un primer momento que corresponde temporalmente a la época del liberalismo clásico y que se prolonga hasta principios del siglo XX, el Estado dejaba las manos libres a los demás actores y se ocupaba exclusivamente de un reducido grupo de servicios relacionados con su función de policía: guarda de fronteras, garantía del orden público interno y administración de justicia. A esta última se le veía como una función propia y exclusiva del Estado, pero su campo de acción era ciertamente muy restringido, si se tiene en cuenta que tenía injerencia sobre áreas muy limitadas de las relaciones sociales, sobre todo la defensa de la propiedad privada.

El segundo momento corresponde a la época del Estado social y va desde el período de entreguerras hasta mediados de la década de los setentas. Aquí el concepto de lo público se va ampliando y, por tanto, la injerencia del derecho estatal va colonizando otros espacios de la vida social que antes pertenecían al ámbito de lo privado, de tal suerte que al derecho civil se unieron el derecho administrativo, el derecho laboral, el

22 La unidad de derecho es entonces el resultado final de la interacción prolongada de una doble tendencia de inclusión y exclusión. De inclusión porque implicó selección y articulación de normas y estructuras producidas en la sociedad, atrayendo al centro a parte de las estructuras jurídicas preexistentes que se van incorporando al derecho estatal centralizador mediante la asignación de competencias y posiciones dentro de la jerarquía normativa. De exclusión porque esa selección implicó también el rechazo de cualquier construcción normativa externa que pudiera "competir", deslegitimar o dispersar el derecho estatal. Una selección que comienza por demarcar las relaciones sociales que están dentro y cuales están fuera del derecho. A las primeras se les llama relaciones jurídicas y entre ellas se pueden producir conflictos jurídicos: las demás al quedar fuera no se consideran jurídicas y sus conflictos no tienen estatus juridificable, por ende se les niega cualquier relevancia frente al derecho.

derecho de familia y el derecho ambiental. Durante este tiempo se exacerba la tendencia monopólica del monismo jurídico y se considera que por fin se han desterrado las últimas manifestaciones de pluralismo que quedaban en la sociedad.

En el actual momento, el de la crisis del Estado social, adquieren enorme importancia los escenarios local y mundial de regulación y, consecuentemente, en el ámbito jurídico se manifiesta en el reconocimiento de capacidad normativa a múltiples actores de la vida social. Ahora bien, no se piense que el Estado no renuncia gratuitamente a su posición monopólica en relación con la administración de justicia; lo hace con la esperanza de recuperar y mantener el control sobre el proceso de creación del derecho, pero en ese proceso de cambio el propio paradigma monista del derecho se quiebra, pues la ley como expresión material del mismo se hace insuficiente para entender la nueva realidad que pretende regular.

Lo que en realidad ocurre es que se hace visible un hecho que estaba allí desde siempre pero que nadie se atrevía a registrar debido a la fuerza prescriptiva del modelo monista: la circunstancia de que el derecho estatal nunca llegó a tener el monopolio de la orientación de las relaciones sociales ni a resolver la mayoría de los conflictos que se presentan en la sociedad. En ese sentido, el cambio del tercer momento no es significativo en relación con la función de Estado propiamente dicha, cuanto con su eficacia simbólica. El cambio simbólico fundamental de la época actual es que el Estado se ha visto forzado a abandonar su arrogancia, aquella que le permitía aducir que era el único ente capaz de regular y controlar las relaciones jurídicas como único creador de derecho.

Mediante el concepto de pluralismo jurídico se abarca una serie amplia y disímil de fenómenos sociales de control y regulación social, entre las que se destacan las que se dan al interior de las comunidades tradicionales, o en nuevas comunidades excluidas o marginadas, las cuales han tomado visibilidad en virtud de la acción de múltiples movimientos sociales, por la crisis institucional que afronta el Estado-Nación, e incluso por obra y como resultado de los procesos de globalización del capital que se han desarrollado en los últimos 30 años.

La relación de los sistemas de derecho propios de las comunidades tradicionales y el derecho estatal imperante en un determinado territorio, es quizás el primer caso, y el más significativo, donde se llega a aceptar el

concepto de pluralismo jurídico. Se trata de una situación que comienza a ser analizada alrededor del fenómeno colonial, al ocuparse de los conflictos derivados de la continuidad de las formas propias de regulación social en las sociedades colonizadas, frente al sistema jurídico impuesto por las metrópolis coloniales. El caso más conocido es el de la India donde convivió el derecho inglés con las estructuras jurídicas de los pueblos que se integraron en ese país asiático; tras la independencia de las metrópolis la situación no cambia para los pueblos y comunidades indígenas, el derecho nacional asume el lugar del derecho colonial frente a las comunidades tradicionales.

## 3. La ley como fuente del derecho

### 3.1. La imagen de la ley

Como ya se anotó en su momento, al tratar el modelo clásico de fuentes del derecho, la historia jurídica moderna está signada por la constante búsqueda de un ideal racional que al igual que las leyes de la naturaleza fuera un modelo general y abstracto, por tanto, absoluto y perfecto. Ese ideal se tradujo en el concepto de ley entendida como única expresión válida de la "voluntad general de la nación" representada en el Parlamento.[23] Como consecuencia de ello la ley ocupa en el paradigma liberal clásico una posición de superioridad absoluta en todo el ordenamiento y en virtud de ello todas las materias eran susceptibles de regulación legal, de tal forma que podía tener, y de hecho tenía, cualquier contenido. La ley es entonces en este contexto fundamento último de todo el sistema jurídico, y como tal no tiene restricciones de ningún tipo.[24]

23 En este modelo clásico de la ley se parte de la afirmación axiomática del principio parlamentario, según el cual el Parlamento como institución representativa de la nación y titular de la soberanía nacional tiene el poder de expresar en forma de leyes las normas a las que deben someterse tanto los ciudadanos como los demás poderes públicos.

24 Estas características de la ley en el modelo liberal clásico han permitido hablar de omnipotencia de la ley, entendida como la ausencia de límites que vinculen al legislador, lo que es claramente diferente a la mera supremacía de la ley respecto a las demás fuentes del derecho que significa simplemente que todas las fuentes jurídicas se encuentran jerárquicamente supeditadas a las disposiciones de la ley. Una explicación detallada de la diferencia entre primacía y omnipotencia se puede encontrar en Diez Picazo, Luis. "Concepto de ley y tipos de ley". *El Parlamento y sus transformaciones actuales*. AA.VV. Madrid, Editorial Tecnos, 1990, p. 145.

Si bien, como es lógico, el modelo aquí enunciado es ciertamente un ideal y por ello nunca desarrollado completamente como tal en la realidad, aún así los "elementos de realidad" que aportaron las experiencias jurídicas en los principales Estados constitucionales a lo largo de todo el siglo XIX, han permitido la construcción de una matriz con vocación de generalidad que tiene las siguientes características: a) estatalidad, b) generalidad y permanencia, c) unidad formal, d) unilateralidad, e) imperatividad y, por último, f) carácter proposicional.

Para el objeto de nuestro trabajo, ahora mismo no interesa demasiado si las promesas de ese modelo se cumplieron alguna vez o si fueron y siguen siendo mera retórica ideológica:[25] lo único que debemos decir es que a pesar de los múltiples cambios que sufrió el modelo a lo largo de todo el siglo XX a raíz de la irrupción en la escena constitucional del Estado social y de su posterior crisis, lo único que ocurrió desde el punto de vista jurídico constitucional fue que el lugar que antes ocupaba la ley, la asumió la Constitución, sin que ninguna de las características básicas cambiara, pues a la Constitución parcialmente normativa del Estado de Bienestar perfectamente se le pueden atribuir todas y cada uno de los rasgos que antes eran patrimonio exclusivo de la ley.

Es precisamente esa la razón que explica el porqué algunos juristas muy relevantes como Ernst Forsthoff[26] o Karl Larenz han podido considerar que la Constitución ha de ser interpretada conforme a los mismos métodos que una ley, por ello, como tal, la Constitución está subordinada a las reglas de interpretación válidas para las leyes, es decir, a las clásicas reglas de interpretación desarrolladas por Savigny; en ese sentido, según estos autores, las evidentes particularidades de la Constitución[27] frente a otras leyes pueden ser consideradas como un elemento adicional de interpretación, pero esto no permite llegar a la supresión del resto de las reglas

25 Ya en otro lugar de este artículo hemos estudiado detenidamente porque ya no es posible hablar de la ley en esos términos tan absolutos debido a que lejos del mundo ideal que se planteaba en el siglo XIX, el mundo normativo de hoy se caracteriza por la incoherencia y la "pulverización del derecho legislativo" y por la pluralidad de fuentes normativas.

26 Forsthoff, E. *Rechtsstaat im Wandel*, p. 131, citado por Bockenforde, Ernst. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, pp. 15-19.

27 No se debe olvidar que, como lo dice Bokcenforde, por su propia naturaleza la Constitución es según su conformación material fragmentaria y fraccionada. Sus preceptos contienen en lo esencial principios que requieren previamente del rellenado y de la concretización para ser realizables en el sentido de una aplicación jurídica. Sobre el particular, véase Ernst Bockenforde, *op. cit.*, p. 17.

de interpretación y a la renuncia a la estricta sujeción de la interpretación de las normas.

### 3.2. El modelo de ley que en realidad adopta la nueva Constitución

Recordemos que por tradición en el derecho constitucional europeo continental han existido diversas clasificaciones del concepto de ley, la más conocida de las cuales es aquella dualista popularizada por Carre de Malberg que distingue entre el concepto formal de ley y el concepto material de ley.

Si revisamos el texto de la nueva Constitución, encontramos que en relación con el concepto de ley, el constituyente además de otorgar a la Asamblea Nacional la potestad de hacer las leyes[28] y determinar constitucionalmente las materias que deben ser reguladas por los distintos tipos de ley que recoge la Constitución,[29] los asambleístas definieron explícitamente el concepto de ley que rige en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. De acuerdo con el artículo 132 constitucional, son leyes "las normas generales de interés común". Pero además, existe reserva de ley para la regulación de algunas materias a saber: 1) la regulación del ejercicio de los derechos y garantías constitucionales; 2) la tipificación de infracciones y sanciones; 3) la creación, modificación o supresión de tributos; 4) la atribución de competencias a los gobiernos autónomos; 5) la modificación de la división político-administrativa del país; y 6) el otorgamiento a otros entes estatales de facultad normativa en los asuntos de su competencia.

Esto significa que en el Ecuador no solo rige el concepto formal de ley antes citado, sino que existe un concepto material de ley plenamente operativo. Ahora bien, una vez superadas las razones históricas del dualismo germánico,[30] el concepto material de ley hoy día vigente en nuestro país

28 Véase el artículo 120, numeral 6 de la Constitución del Ecuador de 2008.

29 Véase el artículo 133 de la Constitución del Ecuador de 2008.

30 Recordemos que la principal crítica que se hace a esta concepción material de la ley es que una vez superado el conflicto entre principio monárquico y principio representativo y consolidada la democracia constitucional ha dejado de tener virtualidad jurídica práctica. Otra de las críticas importantes que en su momento se le hicieron al concepto dualista de ley era que distinguía arbitrariamente y de manera excesiva los ámbitos estatal e individual olvidando que a partir del advenimiento del estado social, el Estado está al servicio de los particulares. Una enunciación completa de las críticas al dualismo germánico se puede encontrar en De Cabo, Carlos. *Sobre el concepto de ley*. Madrid, Editorial Trotta, 2000, pp. 42-47.

no puede ser el mismo que el desarrollado por Laband en la Alemania del siglo XIX, sino que está vinculado al principio constitucional de distribución de las competencias entre los distintos sujetos con capacidad para *crear derecho* en el contexto estatal. En virtud de ese nuevo entendimiento material de la ley, ya no se considera que esta es sinónimo de "norma general y abstracta elaborada por el Parlamento siguiendo el procedimiento establecido", sino que al diferenciar entre las competencias normativas de los distintos sujetos con iniciativa legislativa, la Carta asume un concepto de ley, vinculado a la regulación de ciertas materias trascendentales para la vida del Estado, que se expresa en la extensión y profundidad de las reservas de ley que incorpora la propia Constitución.

En el caso ecuatoriano, si bien en alguna ocasión la Constitución de Montecristi habla en términos decimonónicos de ley como aquella norma general y abstracta emanada de la Asamblea Nacional, en realidad el concepto de ley que acoge es el *material* de distribución de competencias. Téngase en cuenta que de acuerdo con el artículo 133 de la Constitución existen algunas materias que exclusivamente se pueden regular mediante un tipo específico de ley, tales como las leyes orgánicas y las leyes estatutarias.

En relación con las leyes orgánicas, tenemos que son una categoría de ley, con particularidades propias, tanto por su ámbito material como por su jerarquía cuasiconstitucional. En relación con el ámbito material tenemos que las leyes orgánicas en Ecuador tienen como finalidad regular algunos asuntos de especial trascendencia constitucional y democrática como la organización y funcionamiento de las instituciones, la regulación infraconstitucional de los derechos, la organización de los gobiernos autónomos descentralizados o el régimen de partidos.

Respecto a su posición jerárquica superior dentro del ordenamiento, encontramos que este ha sido uno de los temas más debatidos por los teóricos de la Constitución. Sobre el punto han existido por lo menos dos posiciones claramente identificables: una primera que afirma que la ley orgánica ocupa un lugar superior al de las leyes ordinarias en la jerarquía normativa, lo cual significa considerar las leyes orgánicas como una categoría normativa intermedia entre la Constitución y las leyes ordinarias,[31] de tal manera que las materias que sean reguladas por medio de este tipo

31 En España esta posición, aunque minoritaria, es defendida por autores como Oscar Alzaga, Eduardo Garrido Falla y Luis Sánchez Agesta.

de normas sufren una especie de *congelación de rango*, en virtud de la cual solo mediante otra ley de igual naturaleza jurídica pueden ser modificadas o derogadas.

La segunda posición rechaza el principio jerárquico para articular las relaciones entre la ley orgánica y los demás tipos de ley y propone que estos se articulen, exclusivamente, por medio del principio competencial. Los seguidores de esta posición entienden que en función del principio de unidad del ordenamiento, la ley orgánica es una ley más, en el sentido que se ubica dentro del concepto genérico de ley, por tanto, tiene un mismo rango jerárquico.

Ahora bien, aunque el debate desde el punto de vista teórico es interesante, lo cierto es que en Ecuador, la Constitución le otorga un rango jerárquico superior frente a las leyes ordinarias, por lo menos en lo que atañe a las materias especiales que la Constitución les ha atribuido. Dice expresamente el artículo 133 constitucional en los dos últimos incisos:

> La expedición, reforma, derogación e interpretación de las leyes orgánicas requerirán mayoría absoluta de los miembros de la Asamblea Nacional.
>
> Las demás serán leyes ordinarias que no podrán modificar ni prevalecer sobre una ley orgánica.

Se trata de leyes fundamentales para la regulación de aspectos esenciales expresamente determinadas por la Constituyente, en la construcción del modelo político y jurídico que promueve la Carta constitucional; en este sentido, el principio de reserva material que la Carta política ha definido para estas leyes es inmodificable, de tal suerte, que ninguna autoridad estatal está habilitada para interferir con la competencia privativa del legislador orgánico.[32]

Esta regla busca preservar la coordinación y coherencia del sistema constitucional de fuentes, y defiende las competencias delineadas por la

32 Según la Corte esta regla se extiende no solo a los eventos en que se pretenda expedir normas acerca de los temas señalados en el artículo 133 de la Constitución, sin acatar los lineamientos constitucionales, sino además a las reproducciones parciales o totales de los textos que sin ningún propósito autónomo (por ejemplo, las compilaciones normativas) duplican indebida e innecesariamente en leyes ordinarias o en decretos, disposiciones que están sometidas a restricciones en su proceso de formación y promulgación.

Constitución en materia legislativa; su fundamento se encuentra supuestamente en la necesidad de preservar la integridad de ciertos asuntos esenciales dentro de la comunidad política que se han sometido a un procedimiento de creación calificado, para asegurar un proceso de deliberación y participación más intenso, una estabilidad normativa y un control oportuno sobre su contenido, pero ello no implica —ni puede implicar— la inmovilidad del ordenamiento.

Esa evidente tensión entre la necesidad de garantizar la estabilidad de determinados asuntos medulares para la realización del modelo político y jurídico garantista que promueve la Constitución, y la necesidad de evitar el adocenamiento normativo obligará a la jurisprudencia constitucional a la formulación de una línea jurisprudencial que establezca reglas claras que permiten determinar en qué casos una regulación concreta debe hacerse o no por vía orgánica.

Sobre este problema jurídico la Corte colombiana sentenció que no era posible interpretar una norma de esta naturaleza en un sentido absoluto, pues

> se llegaría a la situación absurda de configurar un ordenamiento integrado en su mayor parte por esta clase de leyes que, al expandir en forma inconveniente su ámbito, petrificarían una enorme proporción de la normatividad, y de paso vaciarían a la ley ordinaria de su contenido, dejándole un escaso margen de operatividad, a punto tal que lo excepcional devendría en lo corriente y a la inversa.[33]

En ese sentido, en el marco de la Constitución ecuatoriana, se pueden formular algunas reglas o criterios que permitan delimitar el ámbito material de las leyes orgánicas:

1. Que se trate de uno de los asuntos expresa y taxativamente incluidos en el artículo 133 de la Constitución.
2. Que desarrolle o complemente directamente derechos constitucionales.
3. Que la regulación que se haga de las materias sometidas a reserva de ley sea integral.

33 Corte Constitucional colombiana, sentencia C-313 de 1994.

4. Que regule de manera integral un mecanismo de protección de derechos.
5. Que se trate de un mecanismo constitucional necesario e indispensable para la defensa y protección de un derecho.

De la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana se desprende una preferencia inequívoca del máximo intérprete de la Constitución por el concepto material de ley sobre los puramente formales o nominales, lo que significa el reconocimiento de la existencia de una definición material de ley paralela a la definición formal ordinaria, concepto material circunscrito a los valores y principios contenidos en toda la Constitución, particularmente en relación con el contenido esencial de los derechos constitucionales.

Eso no significa que la Constitución al asumir este concepto material de ley[34] esté legitimando o asumiendo una concepción holista y metafísica del bien común. Lo que ocurre en realidad es que en las constituciones contemporáneas, y de ello no se sustrae la Carta ecuatoriana, las tentaciones totalitarias del Estado no se combaten eliminado la dimensión de la justicia material que todas ellas incorporan, sino legitimando una tensión y un libre enfrentamiento entre las diversas concepciones de justicia, pluralmente admitidas en el texto constitucional.

## 4. El nuevo rol del derecho internacional en el sistema de fuentes

### 4.1. Algunas consideraciones sobre el estado de la cuestión en América Latina

Hemos dicho en otra sección que, en el plano de las transformaciones teóricas producidas por la irrupción del modelo constitucional neoliberal, que ha caracterizado a los países latinoamericanos desde finales de la década de los ochentas, uno de los más trascendentes avances respecto de los modelos anteriores fue el reconocimiento de la primacía del derecho internacional de los derechos humanos frente a las normas internas de cada Estado.

34 Entendido en el sentido moderno aquí explicado, por tanto, totalmente ajeno al concepto clásico propio del Estado germánico del siglo XIX.

En los ordenamientos constitucionales latinoamericanos más recientes se puede observar claramente una línea de desarrollo que reconoce la supremacía del derecho internacional, respecto de las normas internas, incluidas las constitucionales no referidas a derechos constitucionales. Evidentemente este reconocimiento involucra una transformación radical del sistema de fuentes del derecho vigente puesto que, a la Constitución y a la ley reconocidas como fuentes principales de los ordenamientos, se incorpora una nueva fuente de creación de normas: el derecho internacional de los derechos humanos. No en vano en casi todas las constituciones vigentes de América Latina las normas de derecho internacional en materia de derechos humanos se incorporan directamente al orden constitucional, sin necesidad de ser convertidas en leyes nacionales, con una jerarquía superior al resto del ordenamiento.

Para comprender a cabalidad las consecuencias de esta declaración constitucional conviene profundizar en su sentido.

Recordemos que tradicionalmente en el derecho internacional se había discutido sobre la naturaleza de las relaciones entre ordenamiento interno del Estado y ordenamiento internacional. Para ello se había construido dos modelos generales que permitían explicar las relaciones entre los dos tipos de ordenamiento: la teoría dualista y la teoría monista.

Para los defensores de la teoría dualista, los ordenamientos estatales eran —natural y radicalmente— distintos del ordenamiento internacional, por tanto, recíprocamente independientes. En efecto, hasta hace muy poco la mayoría de los teóricos del derecho internacional creían que el derecho internacional y el nacional eran dos órdenes jurídicos separados, independientes entre sí, que regulan materias totalmente diversas y que tienen fuentes totalmente distintas. En efecto, según esta teoría el derecho internacional tiene como fuente principal el consenso o acuerdo de voluntades entre las personas jurídicas de derecho internacional y los destinatarios de sus normas jurídicas son estas mismas personas jurídicas, mientras que el derecho estatal tiene como destinatarios a los seres humanos individualmente considerados.[35]

35 Un ejemplo actual de justificación de la teoría dualista del derecho internacional se puede encontrar en Toro Jiménez, Francisco. *Derecho internacional público*, t. 1. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2002, pp. 72-82.

Por su parte, los seguidores de la teoría monista creen que el ordenamiento estatal y el derecho internacional constituyen un único sistema jurídico pues tienen un común fundamento de validez, es decir que a la base de ambos existe una única norma suprema.[36] Como se sabe, la solución monista tiene dos variantes: a) el llamado monismo internacionalista popularizado por Kelsen[37] según el cual el derecho estatal es parte del derecho internacional, o en el mejor de los casos son dos subsistemas u ordenamientos jurídicos que forman parte de un sistema armónico;[38] y, b) el monismo estatalista según la cual el derecho internacional es parte del derecho estatal en la medida en que no es más que la expresión externa del derecho del Estado, es decir, aquella parte del derecho que regula las relaciones de un Estado con los demás Estados.[39]

Aunque no resulta pertinente estudiar los términos precisos del debate, porque nos alejaría del objeto concreto del tema que nos ocupa, sin embargo, hay que decir que la solución constitucional adoptada en América latina en términos generales, parece corresponder a la tesis monista en su versión kelseniana. Sin embargo, las cosas en realidad no resultan tan sencillas en la medida en que la configuración del papel del derecho internacional en el sistema de fuentes en realidad se aleja significativamente de la concepción jurídica del jurista austríaco, puesto que en América Latina —a diferencia de lo que ocurre en el modelo ideal pensado por Kelsen— no existe ninguna norma extrasistémica (*grundnorm*) que sirva de fundamento último de validez al ordenamiento jurídico aparte de la propia Constitución, con lo cual el principio de jerarquía pierde poder explicativo en relación con las distintas fuentes del derecho

36 Sobre el particular véase Guastini, Riccardo. *Lezioni di Teoria Costituzionale*. Torino, Giapicchelli Editore, 2001, p. 56.

37 Entre las muchas obras en donde Kelsen desarrolla su teoría monista de las relaciones entre el derecho nacional y el derecho internacional encontramos: Kelsen, Hans. *Teoría General del Derecho y del Estado*. México, UNAM, 1995, pp. 431-462.

38 Es importante resaltar que para Kelsen dos conjuntos de normas pueden ser partes del mismo sistema normativo en dos circunstancias: a) o bien uno de ellos siendo inferior deriva su validez del otro, considerado como superior; b) o bien, dos conjuntos de normas forman un sistema normativo porque hallándose los dos coordinados entre sí, derivan su validez de un tercer orden, el cual como superior no solamente determina los ámbitos de estos, sino la razón de su validez, es decir, la creación de los ordenes inferiores. Véase Hans Kelsen, *op. cit.*, p. 444.

39 Una definición clara de monismo estatalista se puede encontrar en Riccardo Guastini, *op. cit.*, p. 57.

y, concretamente, no es útil para explicar el rol del derecho internacional al interior del sistema jurídico.

Por otra parte, y lo que es más importante, el reconocimiento del pluralismo jurídico, que hacen la mayoría de las constituciones latinoamericanas, da un nuevo aire a la teoría dualista, puesto que permite entender cómo un ordenamiento jurídico externo puede influir y modificar el orden interno, sin que se produzcan necesariamente contradicciones insalvables. En este caso, los dos sistemas jurídicos coexisten y colaboran para alcanzar el objetivo de la paz social, sin que necesariamente uno se tenga que subsumir en los otros y viceversa.

En cualquier caso lo que sí resulta indiscutible es que en el nivel práctico el derecho internacional de los derechos humanos forma parte y se constituye en fundamento axiológico de todos los órdenes constitucionales, actualmente vigentes en América Latina, de tal manera que las normas del derecho internacional son directamente aplicables por los tribunales y órganos del Estado sin que sea necesaria su incorporación expresa en el ordenamiento nacional mediante una ley.

Si los tribunales del Estado tienen la obligación de aplicar directamente el derecho internacional de los derechos humanos, surge el problema de determinar qué norma deberá aplicarse en la hipótesis de que el derecho nacional y el internacional se contradigan, siendo ambas normas vigentes y no existiendo una relación claramente jerárquica entre unas y otras.[40] La solución encontrada por el nuevo constitucionalismo latinoamericano fue la consagración de una cláusula, según la cual las normas internacionales sobre derechos humanos se sitúan en el nivel jerárquico de los derechos constitucionales, por tanto prevalecen en el orden interno. Ahora bien, si el derecho internacional de los derechos humanos está en el mismo nivel de los derechos constitucionales, es posible que en su aplicación práctica se contradigan. La solución a esta antinomia

40 Es opinión generalmente compartida que la jerarquía es necesaria para configurar el sistema normativo de forma racional y conforme a la lógica que impone la propia Constitución. En ese sentido, la existencia de tal principio tradicionalmente se ha constituido en requisito indispensable para hacer efectivo en el sistema de fuentes la ordenación y el escalonamiento de los diferentes órganos de producción jurídica. Una explicación y defensa del papel del principio de jerarquía en el sistema de fuentes en Alguacil, Jorge. *La directiva comunitaria desde la perspectiva constitucional*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2004, p. 193.

corresponde evidentemente a los jueces en el caso concreto y lo hacen mediante el mecanismo de la ponderación de intereses contrapuestos.

### 4.2. La posición del derecho internacional de los derechos humanos en el ordenamiento constitucional ecuatoriano

Ecuador como casi todos los países del mundo considera a la suscripción y ratificación de tratados y convenios internacionales el medio más eficaz para conseguir el entendimiento, la comunicación y la paz con otros Estados y sociedades del orbe. Siguiendo esa idea a lo largo de su historia, el Ecuador ha suscrito y ratificado formalmente la mayoría de los convenios de mayor interés político y social adoptados a iniciativa de los organismos que en el pasado y en la actualidad hacen parte del sistema jurídico internacional.

Para ello, desde comienzos del siglo XIX los convenios internacionales una vez ratificados entraban a ser parte del ordenamiento jurídico interno con una jerarquía infralegal.[41] Sin embargo, a partir de 1998, cuando se aprobó la codificación constitucional de ese año, la situación cambió. A partir de ese momento los tratados internacionales una vez ratificados se incorporan al derecho interno del país, solo que esta vez con una jerarquía preeminente sobre otros instrumentos normativos legales, lo que les otorga prelación de aplicabilidad frente a otras fuentes del ordenamiento, pero continuaban teniendo una categoría infraconstitucional,[42] hecho que era retórico, pues en la práctica se mantenía la primacía de la ley en la aplicación de justicia, al igual que en la argumentación de otros operadores jurídicos.

41 Así, por ejemplo, la Constitución de 1978, promulgada en 1997, disponía en el artículo 94 que: "Las normas contenidas en los tratados y demás convenios internacionales que no se opongan a la Constitución y Leyes, luego de promulgados forman parte del ordenamiento jurídico de la República.", lo que claramente establecía que los tratados y convenios internacionales debían estar sujetos no solo a la Constitución como norma suprema, sino también a las propias leyes, otorgando un control de legalidad a los tratados, cosa que en la actualidad resulta contraria al reconocimiento de instrumentos internacionales sobre derechos humanos, que solo deben ser conformes a la Constitución.

42 Artículo 163, Constitución de la República del Ecuador, 1998, publicada en el registro oficial n.º 1 del 11 de agosto de 1998.

Siendo este el estado de las cosas, la Constitución de Montecristi, por su parte avanza en el reconocimiento del derecho internacional como fuente formal de derecho, al otorgar primacía constitucional a los tratados sobre derechos humanos ratificados por Ecuador. Así el artículo 424 de la Carta fundamental sitúa a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos al mismo nivel de las normas constitucionales, siempre que estos contengan derechos más favorables que aquellos contenidos en las normas constitucionales.

Sin embargo, cabe precisar que en su literalidad, el artículo 424 de la Constitución de Montecristi, impide un real reconocimiento del derecho internacional como fuente formal de derecho, ya que su enunciado normativo limita la aplicación de los tratados internacionales únicamente a los ámbitos no contenidos en la propia Constitución, apartando de esta manera la posible ratificación de nuevos instrumentos internacionales cuyo objeto de protección esté ya constitucionalizado en el ordenamiento interno de nuestro país. Ahora bien, es necesario recordar que el carácter general que distingue a las normas constitucionales permite que en la práctica estas amplíen su ámbito de aplicación, a pesar de estar ya contenidas en la Constitución, como sería el caso de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

De esta manera, y continuando con la anterior argumentación, la Corte Constitucional ecuatoriana ha precisado que la prevalencia de estos instrumentos internacionales procede del reconocimiento y garantía que estos brinden a los derechos constitucionales, ya que

> resulta claro que cuanto más garantistas sean los contenidos del Tratado Internacional que pretenda ser implementado en el ordenamiento jurídico nacional, más deberá ser considerado válido para el país. Por el contrario, si éstos, de alguna manera, inobservan o restringen derechos fundamentales, se deberá declarar expresamente de qué manera opera tal incompatibilidad y determinar la imposibilidad de continuar con su trámite aprobatorio.[43]

Además de que Ecuador ratificó la Convención de Viena sobre derecho de los tratados, el 18 de julio de 2003,[44] esta posición jerárquica prevalente ha sido reconocida en la jurisprudencia del más alto intérprete de

43 Corte Constitucional del Ecuador, dictamen n.º 007-09-DTI-CC de 2009.

44 Decreto ejecutivo n.º 619, publicado en el registro oficial n.º 134 del 28 de julio de 2003.

la Constitución en una reiterada sucesión de fallos que han dirimido litigios sobre la materia en donde se ha clarificado meridianamente que el ordenamiento constitucional le asigna plena vigencia a los convenios y tratados internacionales que versan sobre derechos humanos y derecho internacional humanitario, adquiriendo estos, una jerarquía equivalente a las normas constitucionales y, por ende, superior a las leyes ordinarias.

En el caso concreto de la vigencia y aplicación del derecho internacional humanitario, la Corte Constitucional ha manifestado de manera transparente que los tratados de derecho internacional humanitario hacen parte del bloque de constitucionalidad puesto que aunque en principio de una lectura literal de la Constitución llevaría a concluir que solo hacen parte del *bloque de constitucionalidad* las normas del derecho internacional que hacen parte del derecho internacional de los derechos humanos, en la medida en que existe una identidad total entre los valores protegidos por la Constitución y los convenios de derecho internacional humanitario, puesto que todos ellos se sustentan en el respeto de la dignidad de la persona humana, los convenios de Ginebra sobre derecho internacional humanitario, al igual que sus protocolos adicionales, hacen parte del *bloque de constitucionalidad* con todo lo que ello implica.

Conviene recordar que aunque los dos convenios de Ginebra de 1949 y sus protocolos adicionales de 1977 no hacen parte en sentido propio del *corpus* normativo de los derechos humanos,[45] sí hacen parte del llamado *ius cogens* pues tienen como objetivo fundamental proteger la dignidad de la persona humana, por tanto, bajo esta idea común de la protección de principios de humanidad, hacen parte de un mismo género jurídico: el régimen internacional de protección de los derechos de la persona humana.[46]

Así, por ejemplo, podemos tomar el desarrollo que ha realizado el máximo tribunal constitucional colombiano, que en un intento por abrir

45 Es decir la así llamada Carta Internacional de los Derechos, formada por la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y los pactos internacionales sobre derechos civiles y políticos, (PIDCP) y sobre derechos económicos sociales y culturales (PIDESC) de 1966.

46 La diferencia entre los instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos en sentido estricto y aquellos del derecho internacional humanitario es entonces de aplicabilidad, puesto que los unos están diseñados, en lo esencial, para situaciones de paz, mientras que los otros operan en situaciones de conflicto armado, pero ambos cuerpos normativos están concebidos para proteger los derechos humanos.

una vía jurídica al cruento conflicto armado que vive Colombia desde hace más de 40 años, desde tempranas fechas ya había señalado que "el derecho internacional humanitario constituye la aplicación esencial, mínima e inderogable de los principios consagrados en los textos jurídicos sobre derechos humanos en las situaciones extremas de los conflictos armados".[47]

La argumentación anterior de la Corte Constitucional colombiana, sobre el derecho internacional humanitario sirve para entender por qué el derecho internacional de los derechos humanos tiene una posición jerárquica superior al resto de las fuentes que componen el ordenamiento. Falta dilucidar cuál es el alcance de esta prevalencia.

Algunos doctrinantes valiéndose del artículo 27 de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados,[48] entienden la prevalencia mencionada como una verdadera "supraconstitucionalidad", por ser estos convenios, como se dijo más arriba, normas del denominado *ius cogens*. En este sentido, la Constitución ecuatoriana resolvió el dilema al incluir los derechos contenidos en instrumentos internacionales, a los ya reconocidos en la Constitución.

En este estado de la situación, podemos decir que Ecuador soluciona esta posible cuestión de infra o supraconstitucionalidad acudiendo a la noción de *bloque de constitucionalidad*. Recuérdese que según la doctrina constitucional francesa[49] este lo componen aquellas normas y principios que, sin aparecer expresamente en el articulado del texto constitucional,

47 Corte Constitucional, sentencia n.º C-574 de 1992.

48 Recuérdese que conforme al artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Con menor razón aún podrán los Estados invocar el derecho interno para incumplir normas de *ius cogens* como las del derecho internacional humanitario.

49 Como se sabe el concepto de *bloque de constitucionalidad* tiene su origen en la práctica del Consejo Constitucional francés, el cual considera que, como el Preámbulo de la Constitución de ese país incorpora a la Constitución el Preámbulo de la Constitución derogada de 1946 y la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, por tanto, esos textos son también normas y principios de valor constitucional que condicionan la validez de las leyes actualmente vigentes. Según la doctrina francesa, estos textos forman entonces un bloque con el articulado de la Constitución, de suerte que la infracción por una ley de las normas incluidas en el bloque de constitucionalidad comporta la inexequibilidad de la disposición legal controlada. Sobre el particular, véase Favoreu, Louis. "Bloque de constitucionalidad". *Revista Española de Derecho Constitucional* (Madrid) 5, Centro de Estudios Constitucionales (1983): 46 ss.

son considerados parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución por mandato de la propia Constitución. Son pues normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan, a veces, contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional stricto sensu.

En tales circunstancias se puede armonizar plenamente el principio de supremacía de la Constitución con la prevalencia de los tratados ratificados por Ecuador, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción con la consecuencia sobrevenida de que la integración de las normas humanitarias en el bloque de constitucionalidad implica que el Estado debe adaptar las normas de inferior jerarquía del orden jurídico interno a los contenidos del derecho internacional humanitario, con el fin de potenciar la realización material de tales valores.

La Corte Constitucional ecuatoriana se ha pronunciado sobre las normas del derecho internacional y en particular el derecho internacional humanitario, haciendo referencia a lo ya señalado por Cesáreo Gutiérrez Espada, para quien el Derecho Internacional Humanitario se compone de

> dos partes diferenciadas: a) una relativa a los modos, métodos y medios de hacer la guerra, dirigida a regular la utilización de ciertos tipos de armas y métodos de guerra; b) otra relativa a las normas orientadas a la protección de determinadas categorías de personas de los efectos de un conflicto armado; este último, stricto sensu, Derecho Internacional.[50]

La Corte Constitucional ecuatoriana simplifica lo dicho al asegurar que "el Derecho Internacional Humanitario se centra en la protección de las personas, con el fin de aliviar los sufrimientos de las víctimas de los conflictos armados: heridos, enfermos, náufragos, prisioneros o personas civiles".[51]

50 Corte Constitucional de Ecuador, dictamen n.º 009-09-DTI-CC de 2009.
51 *Ibíd*.

## 5. El derecho indígena como fuente del derecho

La última característica relevante del nuevo modelo constitucional latinoamericano es el reconocimiento del carácter pluricultural y plurinacional de los Estados latinoamericanos, reconocimiento que en el caso de la nueva Constitución ecuatoriana llega a la aceptación de la plurinacionalidad, con el consecuente reconocimiento de mecanismos jurídicos para preservar y potenciar las diferencias culturales, sociales y políticas de los pueblos indígenas descendientes de los pobladores originarios de América, como mecanismo para alcanzar la igualdad real entre personas, comunidades, pueblos y nacionalidades.

Justamente a partir de 1988 cuando, por obra de los múltiples movimientos y luchas indígenas y de las recomendaciones hechas por Naciones Unidas, el Brasil introdujo por primera vez en su ordenamiento constitucional el reconocimiento de las formas de organización social, costumbres, lenguas, creencias y los derechos originarios sobre las tierras que tradicionalmente ocupan los indígenas, en toda América Latina,[52] han sobrevenido profundas transformaciones constitucionales relativas a la garantía de derechos especiales para los pueblos indígenas, lo cual ha implicado un importante esfuerzo de adecuación no solo en el plano institucional, sino especialmente en relación con la propia teoría de la Constitución que ha debido centrar sus esfuerzos en el diseño e implementación de una nueva teoría de la interpretación constitucional que sin perder su propia naturaleza, dé respuestas adecuadas a los retos que el reconocimiento del pluralismo étnico y cultural presenta frente a la concepción tradicional del derecho a la igualdad, que han propugnado los defensores de la noción clásica de Estado social de derecho y, especialmente, aquellos juristas positivistas que creen de manera radical en la concepción monista del derecho, y que por tanto identifican y reducen la noción de ordenamiento jurídico al derecho positivo estatal.

Ahora bien, como todo ejercicio de complejidad, el reconocimiento del pluralismo ha implicado la coexistencia de principios y valores no solo

52 Brasil 1988, Colombia 1991, Paraguay 1992, Perú 1993, México 1994, Ecuador 1996 y 1999 y Venezuela 1999 han incorporado en sus textos constitucionales capítulos enteros que regulan tanto nuevas formas de articulación de la relación institucional entre el Estado y los pueblos indígenas como especialmente el reconocimiento de derechos constitucionales fundamentales no solo a los indígenas individualmente considerados, sino, lo que es más importante, a los pueblos indígenas en su condición de sujetos colectivos de derechos.

contradictorios, sino incluso abiertamente contrarios a los fundamentos básicos del Estado constitucional, entendido este en su sentido más lato. Una de las manifestaciones más claras de este conflicto de valores se ha dado con ocasión del reconocimiento y aplicación de los llamados *derechos colectivos* que los más modernos ordenamientos constitucionales latinoamericanos *reconocen* a los pueblos indígenas y demás minorías étnicas que habitan estos países; especialmente en lo que hace relación con los derechos especiales de que son titulares estas colectividades infraestatales en su condición de *sujetos colectivos de derecho* dotados de personería sustantiva, es decir, en relación con aquellos derechos dirigidos a la salvaguardia de su integridad étnica y cultural, que han sido agrupados en cinco categorías: 1) los derechos a la identidad; 2) el derecho al territorio; 3) el derecho al desarrollo propio; 4) el derecho a la autonomía; 5) el derecho a la participación, cuya manifestación más importante se traduce en la obligación jurídica de consultar previamente, y con carácter vinculante, a las autoridades indígenas acerca de cualquier iniciativa pública o privada susceptible de afectar directa o indirectamente a un determinado pueblo indígena.

La principal consecuencia de este reconocimiento lo encontramos en la modificación sustancial del sistema de fuentes, a raíz del reconocimiento del pluralismo jurídico característico de esas sociedades, transformación que ha implicado hacer visibles y dotar de pleno valor jurídico a los distintos sistemas de derecho que coexisten y se yuxtaponen al interior de estos ordenamientos jurídicos.

Así, por ejemplo, en el caso ecuatoriano el pluralismo jurídico reconocido en beneficio de las nacionalidades, pueblos y comunidades indígenas en la Constitución, implica la vigencia de tres órdenes normativos o sistemas de derecho que tienen como característica el ser diferentes y complementarios: 1) la legislación general, aplicable a todos los ecuatorianos, en tal virtud, a las nacionalidades, pueblos y comunidades indígenas, que en su calidad de ciudadanos gozan de todos los derechos y están sujetos a similares obligaciones de los demás nacionales, es decir, estamos hablando de la aplicación del derecho general con un relativo grado de adecuación cultural;[53] 2) la legislación especial indígena, que se ha desarrollado como

53 En muchas materias se hace ejercicio de tales derechos, tal es el caso del acceso a la educación superior, el régimen laboral de trabajadores indígenas fuera de sus territorios, el ejercicio de cargos y funciones públicas.

una acción afirmativa favorecedora del principio de igualdad, y que está compuesta por los convenios y tratados internacionales que versan sobre derechos de los pueblos indígenas y demás grupos étnicos y por normas constitucionales, legales y reglamentarias que establecen un conjunto de derechos y garantías jurídicas especiales en beneficio de los pueblos indígenas apelando a la realidad de las diferencias culturales existentes entre la cultura mayoritaria y las culturas originarias; 3) los sistemas jurídicos propios, que constituyen sistemas de derecho reconocidos constitucionalmente y en esa medida válidamente aplicables en los territorios indígenas, los cuales están integrados por las normas, instituciones, usos, costumbres, procedimientos y métodos de control y regulación social propios de la tradición cultural de cada uno de los pueblos indígenas y que como se sabe están implícitos en su historia cultural, concepción espiritual, mitología y cosmovisión particulares, así como en sus sistemas de parentesco, formas de propiedad, uso, aprovechamiento y conservación de sus territorios.

Estos sistemas jurídicos se caracterizan por poseer concepciones particulares del derecho, la justicia, la autoridad, el poder y la representación, mediadas por instituciones culturales propias y determinadas por los principios de armonía social y espiritual con la naturaleza, cuya principal fuente es la historia cultural propia, contenida en las palabras y en la memoria de sus ancianos, de tal manera que en la mayoría de las tradiciones indígenas, todos los instrumentos jurídicos tienen origen, madres, padres, dueños, espíritu, función y utilidad independiente y autónoma del ser humano individualmente considerado.

En otras palabras, a partir del reconocimiento de la diversidad cultural de las distintas naciones latinoamericanas cuya composición es multiétnica, en estos países habría cobrado un nuevo significado aquella antigua teoría del *equivalente jurisdiccional*, construida originariamente por los procesalistas italianos,[54] para resolver los problemas que generaba la aplicación de mandatos jurídicos provenientes de otros ordenamientos fundados sobre principios e intereses distintos al Estado en que debían cumplirse, y que condicionaba la eficacia de la decisión extranjera a su homologación por los jueces nacionales. Esto puesto que en el caso del pluralismo jurídico derivado del reconocimiento de ciertos *derechos colectivos* a

54 Véase Carnelutti, Francesco. *Sistema de Derecho Procesal Civil*, t. 1. Buenos Aires, Editorial Uthea, 1994.

los pueblos indígenas, no se produce, en estricto sentido, una homologación de decisiones al interior de un único orden jurídico válido por medio de la cual se determina su posición en el ordenamiento, sino que estamos en presencia de una yuxtaposición de diferentes órdenes normativos independientes, con lo cual la discusión pasa del plano de la jerarquía normativa, al plano de la complementariedad y colaboración horizontal entre órdenes e instituciones jurídicas teóricamente iguales.[55]

En ese sentido, la existencia de ese nuevo modo de entender el sistema de fuentes demuestra, no sin importantes tensiones, que el derecho nacional oficial, proveniente de la tradición filosófica occidental, no monopoliza la realidad jurídica latinoamericana actual, de tal suerte que no existe un monopolio estatal de las fuentes del derecho, ya que los distintos grupos sociales tienen facultades normativas autónomas en las esferas que les son propias, es decir, tienen la capacidad de generar sus propios ordenamientos jurídicos.[56]

La pregunta que inmediatamente surge es ¿existe la posibilidad de establecer principios y prácticas de coexistencia y de convivencia entre estas diferentes concepciones de justicia y de derecho? La lectura de los ordenamientos constitucionales parece indicar que constitucionalismo y multiculturalismo no son términos necesariamente excluyentes como piensan algunos representantes de la derecha europea,[57] y que, por consiguiente, es posible establecer mecanismos de articulación entre las distintas tradiciones jurídicas que se yuxtaponen en la realidad geográfica latinoamericana. La propia experiencia constitucional que estamos analizando, nos demuestra que dicha convivencia no depende exclusivamente de una expresión normativa que reconozca y potencie tal pluralismo, sino que

55 Como ha resaltado los defensores del pluralismo jurídico, este se caracteriza por la tendencia a sustituir las clásicas relaciones de subordinación normativa, por relaciones basadas en la cooperación y en la coordinación, reemplazando la coerción vertical, por la reciprocidad y el entendimiento horizontal, con la importante consecuencia de que el ordenamiento jurídico deja de privilegiar el elemento de la coerción y la fuerza para ser sustituido por el ámbito de la persuasión.

56 Sousa Santos, Boaventura de. "El Estado heterogéneo y el pluralismo jurídico en Mozambique". *Sociología jurídica critica*. Madrid, Editorial Trotta, 2009, pp. 254-289.

57 Este es el caso de Giovanni Sartori, quien en una de sus últimas obras plantea de manera provocadora la profunda contradicción que existe entre el valor del pluralismo, sobre el cual se estructura el desarrollo de la cultura constitucional, y el multiculturalismo entendido como un valor. Véase Sartori, Giovanni. *La sociedad multiétnica, pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*. Madrid, Editorial Taurus, 2001.

requiere además, la eliminación de las diferencias de poder entre los grupos de los que provienen los diferentes sistemas jurídicos, puesto que, en los desniveles de poder y posibilidades de desarrollo de los distintos ordenamientos normativos es donde encontramos actualmente el mayor obstáculo que enfrenta el dialogo intercultural referido al pluralismo jurídico.

Cuando las culturas ostentan niveles de poderes demasiados dispares y si además existe, como en el caso de la relación entre los pueblos indígenas y las sociedades nacionales latinoamericanas, una secular historia de desigualdad, el diálogo eficaz se hace imposible, siendo reemplazado por la imposición de nuevas formas de aculturación. En definitiva, la potencialidad emancipatoria y progresista del multiculturalismo y del pluralismo jurídico imperante en las constituciones de América Latina, no depende tanto de la literalidad de los reconocimientos constitucionales —primer paso importante que ya está dado— cuanto de la eliminación de las desigualdades materiales existentes en cada una de las culturas, lo que en América Latina está lejos de ser una realidad.[58]

## 6. La Constitución como fuente directa del derecho

Una lectura sistemática de la Constitución, especialmente del enunciado normativo del artículo 1 que establece que "El Ecuador es un Estado Constitucional de Derechos y Justicia", nos permite sostener que en realidad el sistema de fuentes actualmente vigente en Ecuador, obedece al sistema de fuentes del nuevo movimiento constitucional latinoamericano que, tal como aquí se ha expuesto, se acerca mucho al modelo de fuentes propio de la crisis del Estado social.

Como veremos a continuación, en el caso ecuatoriano estamos en presencia de un sistema de fuentes sui géneris que contiene, de una manera más o menos caótica y desordenada, los elementos esenciales del sistema de fuentes del nuevo constitucionalismo latinoamericano (fundamentalmente el reconocimiento del carácter normativo de la Constitución, el papel del derecho internacional de los derechos humanos en el ordenamiento y el

58 Sousa Santos, Boaventura. "Pluralismo jurídico y jurisdicción especial indígena". *Del olvido surgimos para traer nuevas esperanzas. La jurisdicción especial indígena*. Bogotá, Ministerio del Interior de Colombia, 1997, pp. 206 ss.

reconocimiento constitucional del pluralismo jurídico); combinado con el mantenimiento de algunos elementos esenciales del clásico sistema de fuentes de inspiración francesa, cuya manifestación más explícita es el lugar que mantiene la ley en el sistema; y con algunos rasgos del sistema de fuentes anglosajón (el rol central de la justicia constitucional en la creación del derecho).

El rasgo más significativo del sistema de fuentes inaugurado por la Constitución ecuatoriana de 2008 se relaciona con la posición que la propia Carta se ha dado dentro del ordenamiento. Esta es al mismo tiempo *fuente de las fuentes* por cuanto establece íntegramente el catálogo de las fuentes del derecho en Ecuador y *derecho vivo* en virtud de su naturaleza normativa.

Tomado en consideración el problema de la Constitución de 2008 como sistema normativo, sus aspectos más relevantes serían los siguientes: el reconocimiento del carácter normativo y prevalente de la Constitución, el mantenimiento de la ley como forma principal de expresión normativa, el reconocimiento de la jurisprudencia constitucional como fuente directa del derecho, la modificación de la posición y del valor del derecho internacional en el sistema de fuentes, y la superación de la tradicional identidad Derecho-Derecho estatal por medio del reconocimiento de los sistemas jurídicos indígenas como fuentes del derecho en los *territorios indígenas*.

La Constitución de 2008 consolida definitivamente el reconocimiento de la condición de norma jurídica de la Constitución, por tanto, la superación de la concepción de la Constitución como ley ordinaria o mero *documento político* que imperaba en el constitucionalismo histórico ecuatoriano. Ello significa que la posición que antaño ocupaba la ley en el sistema es ahora asumida por la Constitución, convirtiéndose en norma suprema de todo el ordenamiento. A partir del 20 de octubre de 2008, se ha buscado definir y resolver todo conflicto jurídico como una cuestión constitucional llevando la Constitución a todos los recodos del orden jurídico, dando como resultado lo que algún autor ha denominado *hiperconstitucionalización*, fenómeno que puede conducir a una especie de *congelación* del ordenamiento, pues todo parece estar ya decidido constitucionalmente.[59]

59 Sobre los riesgos de la hiperconstitucionalización de la vida social. Véase De Cabo, Carlos. *Sobre el concepto de ley*. Madrid, Editorial Trotta, 2000, pp. 12-13.

A pesar de los riesgos que entraña tal concepción material de la Constitución,[60] desde la perspectiva de la cotidianidad, la constituyente quiso convertir a la Constitución en un ícono, mediante el cual los ciudadanos puedan resolver todos sus asuntos. En el plano técnico, la influencia de la Constitución se materializará en la medida con que los trabajos doctrinales posteriores a su promulgación definan la estructura de la explicación, donde el examen de una institución se encabece con la exposición de normas constitucionales correspondientes, pues estas han pasado a contener el núcleo de la disciplina legal que se examina.

Independientemente de los riesgos que entraña esta especie de *fetichismo constitucional*, lo importante de este constitucionalismo materializado asumido por la nueva Constitución, es que, en un país como Ecuador formalmente civilista, pero traspasado por una contumaz desinstitucionalización que hace a las instituciones objeto de permanente crítica, se ha encontrado la manera de vincular a todo juez, funcionario público y a cada persona a la Constitución, convirtiéndolos en promotores naturales de los valores que ella contiene y por ende de su eficacia.

La Carta constitucional se ha transformado por primera vez en el país en un verdadero código de conducta, dejando de ser una *ley más*, y se ha convertido en sí misma en un mandato expreso de construir y mantener una realidad política, en este caso el de una democracia efectivamente actuante y viva.

Esa posición de superioridad y el nuevo papel que cumple la Constitución en el ordenamiento tiene importantes consecuencias entre las que podemos destacar: a) la transformación de la teoría de la interpretación debido a la constitucionalización del principio de interpretación del ordenamiento conforme a la Constitución; b) la constitucionalización de la totalidad de las fuentes del derecho de tal suerte que la Constitución establece el procedimiento para la producción de la totalidad de las normas que componen el ordenamiento jurídico; c) la asunción de una visión material de la Constitución mediante la constitucionalización de muchas materias que a juicio del constituyente tienen relevancia constitucional; d) la declaración de que las reglas constitucionales más importantes son de aplicación directa, sin necesidad de desarrollo legal o reglamentario alguno.

60 El principal riesgo que tiene la excesiva constitucionalización de la vida social es evidentemente la degradación del principio democrático, pues la discusión política de los asuntos públicos se ve reemplazada por las decisiones ultraespecializadas de la jurisdicción constitucional.

### 6.1. La constitucionalización estricta del sistema de fuentes

Un rasgo que evidencia el carácter normativo de la Constitución de 2008 es la constitucionalización estricta del sistema de fuentes. En efecto, la nueva Constitución ecuatoriana cumple una importante función que antes correspondía a la legislación civil y en particular al título preliminar del Código Civil. Hasta el año de su promulgación estas normas legales y el Código Civil contenían con exclusividad las reglas de interpretación todo el sistema jurídico ecuatoriano. Con la aprobación y promulgación de la Constitución todo este conjunto de reglas hermenéuticas se constitucionaliza, construyéndose un complejo sistema de normas que determinan quién, qué y cómo se interpretan o crean las normas.

En apariencia, la Constitución de 2008 otorga en exclusiva la potestad legislativa al Parlamento, mediante el procedimiento legislativo establecido en los artículos 132 a 140 de la Constitución de la República del Ecuador. Sin embargo, si se observan las cosas con más cuidado, y en particular, si se tiene en cuenta que en las diferentes fases del procedimiento legislativo, intervienen diferentes sujetos y órganos constitucionales, parece lógico que se relativice esta primera conclusión. En realidad además de los asambleístas elegidos democráticamente, tienen iniciativa legislativa el Presidente de la República y, en general, las otras funciones del Estado en los ámbitos de su competencia. También los particulares, mediante la iniciativa legislativa popular, la Corte Constitucional, la Procuraduría General del Estado, Defensoría del Pueblo, Defensoría Pública.

### 6.2. La asunción de la concepción material de la Constitución

Un segundo elemento que permite sostener el carácter normativo de la Constitución de 2008 es la asunción de una concepción material de la Carta fundamental.[61] Este cambio ha producido en el derecho no solo

61 Decir que los constituyentes de Montecristi asumieron una visión material de la Constitución es tanto como asegurar que en Ecuador se ha abandonado la concepción formal de la democracia, que ha imperado en el país desde su independencia de España, estructurada a partir del entendimiento débil y formal del Estado de Derecho, mediante la incorporación en el ordenamiento constitucional de un modelo constitucional material, también llamado garantista. Para una explicación general de lo que es el modelo constitucional garantista, véase Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid, Editorial Trotta, 2001, pp. 851-903.

una transformación cuantitativa debido al aumento del número de artículos que componen la Constitución, sino también un cambio cualitativo, debido al surgimiento de una nueva manera de interpretar el derecho, cuyo concepto clave puede ser resumido de la siguiente manera: pérdida de la importancia sacramental del texto legal entendido como emanación de la voluntad popular y mayor preocupación por la justicia material.

Estas características adquieren una relevancia especial en el campo del derecho constitucional, debido a la generalidad de sus textos y principios. De aquí la enorme importancia que adquiere el juez constitucional en el modelo constitucional garantista.[62] El proyecto de democracia sustancial o material consiste en la maximización de la justiciabilidad de los derechos y en la institucionalización de los poderes, que se puede reflejar sumariamente en la siguiente formula retórica: *Estado liberal mínimo* y *Estado constitucional máximo*. Esto significa que la Constitución de Montecristi asume como suyo un proyecto político encaminado a realizar materialmente las promesas del discurso constitucional garantista[63] imponiéndose a sí misma aquella filosofía política que

62 El garantismo constitucional es un modelo normativo ideal al que la realidad se puede acercar más o menos. Este modelo se puede caracterizar de distinta manera: en el plano epistemológico es un sistema de poder mínimo, en el plano político se puede definir como una técnica de tutela capaz de minimizar la violencia y maximizar la libertad, y en el plano técnico jurídico como un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del estado en garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos. En ese sentido, el modelo abandona la visión del Estado Liberal protector de los derechos de libertad y propiedad, en busca de la construcción de un Estado fundado en la eficacia real y plena de la totalidad de los derechos fundamentales, de cuya protección eficaz y concreta extrae su legitimidad y su capacidad de renovarse. No se olvide que en la tradición liberal clásica se concibió al Estado como un instrumento necesario para garantizar las libertades inherentes al ser humano y particularmente los derechos a la libertad y a la propiedad, para lo cual se estructuraron una serie de garantías negativas o deberes de abstención configuradas como derechos subjetivos (dejar vivir y dejar hacer), que simplemente buscan garantizar el espacio de autonomía de los individuos frente a la acción arbitraria del Estado. Como se sabe, junto a los tradicionales derechos de libertad las constituciones de la posguerra reconocieron otros derechos vitales tales como los derechos sociales a la subsistencia, al trabajo, a la salud, a la educación, a la vivienda; derechos que ya no se configuran técnicamente como prohibiciones a la actuación del Estado, sino que son derechos que entrañan obligaciones positivas de actuación por parte de los poderes públicos. Véase Luigi Ferrajoli, *op. cit.*, p. 863.

63 Las promesas del discurso constitucional en sentido fuerte se pueden resumir en la garantía del carácter vinculado del poder público, en la distinción clara entre vigencia y validez de las normas que componen el ordenamiento jurídico con la consecuencia de la preeminencia de este último, y en la distinción entre teoría de la justicia como doctrina metafísica y ciencia del derecho como disciplina científica y social emanada de la realidad.

ordena al Estado y al derecho la obligación de justificar su existencia cotidianamente conforme a la realización efectiva de los derechos constitucionales.[64] Resulta claro que semejante proyecto reclama del sistema político ecuatoriano un aumento de la complejidad institucional, y no por cierto, una simplificación o una extinción del Estado como piden algunos sectores del neoliberalismo criollo, y al mismo tiempo exige de la ciencia del derecho un esfuerzo de imaginación jurídica muy significativa, aunque solo sea porque la garantía de los derechos requiere de la elaboración, de mecanismos positivos de exigibilidad directa de las prestaciones dirigidas a satisfacerlos.[65]

En ese sentido, para el ordenamiento constitucional vigente, ya no basta con la configuración de una democracia y de un Estado que se limite a cumplir estrictamente los términos del artículo 16 de la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre de 1789 (separación de poderes y reconocimiento de derechos de autonomía), no es suficiente constituir un Estado sometido formalmente a las leyes, sino que es indispensable construir un Estado constitucional de derechos entendido el término en su sentido fuerte o material, esto es, un Estado sustancialmente democrático,[66] donde todos los poderes estén vinculados materialmente al proyecto constitucional, materializado en la búsqueda de la eficacia plena de los derechos y en particular de la consecución de la igualdad real y efectiva entre todos los ecuatorianos y se elimine la tendencia a la aplicación pragmática[67] de la Constitución que ha permitido desde comienzos de los años noventa el desarrollo de políticas neoliberales, que contradicen el espíritu de la Carta fundamental.

64 Véase Luigi Ferrajoli, *op. cit*., p. 853.

65 *Ibíd*., p. 866.

66 La distinción entre democracia formal y democracia sustancial es observable porque la primera es simplemente un Estado Político representativo, es decir, basado en la separación de poderes y en la aplicación estricta del principio mayoritario como fuente de legitimidad, mientras que la segunda es un Estado de derecho articulado en función del cumplimiento efectivo y de la ampliación permanente de los derechos fundamentales, por tanto, dotado de garantías efectivas de justiciabilidad de los mismos. Sobre la distinción entre democracia forma y sustancial, véase Luigi Ferrajoli, *op. cit*., pp. 864-866.

67 Una defensa teórica del pragmatismo constitucional se encuentra en Haberle, Peter. *Pluralismo y Constitución*. Madrid, Editorial Tecnos, 2002, pp. 59-84.

### 6.3. La naturaleza abierta del catálogo de derechos

Un tercer elemento que permite hablar del carácter normativo de la Constitución de 2008 es la naturaleza no taxativa del catálogo de derechos. En ese sentido, el constituyente de Montecristi, consideró que *lo más conveniente* era adoptar una posición flexible y abierta, sin comprometerse en una definición cerrada y excluyente de los derechos, para dejar al dominio de la interpretación constitucional, frente a cada situación o caso. El determinar si se incorporan los valores inherentes a la persona humana en un derecho cuya defensa o salvaguardia se discute, con motivo de su ejercicio, permitiría atribuirle, fuera de los casos ya clasificados y conocidos, el carácter de fundamental. Esta es una solución que tiene en cuenta el carácter evolutivo y dinámico que tiene de suyo la interpretación constitucional.

En este orden de ideas, la Asamblea Constituyente consideró necesario eliminar la mención a los derechos constitucionales en la Carta constitucional, por consiguiente asumió una posición flexible, en la que tienen protección constitucional todos los derechos inherentes a la persona humana, con independencia de si encuentran o no consagrados en la Constitución.

Es decir que, en último término, el problema de la determinación de cuáles son los derechos constitucionales queda a cargo de la justicia constitucional, por medio de los diferentes mecanismos de interpretación constitucional.

En otras palabras, para el constituyente de Montecristi, ni la naturaleza prestacional de los derechos, ni su falta de universalidad, constituyen argumentos suficientes para negar el carácter de derechos constitucionales garantizados. La determinación del carácter fundamental de un derecho entonces es una tarea tópica, que se hace en cada caso concreto, acudiendo a uno de los postulados generales del Estado constitucional de derechos.

### 6.4. La aplicación directa de las reglas constitucionales

Otro elemento que permite considerar a la Constitución de 2008 como un texto normativo es la declaración de que las reglas constitucionales son de aplicación directa, especialmente cuando se trata de derechos, según lo

dispone el numeral 3 del artículo 11 de la Constitución. Ciertamente cuando se habla de aplicación directa de las normas constitucionales, en primer lugar se lo hace de la aplicación directa de los derechos. No se debe olvidar que, como nos recuerda Zagrebelsky, la primera de las grandes tareas de las constituciones contemporáneas consiste en distinguir claramente entre ley —como regla establecida por el legislador— y los derechos como pretensiones subjetivas absolutas, válidas por sí mismas con independencia de la ley.

El principio de aplicación directa de los derechos está íntimamente relacionado con la función que cumplen estas normas dentro del entramado constitucional y particularmente con su papel como valores objetivos del ordenamiento. No olvidemos que los derechos tienen en la normativa constitucional, posterior a la Segunda Guerra Mundial, dos tipos de funciones distintas: en primer lugar *como marco de protección frente al Estado de situaciones jurídicas subjetivas* y, en segundo lugar, se presentan como un conjunto de valores objetivos básicos (*Grundwelt* en su acepción alemana).[68]

En su dimensión objetiva a los derechos constitucionales les compete un importante cometido legitimador, pues ellos son en sí mismos la sistematización y exteriorización de los valores esenciales del ordenamiento democrático.[69]

En efecto la caracterización de la Constitución como norma suprema y particularmente el carácter normativo de los derechos, implica que estos

68 Véase Pérez Luño, Antonio. *Los derechos fundamentales*. Madrid, Editorial Tecnos, 1998, p. 20.

69 La discusión sobre la naturaleza objetiva de los derechos fundamentales como valores fundamentadores de todo el sistema constitucional tiene su manifestación jurídica más importante en el famosísimo caso LUTH. En esta jurisprudencia el Tribunal Constitucional Federal Alemán establece los presupuestos de la aplicación de la teoría de los valores a la interpretación Constitucional. Una explicación sintética del caso Luth puede encontrarse en Larenz Karl. *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Barcelona, Editorial Ariel, 1994. Para una revisión crítica del caso Luth (véase Diederichsen U. *Die Rangverjaltnisse Zwischen den Grundrechten und dem Privatrecht*, citado por Julio A. *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Ediciones Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000, pp. 171-174. Sobre la recepción de la misma teoría en la jurisprudencia constitucional española, véase la STC 55/83 en donde el Tribunal Constitucional aceptaba el amparo a un trabajador sindicalizado que había demandado a la empresa alegando que esta lo discriminaba salarialmente debido a su actividad sindical. En la sentencia, que ponía fin al proceso ordinario, el juez se limitaba a declarar infundada la pretensión del trabajador, sin pronunciarse sobre las discriminaciones alegadas. El Tribunal Constitucional otorgó el amparo por violación de los artículos 14, 24 y 28 de la Constitución.

no son ya solamente meros derechos de defensa frente al Estado, sino que son la expresión de su positividad material,[70] es decir, un orden objetivo de valores que irradia a todos los ámbitos del derecho.

En el ordenamiento constitucional ecuatoriano de 2008 la dimensión objetiva de los derechos, y en consecuencia, el principio de aplicación directa de la Constitución se encuentran consagrados en el artículo 11, numeral 3, incisos primero y segundo del Estatuto Supremo, el cual dispone que:

> Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte. Para el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley.

En relación con el nuevo modelo constitucional, hay que preguntarse por qué las normas constitucionales y los derechos constitucionales son de aplicación directa. La primera respuesta es porque son normas y porque están constitucionalizadas, pero dicho así no hemos avanzado demasiado. Es necesario buscar otra respuesta que permita justificar adecuadamente la aplicación directa de la norma constitucional.

Algunas de estas respuestas han sido desarrolladas jurisprudencial y doctrinariamente estableciéndose algunos criterios para el reconocimiento y aplicación de derechos.

La *primera postura* establece que una norma es fundamental solo porque así lo determina el constituyente. Como puede notarse esta es la clásica respuesta de autoridad porque está relacionada con el concepto de validez desarrollado por Kelsen: si una norma dice que otra norma es fundamental y además esta es aprobada por los procedimientos adecuados para expedirla, da el carácter de fundamentalidad a ese derecho.

---

70 Sobre los distintos significados histórico-constitucionales de los derechos fundamentales véase Zagrebelsky, Gustavo. "La separación de los derechos respecto de la ley". *El derecho dúctil.* Madrid, Editorial Trotta, 1995, pp. 47 a 73. También Fioravanti, Maurizio. *Los derechos fundamentales*. Madrid, Editorial Trotta, 1998.

En una *segunda postura* que va más allá del positivismo —por tanto no se trata de una legitimidad normativa, sino de una decisión material o sustancial— es que si la norma está relacionada con la dignidad humana será fundamental, caso contrario será una facultad constitucional como cualquier otra.

Esta discusión que ha generado ríos de tinta, por parte de los comentaristas de las constituciones del mundo, en el Ecuador se ha superado; la Constitución ecuatoriana a diferencia de la Constitución española de 1978, o la colombiana de 1991, deja a un lado ese debate al reconocer que todos los derechos constitucionales son fundamentales y constitucionales sin distinción,[71] porque están vinculados con la dignidad humana.

Esta segunda postura ha sido desarrollada a partir de la constitucionalización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. No olvidemos que en el preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada el 10 de diciembre de 1948, nos dice que el ejercicio de la justicia —y con mayor razón de la justicia constitucional— tiene por base: "El reconocimiento de la *dignidad intrínseca* y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana", disposición que es recogida por la actual Constitución ecuatoriana que determina que:

> El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento.[72]

Como queda claramente establecido a pesar de que la Constitución utiliza como elemento de legitimación la cercanía o no de una norma con la garantía de la dignidad humana, en realidad en el caso ecuatoriano prima el criterio positivista.

71 Véase el artículo 11, numeral 6 de la Constitución.
72 Véase el artículo 11, numeral 7 de la Constitución.

## 7. Bibliografía

Aguiló, Juan. *Teoría General de las Fuentes del Derecho*. Barcelona, Editorial Ariel, 2000.

Alguacil, Jorge. *La directiva comunitaria desde la perspectiva constitucional*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2004.

Bockenforde, Ernst. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.

Caroni, Pío. *Lecciones catalanas de la historia de la codificación*. Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 1996.

Carnelutti, Francesco. *Sistema de Derecho Procesal Civil*, t. 1. Buenos Aires, Editorial Uthea, 1994.

Carrió, Genaro. *Notas sobre derecho y lenguaje*. Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 1979.

Clavero, Bartolomé. "Imperio de la Ley y Rule of Law: Topica y Léxico Constitucionales". *Happy Constitution: cultura y lengua constitucionales*. Madrid, Editorial Trotta, 1997.

De Cabo, Carlos. *Sobre el concepto de ley*. Madrid, Editorial Trotta, 2000.

Diez Picazo, Luis. "Concepto de ley y tipos de ley". *El Parlamento y sus transformaciones actuales*. AA.VV. Madrid, Editorial Tecnos, 1990.

_____. *Sistema de Derecho Civil*, vol. 1. Madrid, Editorial Tecnos, 1993.

Ehlrich, Eugene. *Grundlegum der Soziologie des Rechs*. Leipzig, 1913.

Favoreu, Louis. "Bloque de constitucionalidad". *Revista Española de Derecho Constitucional* (Madrid) 5, Centro de Estudios Constitucionales (1983).

Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid, Editorial Trotta, 2001.

Fioravanti, Maurizio. *Los derechos fundamentales*. Madrid, Editorial Trotta, 1998.

García de Enterría, Eduardo y T. R. Fernández. *Curso de derecho administrativo*, t. I. Madrid, Editorial Civitas, 1988.

García Pelayo, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. Madrid, Alianza Editorial, 1987.

Guastini, Riccardo. *Dalle Fonti alle Norme*. Torino, Giappichelli Editore, 1992.

_____. *Lezioni di Teoria Costituzionale*. Torino, Giappichelli Editore, 2001.

Haberle, Peter. *Pluralismo y Constitución*. Madrid, Editorial Tecnos, 2002.

Hoekema, Andre. "Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario". *Revista el Otro Derecho* (Bogotá) 26-27, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (2002).

Kelsen, Hans. *Teoría General del Derecho y del Estado*. México, Fondo de Cultura Económica, 1986.

Larenz, Karl. *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Barcelona, Editorial Ariel, 1994.

Mattei, Ugo. *Common Law Il Diritto Angloamericano*. Torino, Utet Edizioni, 1992.

Pérez Luño, Antonio. *Los derechos fundamentales*. Madrid, Editorial Tecnos, 1998.

Pizzorusso, Alessandro. *Lecciones de derecho constitucional*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

Ross, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Buenos Aires, Eudeba, 1997.

Sousa Santos, Boaventura de. *Derecho y luchas sociales*. Bogotá, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA), 1995.

_____. "El Estado heterogéneo y el pluralismo jurídico en Mozambique". *Sociología jurídica critica*. Madrid, Editorial Trotta, 2009.

_____. "Pluralismo jurídico y jurisdicción especial indígena". *Del olvido surgimos para traer nuevas esperanzas. La jurisdicción especial indígena*. Bogotá, Ministerio del Interior de Colombia, 1997.

Sartori, Giovanni. *La sociedad multiétnica: pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*. Madrid, Editorial Taurus, 2001.

Sierra, Humberto. *Concepto y tipos de ley en la Constitución*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001.

Toro Jiménez, Francisco. *Derecho internacional público*, t. 1. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2002.

Wroblewski, Jean Ptaszin. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Madrid, Editorial Civitas, 1985.

Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid, Editorial Trotta, 1995.

# Capítulo 2

## Interpretación constitucional, argumentación jurídica y jurisprudencia vinculante

# La hermenéutica constitucional: los ribetes del problema principal de la teoría jurídica contemporánea

Angélica Porras Velasco*

## 1. Introducción

La famosa frase pronunciada en 1819 por el juez John Marshall en el juicio McCulloch vs. Maryland: "no olvidemos que es una Constitución lo que estamos interpretando" nos indica la profunda preocupación que ha generado desde hace mucho, sobre todo en los jueces, el proceso interpretativo de las normas constitucionales. No podía ser de otra manera, pues las constituciones no solamente son la manifestación de acuerdos políticos —base de la paz social y la convivencia en un momento determinado—, sino también el conjunto de derechos, principios y valores que funcionan como límite del poder, y por tanto, garantías de los derechos de las personas.

Además de la relevancia jurídica y política de la Constitución, la interpretación de las normas constitucionales enfrenta las dificultades que son propias del derecho como objeto de la hermenéutica, entre las que resalta la estructura abierta de las normas, la indeterminación del lenguaje jurídico, entre otras, pero a la vez encara particularidades propias de las normas fundamentales, la principal es la posible tensión que se presenta entre principios o valores constitucionales, en cuyo caso el juez debe hacer un ejercicio ponderativo.

En este trabajo, pretendemos hacer una breve panorámica de los problemas centrales de la interpretación constitucional, para ello, empezaremos con una referencia a la evolución de la hermenéutica como

* Coordinadora del área de investigación e investigadora del Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC) de la Corte Constitucional para el Período de Transición.

método filosófico, y por tanto, en el corazón mismo de la filosofía occidental; luego abordaremos los problemas de la interpretación en el derecho, concretamente con las normas constitucionales. Después presentaremos un esquema general de las diferentes escuelas y métodos que han dado respuesta al problema de la hermenéutica en el derecho, para llegar al final a la forma en que aborda el derecho ecuatoriano la interpretación constitucional. En definitiva, el propósito de este artículo es levantar un estado del arte que permita la ubicación de las principales tensiones que enfrenta hoy la interpretación constitucional.

## 2. Breve aproximación al sinuoso camino de la hermenéutica en la tradición filosófica occidental

Desde siempre, los seres humanos hemos estado inmersos en la actividad hermenéutica, no solo como forma de develar el significado de textos y documentos, sino como experiencia vital tanto para enfrentarnos al pasado como al presente. De esa manera, la hermenéutica jurídica no puede ser reducida a la interpretación de un texto normativo, pues la norma que deriva de la disposición es una construcción en cada ocasión y no puede obtenerse como se logra la "verdad científica", sino como sostiene Nelly Alflen Da Silva por la tradición,[1] es decir, con una conciencia histórica.

Precisamente con ese fin creemos necesario dedicar algunas páginas de este trabajo a hacer un breve recorrido por las transformaciones producidas en las nociones filosóficas centrales que han orientado en la teoría y en la práctica la hermenéutica, como método.

La hermenéutica nació en la Antigüedad, primero mediante el método alegórico, utilizado para conciliar la filosofía griega con el Antiguo Testamento mediante la creación de un conjunto de normas interpretativas,[2] y posteriormente con la llegada del cristianismo, como una necesidad para responder al problema de la autenticidad de los textos sagrados, con el fin de superar las contradicciones que se presentaron en las versiones de los copistas anónimos de documentos cristianos.[3] De allí en

1 Da Silva, Nelly Alflen. *Hermenéutica jurídica y concreción judicial*. Bogotá, Editorial Temis, 2006, p. 2.
2 *Ibíd*., p. 8.
3 Sánchez Jaime, Tomás. *La hermenéutica en la tradición filosófica occidental*. Actualmente en edición (artículo inédito con el permiso del autor).

adelante una de las cuestiones que enfrentará la hermenéutica es precisamente la de la "autenticidad".

En la Edad Media, el término hermenéutica designaba tanto las reglas de la interpretación, como la conexión entre signo[4] y significado.[5] Al mismo tiempo, en teología la discusión se orientó a la revisión de los textos con el fin de obtener el "verdadero significado del documento" en la misma tradición antigua. Es solo hasta mediados del siglo XVI cuando como resultado de la disputa entre católicos y protestantes la concepción de la hermenéutica como herramienta para identificar el verdadero significado ya no se sitúa en el texto sino en el "mensaje", el mensaje de Cristo.[6] A partir de entonces se distinguen diferentes "posibles significados de un texto: literal, moral y anagógico".[7]

Durante la Edad Moderna, siglos XVII y XVIII, el problema hermenéutico introduce la diferenciación entre comprensión, explicación (interpretación) y aplicación.[8] El problema podría plantearse en los siguientes términos: cuando nos encontramos ante cualquier fenómeno, nuestro primer impulso es intentar comprenderlo, pero confundimos interpretación con comprensión, es decir, apoyados en nuestros pre-juicios damos una explicación y —en muchos casos— una aplicación por medio de ejemplificaciones analógicas al fenómeno, escamoteando la comprensión en sí, por ende, perdemos la oportunidad de enriquecer nuestro conocimiento con la incorporación de comprensiones de los fenómenos. En pocas palabras: *interpretamos* los fenómenos y no los *comprendemos* (conocemos), haciéndole el juego al ocultamiento de la verdad mediante una cadena de interpretaciones.

---

4 Por signo se entiende aquello que es posible captar a través de los sentidos, es decir, algo palpable, sensible, como por ejemplo cada una de las letras de nuestro alfabeto.

5 Por significado se entiende esa parte que encierra el signo, es decir, lo que hay que descubrir por intermedio de su contexto o de la tradición y que al cercarnos más a él, nos permite comprender el signo, por ejemplo: la letra "a", como signo puede tener una inmensa variedad de formas, pero como significado, cualquiera de esas formas siempre designarán a la primera vocal de nuestro alfabeto.

6 *Ibíd.*, p. 2.

7 Nelly Alflen Da Silva, *op. cit.*, p. 9. Por método anagógico, etimológicamente se entiende "conducir hacia arriba". Con este término se ha designado una determinada forma de exégesis cristiana.

8 *Ibíd.*, p. 9. Este término y método fue agregado por el pietismo (siglos XVII y XVIII).

A partir de la influencia del racionalismo, empirismo y positivismo, la conciencia respecto del conocimiento cambia y se transforma en una relación objetivada, ingresando en un nuevo método que aspiraba a ser objetivo, "el científico", este aplicado al lenguaje se propone como finalidad la "correcta interpretación de los textos".[9]

Uno de los quiebres epistemológicos más importantes aparece precisamente cuando la reflexión sobre el sujeto del conocimiento irrumpe en la filosofía, la hermenéutica deja de ser un asunto que se desarrolla en los textos y pasa a involucrarse también con el autor de los mismos, los aportes de Kant en ese sentido son cruciales, ya que reconoce en el individuo el "único dueño de cuanto pertenece a su identidad social".[10] En este orden de ideas, es importante mirar al ser humano detrás de la obra que se interpreta; este pensamiento fue recogido y desarrollado ampliamente por el romanticismo aunque —como sostiene Tomás Sánchez— si bien constituye una superación de la forma anterior de considerar la hermenéutica, queda en pie el problema de negar a los lectores la posibilidad de un juicio[11] mediante el reconocimiento de su participación en la interpretación.

En términos de hermenéutica esto se traduce en que para desentrañar el significado de un texto se debe recurrir al autor, a su espíritu, o sea, a su intención. Como argumenta Zygmunt Bauman, para realizar ese trabajo, es necesario que el lector haga un ejercicio de imaginación y no solamente por medio de "escuetas" reglas de interpretación, sino que debe asegurarse de que su imaginación es lo suficientemente rica y flexible como la del autor.[12] La cuestión se traslada a un espacio distinto del texto mismo, al "mensaje oculto" del autor.[13]

Uno de los más importantes exponentes de la hermenéutica producto del romanticismo es Schleiermacher quien, basado en los aportes del idealismo trascendental alemán de Kant y Fichte, intenta dos desarrollos que fueron importantísimos para los ribetes contemporáneos de la hermenéutica: en primer lugar propone una formulación sistemática de las

9 *Ibíd*., p. 10.
10 Tomás Sánchez Jaime, *op. cit*., p. 3.
11 *Ibíd*., p. 3.
12 Bauman, Zygmunt. *La hermenéutica y las ciencias sociales*. Buenos Aires, Ediciones Nueva Visión, 2002, p. 9.
13 Tomás Sánchez Jaime, *op. cit*., p. 4.

condiciones de "posibilidad de interpretación válida" y, en segundo lugar "una nueva concepción del proceso de comprensión".[14] En tanto interpretación válida se aboca al estudio de las condiciones de comprensión independientemente de los contextos concretos a los que se aplica la interpretación, y, en tanto comprensión, formula una metodología especial que tiene como resultado el aislamiento del procedimiento de interpretación del contenido. De esta manera, en la medida en que la percepción del otro en su individualidad se hace por medio de las incomprensiones de él, ambas características son universales: la individualidad ajena y el mal entendido, la comprensión entonces del otro y su conducta, normas y demás, se convierte en un proceso de diálogo significativo y el proceso de comprensión en un consenso.[15]

La sistemática propuesta por Schleiermacher integra dos formas de interpretación: la gramatical y la psicológica, precisamente es esta última la que permite la universalización de la hermenéutica en cuanto encuentro —congenialidad— del autor y su intérprete, es decir, estamos hablando ya de un método, al margen de cualquier contenido cognitivo,[16] convirtiéndose en una empresa libre.[17]

Gracias a la influencia de la escuela alemana historicista, Dilthey desarrolla una concepción nueva de hermenéutica poniendo atención al nexo histórico entre el individuo en cuanto sujeto histórico, orientado a la ascensión hacia la conciencia histórica, espacio en el que es de trascendental importancia la psicología como método,[18] pues la *comprensión* guarda, inherentemente a la *inconclusividad*. "Los procesos de comprensión e interpretación se hallaban determinados por la tradición y especificados históricamente haciendo que el estudio de lo social solo se viera como un proceso sin fin de revalorización y recapitulación".[19]

14 Nelly Alflen Da Silva, *op. cit.*, p. 13.

15 *Ibíd.*, pp. 13-16.

16 Sin embargo de que la búsqueda de universalización es precisamente el objetivo de Schleiermacher, siguiendo a Tomás Sánchez, planteo que el logro del consenso y la cuestión de la verdad no pueden resolverse fácilmente con reglas impersonales, pues puede suceder que la inclinación hacia una u otra alternativa sea la de un acto de simpatía o identificación con lo que el peligro del relativismo sin fin parece evidente. Véase Tomás Sánchez Jaime, *op. cit.*, p. 5.

17 *Ibíd.*, p. 16.

18 Véase Nelly Alflen Da Silva, *op. cit.*, pp. 18-28.

19 Véase Tomás Sánchez Jaime, *op. cit.*, p. 6.

De esta noción aparecerá el término "círculo hermenéutico", entendido como una comprensión que opera por círculos, recapitulando y revalorando constantemente las "memorias colectivas".[20]

El aporte de esta nueva manera de interpretación —psicológica— fue de gran influencia en el desarrollo de las hermenéuticas del siglo XIX en el derecho, especialmente para Savigny y Boeckh.[21] Esta idea del denominado círculo hermenéutico será vinculada en la filosofía con la fenomenología, por medio del mítico llamado de Husserl: "¡Volvamos a las cosas mismas!" a finales del siglo decimonónico y se manifestará con mayor profundidad en los prolegómenos del siglo veinte con Martin Heidegger al intentar dar respuesta a la pregunta: ¿qué es lo que determina en el modo humano de ser-en-el-mundo, por igual y simultáneamente la posibilidad y la realidad de la comprensión? "El famoso círculo hermenéutico en la filosofía de Heidegger se convierte, en sí mismo, en un elemento de la existencia, el cual reincorpora incesantemente su propia recapitulación y enriquece, por tanto, su propia entrega, estableciendo la base para la recapitulación siguiente".[22] De allí se deriva la transformación del objeto de la hermenéutica, que deja de ser la constitución de la comprensión y se convierte en la esperanza razonable de descubrir exactamente de qué manera los significados están constituidos y sostenidos.[23]

## 3. El problema de la interpretación en el derecho

Una de las cuestiones preliminares más importantes de resolver antes de adentrarnos a las formas en que el derecho ha asumido la hermenéutica es la estructura de las normas.[24] Necesariamente esta cuestión nos remite al lenguaje pues es por medio de él que las normas se manifiestan, o como

20 Zygmunt Bauman, *op. cit.*, p. 16.

21 *Ibíd.*

22 *Ibíd.*, p. 161.

23 Agradezco en este punto los valiosos aportes de Tomás Sánchez Jaime; por demás está decir, sin embargo, que soy la única responsable de lo dicho.

24 La teoría contemporánea ha ofrecido al menos tres respuestas a la pregunta respecto de lo que se entiende por norma: "según la primera, que corresponde a la metateoría kelseniana del derecho como valor, "regla" o "norma" designan determinados objetos espirituales o contenidos mentales; para la segunda, que corresponde a la metateoría jusrealista del derecho como hecho, "regla" o "norma" designan, en cambio, determinados hechos sociales, como la conjunción de comportamientos repetidos en el tiempo y de actitudes psicológicas acerca de ellos; según la tercera, que

dice José Manuel Cabra constituye el hábitat del intérprete.[25] Ahora bien, el lenguaje cumple múltiples funciones en el mundo humano, una de ellas es la "prescriptiva" mediante la cual se busca dirigir o inducir un comportamiento de otro para que adopte un curso de acción determinado,[26] justamente la finalidad de las normas jurídicas, que buscan sobre todo ordenar la convivencia social a través de limitar los actos individuales y colectivos. La forma prescriptiva de las normas se puede identificar en la integración al lenguaje en que se expresan de los enunciados deónticos.[27] Al respecto Alexy sostiene que existen varias maneras de expresar una norma jurídica, que no todas tienen enunciados deónticos, pero sí se pueden reducir a formas estándar de ellos.[28] Para el jurista alemán es precisamente esta característica lo que distingue a las normas jurídicas de otro tipo de normas.[29]

Ahora esta aserción, generalmente aceptada, enfrenta una serie de problemas, en primer lugar la diferenciación con otras funciones del lenguaje y las posibles cuestiones comunes. Con este objetivo, Luis Prieto Sanchís, propone una distinción entre lenguaje descriptivo y prescriptivo en tres niveles: a) nivel sintáctico, nivel semántico y nivel programático. En el sintáctico, es decir el referido a la "forma y ordenación de las palabras" distingue el lenguaje descriptivo del prescriptivo, en la medida en que el primero tiene una forma indicativa, informa sobre como es un hecho específico, en cambio el segundo, se expresa mediante enunciados de deber u obligación. En el nivel semántico o tocante a los significados de los "símbolos lingüísticos", se distingue el lenguaje descriptivo del

---

corresponde a la metateoría del derecho como lenguaje , "regla" o "norma" designan proposiciones prescriptivas y, en tanto, objetos o entidades directamente dependientes del lenguaje, y/o prácticas sociales, dependientes indirectamente del lenguaje de un modo o en un sentido". Véase Barberis, Mauro. "Reglas y lenguaje. Primeros elementos para una crítica del prescriptivismo". *Análisis y Derecho*. Comp. Paolo Comanducci. México, Distribuciones Fontamara, 2004, pp. 120-121.

25 Cabra, José Manuel. *Argumentación jurídica y racionalidad en A. Aarnio*. Madrid, Dykinson, 2000, p. 9.

26 Nino, Carlos. *Introducción al análisis del Derecho*. Buenos Aires, Editorial Astrea, 2007, p. 64.

27 Ejemplos de los enunciados deónticos son: "puede", "prohibido", "debe".

28 Véase Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, pp. 36-37.

29 La tesis del llamado prescriptivismo es duramente cuestionada por una parte de la doctrina; un ejemplo interesante es la propuesta de Mauro Barberi, quien critica principalmente la reducción del derecho al lenguaje y las afirmaciones que sostiene que todas las normas son prescriptitas o pueden ser reducidas a expresiones de esa naturaleza. Al respecto se puede ver Mauro Barberis, *op. cit.*, pp. 119 ss.

prescriptivo porque del primero solo se puede predicar su verdad o falsedad, en cambio del segundo solo su obediencia o desobediencia. Por último tenemos el nivel pragmático relacionado con la intención o propósito con que se usan las palabras, esta forma de acercarse al lenguaje atiende a lo que se pretende lograr con el lenguaje por parte de quien lo usa.[30]

Otro de los problemas importantes que enfrenta esta equiparación del derecho con el lenguaje prescriptivo es la situación de las normas permisivas y las constitutivas. Empecemos con las normas permisivas, de estas no cabe afirmar o negar respecto de su obediencia o no, por ejemplo el derecho a conocer los datos sobre sí mismo albergados en diferentes bases de datos, ese derecho, está expresado no en forma prescriptiva, por lo que, no se puede hablar de su cumplimiento o su incumplimiento en general. La solución a este tema ha sido presentada en la medida en que se sostiene que siempre se podrá reducir el lenguaje permisivo a uno dependiente de los mandatos o prohibiciones.[31] Estas normas serían "un modo indirecto de referirse a prescripciones en sentido estricto".[32] Por otro lado, están las normas constitutivas que serían aquellas que "correlacionan ciertos hechos o estados de cosas con un resultado normativo o institucional"[33] esto podría considerarse un cuestionamiento a la enunciación de que el Derecho es lenguaje prescriptivo, sin embargo como respuesta se suele decir que las normas constitutivas son fragmentos de normas en la medida en que carecen de sentido si no se refieren a otras normas.[34]

Estas dificultades que podrían situarse en lo que llamaríamos la especie del lenguaje jurídico, tienen una versión en su sentido lato, relacionada con los problemas de lo que Guastini denomina la "indeterminación del lenguaje jurídico",[35] Prieto Sanchís la "vaguedad" y "ambigüedad" del lenguaje del derecho[36] o, Herbert Hart la "estructura abierta del derecho".[37]

30 Véase Prieto Sanchís, Luis. *Apuntes de Teoría del Derecho*. Madrid, 2007, pp. 42-44.
31 *Ibíd*., pp. 45-46.
32 *Ibíd*., p. 46. Sin embargo, el propio Prieto Sanchís reconoce que esta reducción es solo posible en dos de las tres formas en que se manifiesta el lenguaje permisivo: el permiso como derecho y el permiso como habilitación, no así para el permiso como tolerancia, en el que no se prescribe el comportamiento descrito sino la prohibición de interferencia de la autoridad en el comportamiento de que se trate.
33 *Ibíd*., p. 49.
34 *Ibíd*., p. 50.
35 Guastini, Riccardo. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Madrid, IIJ/UNAM, Mínima Trotta, 2008, pp. 29-34.
36 Luis Prieto Sanchís, *op. cit*., pp. 249-261.
37 Hart, Herbert. *El concepto del Derecho*. Buenos Aires, Alfredo Perrot, 1998, pp. 165-169.

Esta cuestión es atendida en el mundo jurídico diferenciando la disposición normativa (texto) de la norma (significado). Para establecer los límites y alcances de esta distinción es importante empezar analizando la indeterminación del derecho.

Las palabras en cuanto símbolos tienen una relación convencional con las cosas, "no existe ninguna relación esencial entre [ellas], pero precisamente por eso las convenciones que dan significado a los símbolos pueden no ser del todo uniformes en una comunidad y cambiar con el paso del tiempo".[38]

Los lenguajes pueden ser naturales como el castellano, el francés o el kichwa, o formales como el matemático o el lógico, pero también existen, a medio camino entre ambos, los lenguajes técnicos que utilizando el *lenguaje natural* dotan de un sentido o significado específico a las palabras; el lenguaje técnico como el de la medicina o el derecho, no está exento de indeterminación, pues al utilizar el lenguaje natural comparte con ellos la ambigüedad y vaguedad.

Una palabra es ambigua cuando presenta más de un significado, es una característica de las disposiciones antes que de las normas. En el caso del derecho, la ambigüedad puede obedecer tanto al uso de palabras del lenguaje ordinario o al mismo lenguaje técnico, en el primer caso no es infrecuente que las palabras tengan más de un significado. Cuando se utiliza el lenguaje técnico también puede suceder que el propio ordenamiento jurídico utilice un término en varios sentidos.[39]

La vaguedad, en cambio, se produce en la aplicación de la palabra a los objetos del mundo, es decir en su alcance, no se trata ya de desentrañar su significado sino establecer qué propiedades debe tener un objeto para que sea designado con un nombre.

Para concluir diremos que el intérprete en el derecho siempre se enfrentará con la indeterminación del lenguaje que va a interpretar. Esta no desaparecerá aunque podrá disminuirse con el apoyo de técnicas y herramientas específicas.

38 *Ibíd*., p. 249.

39 Luis Prieto Sanchís, *op. cit*., pp. 252 ss.

### 3.1. Los tipos de normas jurídicas

Zagrebelsky encuentra que uno de los rasgos más característicos del derecho actual, que denota la superación del Estado de derecho legislativo es lo que denomina el derecho por principios, como sustituto del derecho por reglas. Para el pensador italiano, solo los principios son normas verdaderamente constitucionales en cuanto únicamente a estas normas les reconoce como constitutivas del orden jurídico, pues aunque la Constitución está formada también por reglas, para Zagrebelsky estas no son más que leyes reforzadas, y por tanto, se agotan en sí mismas.[40] Aunque no se explica cómo debemos entender la denominada *fuerza constitutiva* de los principios, se puede sostener que con ella nos referimos a la capacidad de la Constitución de dotar de validez material a todo el ordenamiento jurídico, con lo que se concluiría que solo los principios constitucionales pueden efectivamente ser el parámetro de constitucionalidad material del ordenamiento jurídico infraconstitucional. Sin embargo, cabe aclarar que no es que anteriormente el derecho solo se regía por reglas, también estaban los principios, pero estos cumplían un papel subsidiario y complementario al de las reglas, por lo que Zagrebelsky considera que se trata de un derecho de reglas.

Ahora bien, la distinción entre principios y reglas ha ocupado numerosas obras en los últimos años; intentando hacer una síntesis de las principales propuestas encontramos al menos tres:

Zagrebelsky utiliza dos criterios, ambos de carácter funcional: la diferencia se puede encontrar, por un lado, en la forma de interpretación de las normas y, por otro, en lo que "hacen las normas". En el primer caso, sostiene que los principios no deben ser "interpretados" por medio del análisis del lenguaje, sino "entendidos"[41] en su *ethos*,[42] es decir, al pertenecer al mundo de los valores, se remiten a "tradiciones históricas" o "contextos de significado" en los que las palabras son solo una "alusión".[43] En cambio, las reglas pueden y deben ser interpretadas con los variados

40 Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Madrid, Editorial Trotta, 1995, p. 110.

41 El significado que podemos darle al concepto *entendidos*, está en lo que denominamos comprensión y que a lo largo de las primeras cinco páginas de este trabajo intentamos dilucidar.

42 En su costumbre de uso, en su cotidianeidad, siguiendo la línea desde su nacimiento hasta el momento en que se trata de comprender.

43 Gustavo Zagrebelsky, *op. cit.*, p. 110.

métodos del derecho, siendo posible determinar lo que quieren decir mediante la interpretación del lenguaje. Con respecto al segundo punto plantea que la diferencia sustancial estriba en que las reglas establecen criterios de actuación; en cambio, los principios establecen criterios para tomar posición ante situaciones concretas que permanecían de antemano indeterminadas,[44] en esa medida su significado será siempre operativo, es decir, únicamente frente a un caso específico.

Entretanto, están quienes realizan el análisis a partir precisamente del lenguaje, entre ellos, Riccardo Guastini quien ha echado mano del criterio de generalidad; él sostiene que en el lenguaje jurídico existen diferentes niveles de generalidad mediante los cuales se expresan las normas en las disposiciones jurídicas, según este grado se distinguen varios tipos de normas: reglas, principios y valores. La regla es una disposición específica, con una estructura que contiene "un enunciado condicional que conecta una consecuencia jurídica cualquiera con una clase de supuestos concretos".[45] En esa línea —funciona como premisa mayor de un silogismo—, la consecuencia jurídica puede ser el nacimiento de derecho o una obligación, una sanción, la adquisición de un estatus, etc. Constituyen mandatos imperativos por lo que admiten un juicio absoluto de cumplimiento o no cumplimiento. Los principios son una prescripción más genérica, no hacen referencia a comportamientos concretos sino que establecen estándares de comportamiento; para Guastini los principios son normas fundamentales en la medida en que caracterizan el sistema jurídico de que se trata, le da fundamento axiológico, no exigen ninguna fundamentación ética, porque se concibe como una norma naturalmente justa o correcta; son normas estructuralmente indeterminadas.[46]

Esta característica de indeterminación hace necesaria la creación de subreglas que le concreticen, actualicen o le den aplicación.[47] Entretanto,

44 *Ibíd*.

45 Riccardo Guastini, *op. cit*., p. 74.

46 Esta característica puede asumir dos formas en las tesis de Guastini: como norma derrotable y como norma genérica. En el primer caso estamos frente a la situación de que el principio no incluye todas las condiciones, así como tampoco todas las excepciones, pues puede suceder que la norma, tal y como el legislador o el constituyente la previó, sea superada por la transformación de cuestiones fácticas o normativas del contexto, abarcando nuevas situaciones y dejando de lado otras. Al respecto véase Navarro, Pablo y Jorge Rodríguez. "Derrotabilidad y sistematización de normas jurídicas". *Isonomía*, 13 (octubre 2000): 61.

47 *Ibíd*., pp. 74-76.

los valores trascienden el derecho y se sitúan a un nivel de generalidad tal que orienta la interpretación misma del sistema: todas las disposiciones de un ordenamiento jurídico pueden terminar remitiéndose a ellos.

Por último, nos parece importante recurrir a los aportes de Alexy, quien encuentra que hay otra distinción entre normas y principios que radica en que los principios son mandatos de optimización y las reglas mandatos definitivos; para los principios opera la orden de que algo sea realizado en la mayor medida posible de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas,[48] estas últimas tienen que ver con las reglas y también con los principios que operan en sentido contrario. En cambio, las reglas o son obedecidas o no lo son.

### 3.2. Las lagunas y las antinomias en el sistema jurídico

Para abordar este complejo tema es necesario, en primer lugar, hacer una breve referencia a dos características asumidas como propias de todo sistema jurídico, que a su vez tienen consecuencias ya sea en su eficacia o en su ineficacia, nos referimos a las nociones de plenitud y coherencia del sistema jurídico.

La plenitud del derecho debe entenderse como aquella característica por la cual el "sistema jurídico dispone siempre de una cualificación normativa para cualquier caso o supuesto de hecho",[49] es decir, cualquier caso podría ser calificado por una norma del sistema como prohibido, permitido u obligado. Cuando esto no es posible se dice que estamos frente a una laguna. Como se puede deducir de lo dicho, siempre podríamos estar frente a una laguna, pues tiene razón Prieto Sanchís cuando —siguiendo a Guastini— sostiene que la identificación de una laguna será el resultado de la interpretación, en ese sentido —sostienen ellos— la interpretación es el mecanismo para evitar o crear lagunas.[50]

La otra característica que habíamos referido es la de coherencia del sistema jurídico, por ella se entiende la "cualidad del sistema en cuya virtud cada situación de hecho recibe un único tratamiento normativo dentro del

48 Alexy, Robert. *El concepto y la validez del Derecho*. Barcelona, Gedisa Editorial, 2004, p. 162. Alexy no desarrolla lo que se entenderá por posibilidades fácticas o reales a pesar de que siempre hace referencia a ellas.

49 Luis Prieto Sanchís, *op. cit*., p. 123.

50 *Ibíd*., p. 127.

sistema en cuestión";[51] cuando el sistema imputa consecuencias jurídicas distintas a un mismo supuesto de hecho estamos frente a una antinomia, esto según Prieto Sanchís puede generar tres supuestos: a) contradicción entre mandato y prohibición; una norma ordena lo que otra prohíbe; b) contradicción entre mandato y permiso negativo; una norma ordena lo que otra permite no hacer; c) contradicción entre prohibición y permiso positivo; una norma prohíbe lo que otra permite hacer.[52] Para que se dé efectivamente la antinomia debe tratarse de normas aplicables simultáneamente, o sea normas que tengan el mismo ámbito material de aplicación.

Sobre las antinomias caben una serie de diferencias importantes, que por razones ilustrativas vamos a mencionar; de entrada se distingue entre abstractas o internas y concretas o externas: las primeras implican que ambas normas potencialmente aplicables al caso —en palabras de Prieto Sanchís— se "superponen conceptualmente",[53] es decir o bien una de las dos normas no es válida conforme al criterio de jerarquía, o bien se trata de una norma que funciona como excepción de la primera. En cambio, las antinomias concretas o externas hacen referencia a la incompatibilidad entre normas al momento mismo de la aplicación, es decir, ambas son válidas y aplicables al caso del que se trate, sin embargo, solo una de ellas debe ser utilizada. Esta es la situación general de las normas materiales de la Constitución frente a un caso concreto, por ejemplo, si tomamos un asunto relacionado con la libertad de expresión y el derecho a la honra, encontramos que coexisten válidamente la libertad de expresión y el derecho a la honra como normas constitucionales, no es que uno de ellos no sea válido, sino que siendo ambos válidos, en el caso concreto se debe relativizar el peso de alguno de ellos.[54]

Entretanto, se distingue entre antinomias aparentes y reales: una antinomia es aparente cuando una de las normas en conflicto es inválida, por tanto, no debería existir; y estamos frente a una antinomia real cuando las dos normas son válidas y aplicables a un caso específico. A su vez estas antinomias pueden ser de primer nivel (las contradicciones se dan entre

51 *Ibíd*., p. 131.
52 *Ibíd*., p. 123.
53 *Ibíd*., p. 127.
54 *Ibíd*.

normas cualesquiera) o de segundo nivel (entre normas relativas a criterios de solución de conflictos).[55]

Las antinomias pueden encontrarse en todo el ordenamiento jurídico, vale decir entre normas provenientes de leyes y otras normas infraconstitucionales, así como de aquellas provenientes de la propia Constitución. Siendo entonces esta la realidad del sistema jurídico y no su excepción. Lo importante entonces es entrar a revisar los criterios de solución. Como ya habíamos dicho en la tradición jurídica existen una serie de parámetros mediante los cuales la doctrina y la práctica jurisprudencial han dado respuesta a este problema. Entre los parámetros más importantes tenemos: el jerárquico, el de competencia, el cronológico y el de especialidad.

Según el criterio jerárquico, una antinomia entre una norma inferior y una superior se resuelve a favor de esta última, es decir, la norma inferior no podrá ser aplicada porque no es válida por contradecir la superior. Debe anotarse, sin embargo, que dependerá de cada ordenamiento jurídico positivo la forma en que debe ser decidida y quién debe hacerlo.[56]

El criterio de competencia puede ser utilizado frente a normas que provienen de fuentes diferentes de derecho, pero en realidad dice Prieto Sanchís, estamos frente a un problema de validez, pues ambas normas en conflicto dependen a su vez de una norma jerárquica superior que establece las competencias; en esa medida, la norma incompetente es inválida por contradecir la norma superior que establece las competencias de ambas.[57]

Tomando en cuenta el criterio cronológico, se aplicará la norma posterior sobre la anterior. No hay problemas de jerarquía, ambas normas son válidas. Por último, refiriéndome al criterio de especialidad debo anotar que un conflicto entre una norma general y una especial supone que esta última está incluida en el ámbito más amplio de la general, pero con consecuencias jurídicas diferentes, entonces, se prefiere la especial, porque caso contrario carecería de aplicación[58] y sería una norma inútil.

Es importante mencionar que estos criterios son perfectamente válidos cuando se trata de normas constitucionales, salvo los casos en los que se trate de una antinomia o contradicción entre principios frente a un caso

55 *Ibíd*., pp. 131-142.
56 *Ibíd*., p. 136.
57 *Ibíd*., p. 137.
58 *Ibíd*., pp. 138 y 139.

concreto, como ya se verá más adelante; en esa situación opera otro mecanismo de resolución de antinomias. Precisamente para adentrarnos en ese punto es necesario revisar lo que la doctrina ha denominado la insuficiencia de criterios para la resolución de antinomias.

Para Prieto Sanchís la insuficiencia de criterios se da principalmente en dos escenarios: cuando se trata de conflictos dentro de un mismo cuerpo legal, situación en la que ni el criterio jerárquico ni el cronológico servirían, ni se podría acudir al criterio de especialidad, pero como bien anota el jurista español no siempre es posible establecer una relación generalidad/especialidad en abstracto por lo que estamos frente a normas superpuestas. La otra situación se da frente a las normas que recogen derechos, los principios y los valores en la Constitución, no cabe duda de que estas normas pueden concurrir simultáneamente sobre el caso concreto, estamos hablando de normas válidas sobre las que no se puede anticipar en abstracto una decisión de cuál es la que debe aplicarse. La concurrencia de ambas normas puede ser conflictiva y de hecho la mayoría de veces lo es. Así, por ejemplo, las normas que reconocen la igualdad ante la ley y aquellas que consagran la igualdad material, son ambas normas válidas, sin embargo, si pretendemos superar una desigualdad material necesariamente reconoceremos una desigualdad de tratamiento en la ley. En vista de que en estas normas no existe prelación ni referencia a los supuestos de hecho en que una u otra son aplicables, los criterios de jerarquía, especialidad o cronológico no son de utilidad. Un tercer escenario se presenta cuando habiendo una contradicción entre una norma superior y una inferior, esta puede traducirse casi siempre en un conflicto entre principios o derechos constitucionales, pues como bien indica el jurista español, prácticamente detrás de cada disposición legal existe un principio que la favorece y otro que lo contradice.[59] En todos estos casos se recurrirá al juicio de ponderación.

Las antinomias lejos de lo que se pueda pensar son muy comunes en cualquier ordenamiento jurídico, ya sea por las dificultades del proceso legislativo que implica negociaciones políticas o por la constante adaptación de las normas a la realidad mediante múltiples reformas.[60]

Para finalizar el análisis de este punto, es importante llamar la atención sobre la relación antinomias-interpretación. Como sostiene Luis

59 *Ibíd*., pp. 143 ss.

60 Prieto Sanchís, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid, Trotta, 2003, p. 175.

Prieto Sanchís, siguiendo a Guastini, las antinomias se verifican entre normas, no entre disposiciones, por lo que antes de ser una forma de resolverlas, la interpretación constituye la manera de verificarlas. En ese sentido podemos encontrar disposiciones normativas solo parcialmente contradictorias, porque contienen tanto normas que contradicen otras como normas que son compatibles con otras; ejemplo de ello son las sentencias interpretativas. Entretanto, mediante la interpretación restrictiva o extensiva es posible evitar o provocar la contradicción.[61] Así, el intérprete al hacer una interpretación restrictiva puede eliminar la contradicción excluyendo de una de las normas el supuesto de hecho de la norma contradictoria o, al contrario, puede incluir en una norma el supuesto de hecho de otra incompatible.

### 3.3. El juicio de ponderación o proporcionalidad

Si bien sobre este tema se volverá en otros artículos de este manual, es importante hacer una breve referencia al contenido del denominado juicio de ponderación como un método que se debe añadir a los demás de solución de antinomias cuando estemos frente a un conflicto entre principios, derechos o valores generalmente contenidos en normas constitucionales, las que son válidas y potencialmente aplicables al mismo caso.

La característica de esta forma de solución de antinomias es que constituye una declaración de jerarquía relativa y momentánea de una norma sobre otra, solo aplicable al caso concreto, no se trata de una declaración definitiva y en abstracto sobre las normas en conflicto. Es decir, con la ponderación se declara la jerarquía superior de una de las normas en conflicto sobre la otra, con lo que se está justificando la intervención —que debe ser proporcionada al beneficio de la primera norma— en la norma derrotada.

En esencia, el juicio de ponderación busca controlar que las intervenciones en el derecho o principio sacrificado en aras de la jerarquía relativa del otro principio o derecho en cuestión, no signifiquen un sacrificio inútil de los derechos constitucionales.[62] Prieto Sanchís distingue cuatro fases en el juicio de ponderación:

61 Prieto Sanchís, Luis. *Apuntes de Teoría del Derecho*. Madrid, 2007, pp. 42-44.
62 *Ibíd*., p. 147.

a) Medida enjuiciada tenga un fin constitucionalmente legítimo.
b) Medida enjuiciada sea adecuada, apta o idónea para proteger la finalidad expresada.
c) Medida enjuiciada debe ser necesaria, es decir, es menester acreditar que no existe otra medida que logre el mismo fin constitucional afectando en menor grado a un derecho fundamental.
d) Juicio de proporcionalidad que consiste en acreditar cierto equilibrio entre los beneficios y los perjuicios que se obtienen en términos de derechos constitucionales al aplicar la norma de que se trate. En este punto se ha recogido la máxima de Alexy que sostiene "cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro".[63]

Uno de los aportes más relevantes de Prieto Sanchís a este respecto es precisamente la relación ponderación-subsunción, ya que como lo menciona el autor, se trata de cosas diferentes pero no incompatibles como muchas veces se ha planteado, pues, sostiene que como paso previo y como paso final de la ponderación es necesaria la subsunción. Es decir, para saber si existe conflicto entre dos normas, es necesario subsumir, lo que nos permitirá identificar si ambas normas son aplicables al caso de que se trata, así mismo luego de ponderar y de haber obtenido la regla para aplicarse al caso nuevamente se presenta la necesidad de la ponderación, pues dicha regla funcionará como premisa mayor del razonamiento subjuntivo.[64]

## 4. La interpretación judicial

Una vez realizadas las aclaraciones necesarias, es pertinente entrar en la también larga discusión en torno a la interpretación judicial. Para ello haremos un acercamiento a las diferentes perspectivas sobre interpretación judicial, que han dado origen a las principales teorías sobre interpretación; posteriormente, utilizando la estructura dimensional propuesta por Guastini señalaremos las escuelas, métodos y criterios que se han construido en torno a este tema, para finalizar con una propuesta ecléctica.

Partiendo de si se considera a la interpretación judicial como un acto de conocimiento, de decisión o de creación del derecho se han configurado en

63 *Ibíd*., p. 149.
64 *Ibíd*., pp. 149-150.

términos de Prieto Sanchís tres grandes tendencias teóricas: cognoscitivistas, escépticas y las eclécticas.

### 4.1. Teorías cognoscitivistas

Para este grupo de teorías la interpretación es un acto intelectivo, de conocimiento, por el cual el intérprete descubre cuál es la única solución jurídica posible aplicable al caso; es decir, parte de la suposición que se trata de una realidad (única solución jurídica posible) externa al sujeto que puede ser verificada o no, y por tanto, de ella es posible enjuiciar su verdad o falsedad. Estos acercamientos teóricos son propios del formalismo jurídico del siglo XIX, y dentro de ellos se pueden ubicar tanto la escuela de la exégesis francesa como la jurisprudencia de conceptos alemana.[65]

La exégesis, escuela que pervive hasta la actualidad, nació entre finales del siglo XVII y principios del XVIII asociada al aparecimiento del Código Civil francés, sus planteamientos principales parten de tres premisas íntimamente relacionadas: el Derecho equivale a la ley positiva (Código), la ley se conoce solo mediante las palabras y las proposiciones empleadas en su escritura, y el ordenamiento jurídico es exacto, pleno, coherente y general. Con estas características, resulta evidente que los criterios gramatical y lógico sean los más adecuados para la interpretación.

Por otro lado, la escuela de la jurisprudencia de conceptos, cuyo origen se sitúa en la escuela histórica,[66] consideró que el ordenamiento jurídico es un todo orgánico donde cada norma está vinculada con las demás formando un sistema coherente, cuyos conceptos deben ser identificados históricamente. Un verdadero sistema para Savigny no solo definirá y distinguirá los principios del derecho, sino que ordena la vinculación y conexión entre los varios principios particulares. En esa medida, el principal medio de construcción jurisprudencial será la deducción lógica desde conceptos jurídicos preexistentes, para lo cual se plantea primero conocer un principio, definirlo y hacer distingos, utilizando la fidelidad genética: su camino; luego se plantea la necesidad de establecer las vinculaciones

65 *Ibíd*., pp. 240-241.

66 Escuela que sostiene que el Derecho no se agota en la ley sino en la realidad social y los preceptos legales deben ser adaptados para ponerlos en la armonía con las circunstancias, pues así como el derecho deriva del "espíritu del pueblo" de manera espontánea, tiene que adaptarse a él cuando se aplica porque la norma no solo es para el presente sino también para el futuro.

internas de los principios.[67] La actividad interpretativa utiliza los criterios gramatical, lógico, histórico y sistemático.

En la actualidad estos acercamientos están bastante reformulados y prácticamente nadie los utiliza en su pureza, sin embargo, a partir de ciertas reconstrucciones de la noción de derecho basadas en la importancia que en él adquieren los principios y las reglas, Dworkin recoge como válida la tesis de que solo hay una solución jurídica correcta al caso específico, para lo cual reconecta el derecho con la moral, pero se trata de una moral objetiva y clara que el juez debe descubrir ayudado del razonamiento guiado por principios morales.[68] Si bien se puede sostener teóricamente una propuesta así, no dejan de ser ciertos los múltiples desafíos que tiene que enfrentar, empezando por el más polémico, la capacidad del juez, que debe ser un ente omnisciente, conocedor absoluto de la moral y el derecho.

### 4.2. Teorías escépticas

Estas teorías surgen como cuestionamiento a las nociones de coherencia y completitud del sistema jurídico, pues evidencian que un ordenamiento generalmente contiene una serie de lagunas y que el juez como aplicador del derecho no puede solamente utilizar la ley como única fuente sino que debe acudir a otras fuentes sobre todo de carácter social. Dentro de estos acercamientos teóricos se encuentra la escuela del Derecho Libre, de la jurisprudencia de intereses y el realismo norteamericano.[69]

La denominada escuela libre de investigación científica es un intento muy interesante de conectar al derecho positivo con otras fuentes del derecho como son la jurisprudencia y la doctrina; para sus defensores, el sentido de la ley es de carácter práctico, orientado hacia su aplicación en situaciones concretas, ante un caso específico si la ley no ofrece solución se debe recurrir a las otras fuentes del derecho incluida la costumbre, y si esto no es suficiente se puede acudir a la libre investigación científica. Uno de sus principales exponentes es Geny.[70]

67 Savigny, Friedrich Karl von. *Metodología jurídica*. Buenos Aires, Valletta Ediciones, 2004, pp. 46-51.
68 Luis Prieto Sanchís, *Apuntes de Teoría del Derecho*, *op. cit.*, p. 242.
69 *Ibíd.*, p. 243.
70 Véase Bernuz, María José. *Francois Geny y el Derecho. La lucha contra el método exegético*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006.

Por su parte, la escuela teleológica, tuvo como su principal exponente a Rudolf von Ihering e introduce como novedad la preocupación por los fines del derecho.[71] También denominada jurisprudencia de intereses, da prioridad a la consideración de los fines de la norma y los intereses en conflicto, de tal forma que los intereses sociales relevantes son los que orientarán la actividad interpretativa y de aplicación del derecho. Esta tendencia parte de la afirmación de que el derecho no es completo, tiene lagunas, y estas deben ser llenadas por el intérprete mediante una actividad creadora. Ihering sostiene que toda norma tiene un fin y por ese fin entiende las necesidades y deseos presentes en la sociedad cuya presencia es posible reconocer en las relaciones sociales, por tanto dichas relaciones son tendencias "apetitivas" que se podrían denominar intereses. Algunos autores de esta tendencia han llamado la atención sobre la necesidad de considerar los efectos de la sentencia en la sociedad, por lo que mediante la labor de decisión del juez, él debe limitar esos intereses.[72]

Prieto Sanchís ubica dentro de esta posición al realismo norteamericano, más que como teoría de la interpretación como un acercamiento sociológico del derecho, su tesis principal es que el derecho más que estar conformado por las leyes lo está por las decisiones de los jueces, en esa medida el derecho *es lo que los jueces dicen que es*. Como podrá deducirse fácilmente esto supone que las decisiones de los jueces están sobre todo influenciadas por factores de carácter psicológico, político, social o económico, es decir, los fallos son totalmente arbitrarios.[73]

Dentro de este mismo grupo también está situado el denominado escepticismo moderado representado por Guastini, quien considera a la interpretación como un acto de decisión, no se trata entonces del juez frente a una única posible solución, sino que habiendo una pluralidad de significados susceptibles de ser atribuidos a una disposición, el juez o intérprete debe escoger entre uno de ellos. Es decir, si bien el significado no viene dado de antemano tampoco el juez es totalmente arbitrario sino que debe decidir sobre algunos significados posibles.[74]

---

71 Monroy Cabra, Marco. *Introducción al Derecho*. Bogotá, Temis, 1994.

72 Véase Larenz, Karl. *Metodología de la ciencia del derecho*. Barcelona, Ariel, 1980, pp. 70-81; Martínez Roldán, Luis y Jesús Aquilino Fernández Suárez. *Curso de Teoría del Derecho y Metodología Jurídica*. Barcelona, Editorial Ariel, 1994, p. 296; Monroy Cabra, Marco. *La interpretación constitucional*. Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 2002, pp. 5-9.

73 Luis Prieto Sanchís, *Apuntes de Teoría del Derecho*, *op. cit*., p. 244.

74 *Ibíd*.

### 4.3. Teorías eclécticas o intermedias

Este grupo de teorías renueva la discusión en torno al viejo principio *in claris non fit interpretatio*, según el cual se hacía referencia a la ausencia de necesidad de interpretación en normas jurídicas que eran claras, solo que en la actualidad se pone el énfasis no en que algunos casos requieren y otros no interpretación, sino en que a veces la actividad interpretativa es una actividad cognitiva y otras decisional. Es decir, lo que se pone en cuestión es la línea divisoria entre casos claros y casos oscuros. Uno de los principales expositores de este acercamiento es Hart quien por medio de su tesis de la textura abierta de las normas diferencia entre un núcleo de certeza y una zona de penumbra de aplicación de la norma de que se trate. Habrá casos a los cuales sea aplicable una determinada norma con un significado específico, ya sea porque una vez seleccionado el significado resulte claro que constituye el significado central de la disposición o porque el supuesto de hecho está incluido en el ámbito de aplicación de la norma. Así mismo, habrá casos en los que ninguno de estos dos supuestos se verifique, que sea controvertible cuál es el significado principal y que se dude de que el supuesto de hecho esté incluido en el ámbito de aplicación de la norma,[75] caso este último, en el que necesariamente se recurrirá a una decisión e inclusive creación del derecho.

## 5. La interpretación constitucional

En primer lugar hay que tomar en cuenta, como sostiene Pérez Luño, que la norma constitucional tiene sus peculiaridades, además de su estructura abierta, así, la presencia del catálogo de derechos de las personas que no solo recogen su dimensión individual sino también social y colectiva; la pérdida de importancia de la división entre parte orgánica y dogmática precisamente por la presencia de derechos humanos como sustanciales de la Constitución y sobre todo de aquellos que exigen alguna acción más directa del Estado que hacen inconcebible la Constitución sin la interdependencia de la parte dogmática y orgánica.[76]

75 *Ibíd*., pp. 247-248.

76 Pérez Luño, Antonio. "La interpretación de la Constitución". *Revista de las Cortes Generales* (España) Primer cuatrimestre, 1984, pp. 86-87.

En este contexto, la interpretación de la Constitución tiene un doble empeño, reivindicar un carácter normativo predominante de la Constitución frente a quienes consideran que es principalmente político,[77] y resolver casos o problemas específicos.[78]

Pérez Luño distingue dos grupos de posturas metódicas que guían la interpretación: formales y materiales; las primeras mantienen los elementos propios del positivismo formalista, sus criterios principales son: gramaticales, lógicos, históricos y sistemáticos. El principal defensor de estas tesis es Forsthoff quien considera que el objeto de la interpretación, la Constitución, está configurada de categorías formales y si se le reemplaza por consideraciones materiales, se abandonaría el derecho, para situarse en la filosofía. La principal crítica a estas posturas sostiene que la subsunción como aplicación derivada de este método es insuficiente porque no es permeable a las condiciones económico-sociales que gravitan sobre la actividad del juez.

Por otro lado, tenemos las posiciones materiales[79] que vinculan a la Constitución al sistema de valores que la informan, estos no pueden ser

---

77 Lasalle, Ferdinand. *¿Qué es una Constitución?* Barcelona, Ariel, 1976; Lozano, Mario. *Los grandes debates jurídicos*. Madrid, Debate, 1982.

78 Hesse basa este razonamiento en la necesidad de la mutua relación de dependencia entre la Constitución jurídica y la realidad política y social. En este tenor, Konrad Hesse ofrece una interesante respuesta con la denominada "fuerza normativa de la Constitución" criticando fuertemente las concepciones que ven en la Constitución nada más que la tarea de "constatar y comentar ininterrumpidamente los hechos producidos por la realidad política". Para Hesse la fuerza normativa de la Constitución está a medio camino entre realidad y deber ser, y está dirigida a ordenar y conformar la realidad social y política. Dice Hesse: "La constitución jurídica viene condicionada por la realidad histórica. La Constitución no puede ignorar las circunstancias concretas de una época, de forma que su pretensión de vigencia solo puede realizarse cuando toma en cuenta dichas circunstancias. Pero la constitución jurídica no es solo expresión de la realidad de cada momento. Gracias a su carácter normativo ordena y conforma a su vez la realidad social y política. De esta coordinación correlativa entre ser y deber ser se derivan las *posibilidades* y, al mismo tiempo, los límites de la fuerza normativa de una Constitución". Hesse, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, pp. 57-78.

79 Para poder establecer sus características en primer lugar debemos aclarar qué entendemos por constitución material, en general se distinguen varios sentidos de constitución material, desde una perspectiva sociológica, la materialidad al funcionamiento real de las instituciones constitucionales; desde un punto de vista político se refiere a las decisiones políticas fundamentales que están en la base de una comunidad; y, desde el punto de vista axiológico, se refiere al conjunto de valores que fundamentan el orden jurídico específico del que se trata. Véase Antonio Pérez Luño, *op. cit*., p. 116.

valores alternativos a los que fundamentan la Constitución escrita, bajo el riesgo de caer en la *juditial discretion* que haría la interpretación constitucional arbitraria.

Dependiendo de la noción que se tenga del derecho dependerá también la teoría de la interpretación a la cual se adscriba el lector, así si se considera que el derecho es estático se atenderá a una interpretación de carácter originalista que promueve la fidelidad al texto de la Constitución, por otro lado, si más bien se considera que el derecho depende de las condiciones económicas, sociales, culturales y en esa medida cambia, es dinámico para ser adaptado a las condiciones actuales a las que debe aplicarse, entonces la interpretación de la Constitución será evolutiva, es decir, considerará las circunstancias sociales y políticas mediante la formulación de subreglas constitucionales que concreten y adapten la disposición a la situación del caso en concreto.

Si se considera que el derecho tiende al universalismo jurídico, es decir, no acepta particularizaciones sino que debe ser entendido y aplicado de una sola forma, la interpretación se sustentará en la aplicación estricta de los principios de legalidad e igualdad, aplicando uniformemente las normas. Del otro lado está el particularismo jurídico, en cuyo caso la interpretación buscará la solución aplicable a cada caso.

También una última dimensión tiene que ver con el papel del juez, si se considera que el juez carece de legitimidad democrática, solo podrá interpretar normas dadas por el poder legislativo en casos extremos. Por otro lado está el activismo judicial que se basa en la aceptación del deber primordial del juez como protector de derechos constitucionales que favorece entonces la libre creación del derecho.

La interpretación sistemática parte de la consideración de que las normas constitucionales guardan entre sí coherencia, conformando una unidad orgánica y finalista; en ese sentido aunque pueda dirigirse solo a una norma en particular nunca puede ser considerado de forma aislada sino en su conjunto con todo el sistema constitucional.[80] Sin embargo, no es un retorno al formalismo por medio de la mera referencia lógica o silogística, sino también toma en consideración elementos históricos y políticos en los que la Constitución rige.[81]

80 *Ibíd*., pp. 118-119.
81 *Ibíd*., p. 118.

La interpretación denominada evolutiva suele abandonar como objeto de interpretación el texto o documento formal para tomar en cuenta cómo se entiende o aplica el contenido constitucional. En ese sentido, la norma es el producto, no el objeto de interpretación, la interpretación entonces está a medio camino entre la normativa y el contexto político-social.[82]

Y por último cabe mencionar también el acercamiento hermenéutico que supone un proceso de "comprensión de sentido, en el que no tan solo juegan un papel relevante la conexión del texto, asumido como un todo, con las palabras o partes que lo integran […], sino que el propio intérprete, con sus conocimientos, desempeña un papel decisivo".[83] En este orden de ideas, el intérprete de la Constitución desarrolla un papel o rol mediador entre el texto normativo promulgado en el pasado y la situación presente, estableciendo una continuidad pues el intérprete parte de un conocimiento, prejuicio o precomprensión influenciada por su situación histórica. Esta precomprensión del intérprete está contenida en su fundamentación teórico-constitucional.

Habermas y Apel identifican algunas limitaciones en esta forma de hermenéutica, básicamente porque creen que el lenguaje puede ser un instrumento de dominio y poder social, el ideal sería entonces alcanzar la verdad mediante un consenso obtenido del diálogo libre de presión y dominio.

Por su parte, Konrad Hesse también desarrolla lo que podría denominarse su propio método de interpretación-aplicación constitucional: la concretización, según el autor alemán después de comprender la norma esta debe concretarse. Esto supone dos elementos de análisis: la norma y el caso concreto al que se aplicará. El intérprete al enfrentarse a la norma pasa por varios momentos, el de precomprensión que al ser una anticipación a la comprensión se basa en el prejuicio, pues ningún juicio parte de la nada, siempre hay una serie de elementos anteriores en el intérprete en los que se basa y que influencian sus decisiones; un segundo momento es la aplicación al caso concreto. Para ello el autor alemán propone la técnica de *la tópica*, entendida como pensamiento problemático del derecho; sugiere que mediante el proceso tópico se deben encontrar y probar

82 *Ibíd*., p. 120.
83 *Ibíd*., p. 103.

puntos de vista que sean sometidos al "juego de opiniones a favor y en contra" lo que permitiría fundamentar la decisión de la manera más clara posible.[84] El procedimiento tópico siempre guiado y orientado por la norma tendrá mayores posibilidades de llegar a resultados "sólidos, racionales, explicables y controlables".[85]

El problema de este acercamiento, según Pérez Luño, es que podría convertir al procedimiento en casuístico de tal manera que quede comprometida la propia normatividad de la Constitución.[86]

### 5.1. Los principios de la interpretación constitucional

Como era de esperarse, existen una serie de principios que se estima son propios de la interpretación constitucional, entre los más importantes tenemos: el de unidad constitucional,[87] el de corrección funcional, el de eficacia, el de fuerza normativa de la Constitución, el de interpretación conforme, entre otros.

La *unidad constitucional*[88] hace referencia a la noción de integralidad del conjunto de normas constitucionales, por tanto, en cualquier norma constitucional se debe buscar la "unidad del sistema del que ha surgido".[89] En el de *corrección funcional* el intérprete debe respetar la distribución de funciones estatales consagradas en la Constitución.[90] La *eficacia* o *efectividad* hace referencia a que la interpretación debe dirigirse hacia las opciones que den mayor efectividad a la eficacia constitucional sin romper su contenido; este principio está relacionado con el *in dubio pro personae* que está encaminado a expandir el sistema de derechos constitucionales, y el principio de *fuerza normativa de la Constitución* desarrollado por Konrad Hesse[91] y ya mencionado en este trabajo.

84 Konrad Hesse, *op. cit.*, pp. 42-45.
85 *Ibíd.*, p. 48.
86 Antonio Pérez Luño, *op. cit.*, p. 101.
87 Konrad Hesse, *op. cit.*, pp. 50 ss.
88 *Ibíd.*
89 Antonio Pérez Luño, *op. cit.*, p. 121.
90 *Ibíd.*, p. 123.
91 Konrad Hesse, *op. cit.*, pp. 50 y ss.

Siendo que la norma constitucional incorpora un "sistema de valores esenciales que ha de constituir el orden de convivencia política y ha de informar todo el ordenamiento jurídico",[92] constituye entonces un criterio hermenéutico para interpretar todas las restantes normas del orden jurídico; en ese sentido, la interpretación de todo el sistema jurídico se debe hacer de conformidad con la Constitución.[93] La interpretación conforme parte de dos presunciones: una subjetiva que supone que el legislador actuó conforme a los límites de la Constitución, y objetiva que supone la constitucionalidad de las normas legales.[94] Este principio tiene otro corolario y es el que una norma no debe ser declarada inconstitucional cuando pueda ser interpretada de conformidad con la Constitución.

### 5.2. El caso ecuatoriano

La interpretación constitucional en Ecuador ha sido por largo tiempo —como sostiene Agustín Grijalva— una tarea encargada al legislador, quien decidía de forma definitiva sobre la constitucionalidad de las leyes; esto empieza a cambiar en 1992 cuando se entrega a los órganos jurisdiccionales la facultad de decidir sobre la constitucionalidad de las leyes.[95] La Constitución de 2008 avanza y dispone que sea la Corte Constitucional la que asuma esta función.

La Constitución ecuatoriana establece en los artículos 429 y 436, numeral 1 que la Corte Constitucional es el máximo intérprete de la Constitución, tal como lo indica Agustín Grijalva, esto no quiere decir que es el único,[96] de hecho, no solo los jueces, sino también las autoridades públicas e incluso los ciudadanos pueden y deben interpretar la Constitución para su aplicación, conforme a la obligación contenida en el artículo 426 de la Constitución, por la cual juezas, jueces, autoridades

92 Antonio Pérez Luño, *op. cit.*, pp. 50 ss.
93 *Ibíd*., p. 125.
94 *Ibíd*., p. 130.
95 Grijalva, Agustín. "Interpretación constitucional, jurisdicción ordinaria y Corte Constitucional". *La nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*. Andrade, Santiago *et al*. Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2009, pp. 269 ss.
96 *Ibíd*., pp. 272 ss.

administrativas, y servidoras y servidores públicos aplicarán directamente las normas constitucionales y las normas internacionales que reconozcan más derechos que las normas constitucionales.

El artículo constitucional 427 recoge los principios y criterios de interpretación constitucional, llama la atención que el primero y más importante de ellos sea una combinación del criterio de literalidad —gramatical— de la norma, con el principio de unidad de la Constitución por medio de lo que denomina "su integralidad". Del texto constitucional podría desprenderse que lo denominado "tenor literal" es el límite de la interpretación, incluso, la referencia a la integralidad solo es posible en los límites de la interpretación literal. La norma constitucional pudo haber sido mucho más progresista y abandonar la interpretación literal como criterio principal de interpretación.

La segunda parte del artículo 427 también genera preocupación, por un lado, para el caso de dudas, incluye dos criterios que guiarán al intérprete: el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y el respeto a la voluntad del constituyente, nuevamente, la amplitud que pudiera haber tenido el primero se ve limitada por el segundo, la voluntad del constituyente. La voluntad a que hace referencia la norma constitucional supone un criterio subjetivo para la identificación de los métodos de interpretación, esto exige que el intérprete busque o intente "descubrir" cuál fue la voluntad del constituyente como si esto pudiera hacerse de manera rigurosa, pues como se explicó ya, la búsqueda de la intención del constituyente se enfrenta al problema de las fuentes, de donde puede derivarse dicha intención que necesariamente están dados por el texto, y la posibilidad de rastreo. Como Pérez Luño lo hace notar, ni siquiera acudiendo a las actas constitucionales es posible identificar con claridad la voluntad del constituyente.

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional recoge en el artículo 3 algunos principios, reglas y métodos de interpretación constitucional, desafortunadamente el texto no es ordenado y mantiene ciertas imprecisiones de la propia norma constitucional, con fines didácticos intentaremos clasificar estas normas según se trate de principios, métodos, escuelas o reglas.

En cuanto a los principios, pareciera que la disposición legal divide entre principios a ser utilizados cuando se trate de interpretación de

normas constitucionales, y aquellos que han de funcionar tanto para la interpretación de normas constitucionales como infraconstitucionales en casos sometidos a la justicia constitucional.

Tratándose de la interpretación de normas constitucionales, el texto legal señala que se interpretarán en el "sentido que más se ajuste a la Constitución en su integralidad, en caso de duda, se interpretará en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos reconocidos en la Constitución y que mejor respete la voluntad del constituyente".[97] Vale la pena referirse a la expresión "en caso de duda", como se ve el principio a seguirse es el de integralidad de la Constitución, ahora la duda solo sería posible cuando de esa interpretación acorde a la integralidad de la Constitución surgieran varios posibles significados válidos, lo que ocasionaría una duda de qué significado es el más adecuado; ante esa situación la ley le ofrece al intérprete una solución, que es la de que debe inclinarse por la interpretación —de las posibles, acorde a la integralidad— que más se ajuste a la protección de los derechos y la voluntad del constituyente. El "y" es conjuntivo, es decir, la interpretación de la que se trate tiene que cumplir con las dos condiciones, ser la que más proteja los derechos y que respete la voluntad del constituyente. Esto en última instancia significa que si existiese una interpretación que es más protectora de derechos constitucionales, pero respeta menos la voluntad del constituyente, no sería la llamada a considerarse como interpretación final y premisa mayor de la aplicación.

Si consideramos la redacción del siguiente inciso surge otra cuestión, a qué situaciones específicas de la jurisdicción constitucional se refiere este primer inciso, pues, el segundo inciso concretamente dice que entrarán en juego ciertos principios, reglas y métodos frente a causas que les sean sometidas, parecería entonces que este primer inciso se estuviera refiriendo a una interpretación en abstracto, pero esto carecería de lógica, pues ¿qué sentido tiene para la jurisdicción constitucional interpretar una norma sin el objeto de aplicarla a un caso? Entonces, la distinción con el segundo inciso no se encuentra en la concreción o el objeto de aplicarla sino en otro punto.

Ese punto parece ser que se refiere a la concurrencia en los casos sometidos a la jurisdicción constitucional tanto de normas constitucionales y

97 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, artículo 3.

de normas ordinarias, en cuyo caso cabrían los principios, métodos y reglas allí enunciados. La ley prevé en este sentido varios escenarios:

a) La solución de antinomias, recogido en el numeral 1 y 2 del artículo 3. El numeral 1 establece que se aplicarán los criterios de competencia, jerarquía, especialidad y temporalidad, ahora bien, la ley en ningún momento se refiere a que el conflicto sea solo de reglas o también involucre principios. Parece entonces, como ya habíamos dicho, que procederían en todos los casos, a menos que se trate de un conflicto entre principios, derechos o valores en un caso concreto, en dicha situación entrarían a operar los numerales 2 y 3 del artículo 3 que establece el juicio de ponderación, siendo una colisión de principios, se deberá en cada caso concreto determinar el peso relativo jerárquico de uno de los principios o las normas en conflicto, para eso se utilizará el juicio de proporcionalidad y, posteriormente, verificar si la medida de intromisión en uno de los principios, el que podría ser derrotado es justificada o no, se plantean entonces algunos pasos: la idoneidad, la necesidad y el equilibrio entre protección y restricción.
b) Métodos a ser utilizados, como ya se explicó con anterioridad la constatación de una antinomia o de una laguna es el producto de la interpretación, en ese sentido, antes de constatar un conflicto entre normas habremos ya utilizado la interpretación. Precisamente a ese caso se refieren los numerales 4, 5, 6, 7 y 8 del artículo 3 de la ley, que son métodos de interpretación válida: sistemática, teleológica, literal y evolutiva, mención especial merece este último, antes que un método es un principio, una opción por una de las formas en que puede ser interpretado el derecho, entre la forma evolutiva o estática.

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en el capítulo III, del título V, parece darle una nueva atribución a la Corte Constitucional mediante la llamada acción de interpretación. Los artículos 154 y siguientes de la ley establecen como objeto de esta acción las normas de la parte orgánica de la Constitución, la finalidad sería determinar el alcance de dichas normas siempre y cuando no exista una ley que desarrolle el objeto de interpretación. Sin embargo, esto convertiría a la Corte en un ente consultivo, cuando dicha labor no es la más importante dentro del control constitucional; es más puede operar en

sentido contrario a la propia legitimación de la Corte, pues, si eventualmente la Corte emite un criterio por acción de interpretación —que constituye siempre un ejercicio abstracto— y posteriormente se le vuelve a plantear una situación similar en un hecho concreto, la Corte podría verse obligada a abandonar su propio precedente.

## 6. A manera de conclusión

Una cuestión que no puede dejar de ser resaltada es la desvinculación que la mayoría de abordajes desde el derecho presentan, entre la interpretación constitucional y teoría hermenéutica, esto ha generado una serie de lugares comunes, muchos de ellos en franca contradicción con los avances doctrinarios a nivel internacional, un ejemplo de lo dicho constituye la creencia, bastante popularizada, de que la ponderación sustituye como método a toda la tradición hermenéutica desarrollada en la filosofía y en el derecho. Llegando a afirmar que constituye el único método válido de interpretar normas constitucionales. O, de otra parte, la supuesta eliminación del escenario jurídico constitucional de la subsunción como forma de aplicación del derecho sin que además se presente una alternativa a dicha supresión.

De la misma manera se puede observar cierto desprecio hacia las reglas, sean estas constitucionales o legales, como si la introducción de principios y valores en la Constitución significaran un "la ley ha muerto" a favor de la "interpretación del juez". O por último, el papel del juez que suele ser defendido como el más auténtico promotor de los derechos humanos, sin considerar varios de los elementos que presionan sobre su decisión y generan la denominada "brecha interpretativa" o francamente un actuar del juez como un sujeto estratégico e incluso político.

Lo que ha cambiado radicalmente, desde hace ya algún tiempo, es el sistema de validez del ordenamiento jurídico, ya no solo es válida la norma que sea dictada en la forma y con el procedimiento establecido en la propia ley, sino también los fines que ella debe procurar y guardar, dichos fines son aquellos considerados fundamentales para el ser humano cuya fundamentación se encuentra en su dignidad.

La hermenéutica como método tiene una larga trayectoria en la historia del pensamiento occidental y no se debe olvidar los largos y acalorados

debates que han tomado lugar en ella, para situar el contexto, el sujeto que crea el texto, el sujeto que interpreta el texto y la interacción entre ellos, esos mismos presupuestos están en el derecho, aunque no siempre se los evidencia como debiera.

Los desarrollos de la hermenéutica en el derecho, en los últimos años, reconocen por fin algo que desde hace mucho es evidente en la filosofía: que el derecho no puede aplicarse sin antes interpretarse, que nunca fue cierta la idea de que el juez no interpreta sino solo aplica, de hecho, incluso cuando la norma es "clara" el juez la interpreta, el avance sustancial se da en ese reconocimiento del papel del juez como intérprete y como tal situado económica, social y culturalmente.

Ahora bien, antes que enfocar la mayoría de discusiones entre el juez "boca de la ley" y el juez intérprete, lo que se debe profundizar es en el debate abierto respecto de cómo el juez realiza su función hermenéutica, alejados de mitos que "endiosen" al juez, bajo la pretendida "corrección" de la "técnica" interpretativa y argumentativa, que idealiza el razonamiento jurídico, como algo distinto del discurso político y ético. Por eso, se hace un llamado urgente a la reflexión del derecho, principalmente del ejercicio del derecho a los ojos de la filosofía.

## 7. **Bibliografía**

Alexy, Robert. *El concepto y la validez del Derecho*. Barcelona, Gedisa Editorial, 2004.

_____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

Barberis, Mauro. "Reglas y lenguaje. Primeros elementos para una crítica del prescriptivismo". *Análisis y Derecho*. Comp. Paolo Comanducci. México, Distribuciones Fontamara, 2004.

Bauman, Zygmunt. *La hermenéutica y las ciencias sociales*. Buenos Aires, Ediciones Nueva Visión, 2002.

Bernuz, María José. *François Geny y el Derecho. La lucha contra el método exegético*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006.

Cabra, José Manuel. *Argumentación jurídica y racionalidad en A. Aarnio*. Madrid, Dykinson, 2000.

Da Silva, Nelly Alflen. *Hermenéutica jurídica y concreción judicial*. Bogotá, Editorial Temis, 2006.

Grijalva, Agustín. "Interpretación constitucional, jurisdicción ordinaria y Corte Constitucional". *La nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*. Andrade, Santiago *et al*. Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2009.

Guastini, Riccardo. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Madrid, IIJ/UNAM, Mínima Trotta, 2008.

Hart, Herbert. *El concepto del Derecho*. Buenos Aires, Alfredo Perrot, 1998.

Hesse, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

Larenz, Karl. *Metodología de la ciencia del derecho*. Barcelona, Ariel, 1980.

Lasalle, Ferdinand. *¿Qué es una Constitución?* Barcelona, Ariel, 1976.

Lozano, Mario. *Los grandes debates jurídicos*. Madrid, Debate, 1982.

Martínez Roldán, Luis y Jesús Fernández Suárez. *Curso de Teoría del Derecho y Metodología Jurídica*. Barcelona, Editorial Ariel, 1994.

Monroy Cabra, Marco. *Introducción al Derecho*. Bogotá, Temis, 1994.

Navarro, Pablo y Jorge Rodríguez. "Derrotabilidad y sistematización de normas jurídicas". *Isonomía*, 13 (octubre 2000).

Nino, Carlos. *Introducción al análisis del Derecho*. Buenos Aires, Editorial Astrea, 2007.

Pérez Luño, Antonio. "La interpretación de la Constitución". *Revista de las Cortes Generales*, 1. Primer cuatrimestre, 1984.

Prieto Sanchís, Luis. *Apuntes de Teoría del Derecho*. Madrid, Trotta, 2007.

_____. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid, Editorial Trotta, 2003.

Sánchez Jaime, Tomás. "La hermenéutica en la tradición filosófica occidental". Actualmente en edición (artículo inédito publicado con el permiso del autor).

Savigny, Friedrich Karl von. *Metodología jurídica*. Buenos Aires, Valletta Ediciones, 2004.

Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Madrid, Editorial Trotta, 1995.

# Sobre la dimensión argumentativa del derecho*

Alí Lozada Prado**

## 1. Introducción

Durante los años treinta del siglo XX, Groucho y Chico, dos de los célebres hermanos Marx produjeron una serie cómica transmitida por una radio de Nueva York y ambientada en el marco de un despacho jurídico, en el que Groucho era el abogado y Chico, su asistente. En uno de los episodios, sin embargo, Groucho se convierte en juez, y como tal debe conducir una audiencia en la que Chico actúa como abogado defensor del señor Plunkett, un político acusado de soborno por el Fiscal del Distrito. En un pasaje del libreto, Chico procede a interrogar a su cliente:

CHICO: […] ¿Cuántos años tiene?
PLUNKETT: Cuarenta y cinco.
CHICO: Oiga, juez, me opongo.
GROUCHO: ¿Qué se opone a la respuesta de su propio testigo? ¿Por qué motivo?
CHICO: No sé. Ha sido lo único que se me ha ocurrido.
GROUCHO: Objeción aceptada.

* El autor agradece a Manuel Atienza por haberle orientado, con su magisterio de varios años, al descubrimiento y exploración de la dimensión argumentativa del derecho. Y a Catherine Ricaurte, por la revisión del presente trabajo y sus comentarios, auténticas claves para evitar múltiples erratas y errores, aunque de las que todavía existan, el autor es el único responsable.
** Profesor externo de teoría del derecho y argumentación jurídica, Universidad de Alicante.

FISCAL DEL DISTRITO: Su señoría, ¿en qué se basa para aceptar la objeción?

GROUCHO: Tampoco a mí se me ocurre otra cosa que decir […][1]

¿Por qué provocan risa los comportamientos de Chico y Groucho? En mi opinión, porque ambos discurren de modo *absurdo* e *inopinado*, y —como afirman algunos psicólogos— uno de los desencadenantes de la risa es el sin sentido intempestivo: en este caso, la toma de ciertas decisiones (la oposición de Chico y la aceptación de esta por parte de Groucho) con el expreso reconocimiento de que ellas carecen de razón alguna. En efecto, *decidir y afirmar que se carece de razones para ello* constituye un comportamiento *absurdo* e *inopinado*, y debido a eso, en determinados contextos, puede provocarnos risa. Pero en otros contextos, podría generarnos indignación.

Lo segundo se aprecia, por ejemplo, en las palabras nacidas de la pluma de Eugenio Espejo cuando, encontrándose preso y kafkianamente atribulado, se dirige al entonces presidente de la Real Audiencia de Quito, Juan de Villalengua para decirle:

> El aparato ignominioso con que se me arrestó en claro día; las circunstancias que acompañaron á mi prisión; los grillos, secuestro de todo papel, y finalmente todo el estrépito que se puede usar con un facineroso, dieron á Riobamba, Ambato, Latacunga y Quito la idea de que yo era un reo de Estado y de que como á tal se me venía á ejecutar. A mí solo me ministraron la triste consideración del enojo de V. S., y de lo que puede la malignidad cuando pone en uso sus más crueles arbitrios; pues alcanzó á irritar el suavísimo corazón de V.S.[2]

Como se observa, aquí Espejo denuncia, muy expresivamente, la inexistencia de razones encaminadas a justificar su prisión.

Tanto la indignación de Espejo como la comicidad de los hermanos Marx presuponen algo que asumimos como cimiento de la arquitectura jurídica: la necesidad de fundamentación de acciones y decisiones.

En uno de sus célebres ensayos,[3] Norberto Bobbio se planteó la pregunta de cómo se vincularían el *Derecho* y la *razón*. Y sostuvo que, en

1 Barson, Michael, ed. *Groucho & Chico, abogados*. Barcelona, Fábula Tusquets, 2006, p. 248.
2 Carta de Eugenio Espejo, fechada 27 octubre 1787.
3 Bobbio, Norberto. "Reason in Law". *Ratio Juris*, 2, pp. 97-108.

términos gruesos, podrían distinguirse dos formas de relación entre ambos términos, según se adopte como sustantivo y —correlativamente— como adjetivo cada uno de ellos. Es decir, por un lado, puede hablarse de "Derecho racional" y, por otro, de "razón(amiento) jurídica(o)". De acuerdo con el autor italiano, ambas formas contrastan recíprocamente en esto: respecto de la primera forma cabe plantearse la pregunta de si existe un Derecho racional, mientras que no cabe formular la pregunta de si existe un razonamiento jurídico, dada a la obviedad de su respuesta.

En uno de sus cuentos,[4] Borges nos sugiere la pregunta —a la que Bobbio considera trivial— de si es indispensable el razonamiento jurídico. El escritor nos dibuja un mundo, Babilonia, en el que las decisiones se toman por medio del sorteo, sin razonar; y, en su peculiar estilo literario, nos describe el desenvolvimiento de un mundo así: la vida social y, por tanto, la jurídica, no es más que "un infinito juego de azares". Por ejemplo, como para nadie está permitido razonar, sino que sortear es lo prescrito, si Juan ha matado a un familiar de María, será el azar quien decida (por María) si el delito es denunciado o no por ella, así como el conjunto de sucesos ulteriores: cuál es el juez que va a conocer el caso; si Juan es culpable o inocente; cuál será la pena; si esta es conmutada o no; en caso de que la pena sea de muerte, la forma de ejecución y quién será el verdugo; el que, a su vez, decidirá, si acaso cabe ya el término, "por sorteo", si da o no muerte al condenado. A mi juicio, esta ficción de Borges constituye un magnífico experimento filosófico, apto para mostrar que si extirpáramos de la arquitectura jurídica de nuestras sociedades la necesidad de que las acciones y decisiones cuenten con justificación (al menos, pretendidamente) racional, el mundo que obtendríamos sería cualquier cosa menos inteligible y, por tanto, reconocible para nosotros, los humanos.

En las líneas precedentes he buscado mostrar, a nivel intuitivo, en qué consiste y cuál es la importancia de la *dimensión argumentativa del derecho*. Una constatación, también intuitiva, de esa importancia la hallamos cuando advertimos el ruido que nos produce si leemos, por ejemplo, resoluciones judiciales que ordenan la prisión preventiva de alguien "porque de autos aparece que se encuentran reunidos los presupuestos del artículo

4 Borges, Jorge Luis. "La lotería en Babilonia". *Ficciones*. Buenos Aires, Emecé, 1968.

x del Código de Procedimiento Penal para la expedición de dicha medida cautelar", sin añadir nada más. A diferencia del ejemplo de los hermanos Marx, aquí se aportan razones, pero se trata de una justificación solo aparente, vacua, equivalente a la de dicho ejemplo.

Sin embargo, aunque a la luz de la anterior aproximación intuitiva, justificar las acciones y decisiones pudiera parecer (y en cierto modo lo sea) una exigencia obvia de nuestras prácticas jurídicas, dicha aproximación intuitiva es muy insuficiente; por lo que es preciso profundizar el examen de los temas en cuestión. En efecto, volviendo a la Babilonia de Borges, este nos dice que allí "nadie había ensayado […] una teoría general de los juegos. El babilonio no es especulativo". ¿Por qué, en cambio, por lo menos desde Aristóteles, se conocen varias teorías de la argumentación? Ello se debe —me parece— a que si el sorteo determinara todas mis acciones y decisiones, cualquier reflexión (especulación) en torno al porqué de ellas carece completamente de sentido; estrictamente hablando, ni siquiera podría decirse que soy un actor o decisor, pues no tendría más entidad que la de ser una marioneta del azar. En cambio, si me veo como alguien que actúa y decide a partir de unas razones, es posible y en cierto sentido necesario ser "especulativo", es decir, capaz de reflexionar e incluso de teorizar sobre las indicadas razones, así como sobre las razones de esas razones.

Pues bien, a fin de profundizar la reflexión en torno a la justificación jurídica, en las páginas que vienen me propongo (i) explorar con algún detenimiento qué es la ya mencionada dimensión argumentativa del Derecho, para seguidamente ocuparme de (ii) algunos aspectos comunes, si no a todos, a la mayoría de tipos de argumentación jurídica; y finalizaré (iii) denunciando a los que, en mi opinión, deben considerarse "enemigos" de la argumentación jurídica.

## 2. ¿Qué es la dimensión argumentativa del derecho?

### 2.1. El derecho como práctica social: postpositivismo o constitucionalismo

En nuestros países (hispanoamericanos), a lo largo de la carrera de derecho, los estudiantes suelen tener una experiencia recurrente: ya se trate de

Introducción al Derecho o de materias dogmáticas (Derecho Civil, Penal, Laboral, etc.), las primeras clases inexorablemente están dedicadas a definir al Derecho en general o a la rama del derecho de que se trate como "un conjunto de normas que…" Al respecto, podemos preguntarnos si eso es efectivamente así. La respuesta no es sencilla, principalmente porque al término "norma" suele asignarse, en el lenguaje de los juristas, significados distintos. Es preciso, pues, desbrozar mínimamente la ambigüedad de ese término.

Hans Kelsen[5] formuló la distinción entre la "norma" entendida como el sentido específico de un acto intencionalmente dirigido hacia el comportamiento de otro, y dicho "acto" en sí mismo considerado. No obstante, estos "actos" prescriptivos dictados por una autoridad, dependiendo del contexto en que nos hallemos, también solemos llamarlos "norma". Es decir, en el derecho podemos distinguir, para empezar, entre un primer sentido de norma (normas A) que consiste en un *acto prescriptivo*, es decir, encaminado a guiar la conducta de otro sujeto; y un segundo sentido (normas B) alusivo al *significado*, es decir, al *contenido proposicional* del acto prescriptivo correspondiente.

Veámoslo con más claridad. Los siguientes enunciados son ejemplos de cómo suelen manifestarse algunos actos prescriptivos (es decir, normas A) en Ecuador:

- "REPÚBLICA DEL ECUADOR.-ASAMBLEA NACIONAL.-EL PLENO […] *expide* la siguiente Ley *X*: […]"
- "NN, PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA […] *decreta*: […]"
- "CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA DE LO LABORAL. […] En nombre del pueblo soberano del Ecuador, y por autoridad de la Constitución y las leyes *acepta la demanda* […]" (énfasis añadido).

Como se aprecia, aquí tenemos tres ejemplos de normas A que, respectivamente, consisten en los actos prescriptivos de *expedir una ley*, *emitir un decreto ejecutivo* y *aceptar una demanda* (mediante sentencia). Tales actos tienen sentido y referencia, es decir, entrañan un significado relativo

5 Kelsen, Hans. *Teoría pura del Derecho* (1960; trad. R. J. Vernengo). México, Porrúa, 2003.

a cómo ha de comportarse su destinatario. En tal significado consiste, como vimos, las normas B (es decir, el sentido de "norma" que adopta Kelsen y que consiste en una *proposición normativa*).

Este sentido de "norma" no debe confundirse con una tercera acepción (las normas C), en cuya virtud, norma es todo *texto* en el que se registra el contenido de un acto prescriptivo.

La distinción entre normas B y normas C es tan importante como sencilla. Cuando *citamos una norma*, por mencionar un ejemplo, nos estamos refiriendo a este último sentido: generalmente lo hacemos aludiendo o transcribiendo el texto de un artículo, inciso o, en general, una *disposición normativa*. El contenido de esta, en cambio, consistente en una *proposición normativa*, corresponde a las norma B. Así, varias disposiciones normativas pueden contener una misma proposición normativa; por ejemplo, el artículo 66, apartado 1, de la Constitución ("Se reconoce y garantizará a las personas: 1. El derecho a la inviolabilidad de la vida") y el artículo 449 del Código Penal ("El homicidio cometido con intención de dar la muerte, pero sin ninguna de las circunstancias detalladas en el artículo siguiente, es homicidio simple y será reprimido con reclusión mayor de ocho a doce años") contendrían —entre otras— la proposición normativa, "está prohibido matar a otro ser humano". Y, a la inversa, una determinada disposición normativa puede entrañar diversas proposiciones normativas; tal cosa ocurriría en el caso del artículo 66, apartado 8, de la Constitución, "[s]e reconoce y garantiza a las personas: […] El derecho a opinar y expresar su pensamiento libremente y en todas sus formas y manifestaciones", del que podrían extraerse, cuando menos, tres proposiciones normativas: "toda persona es libre de expresar su pensamiento", "está prohibido impedir la libre expresión del pensamiento de las personas", y "es obligatorio para el Estado promover la libre expresión del pensamiento de los ciudadanos".

Ahora bien, según centremos nuestra visión del derecho en uno de los tres mencionados sentidos de "norma", adoptaremos respectivamente una determinada concepción del fenómeno jurídico. Si conceptuamos como norma —única o preeminentemente— los *actos prescriptivos* (normas A), tenderemos a adoptar una imagen *imperativista* del derecho, en la que este asome primordialmente como un conjunto de imperativos: ¡expídese!, ¡absuélvese!, etc.; la metáfora correspondiente sería la de las

relaciones castrenses, donde el comportamiento jurídico tiene como pilares las ideas de *orden de autoridad* y de *exclusión deliberativa* de los destinatarios. No ocurrirá lo mismo si nuestra conceptualización de norma se centra en el concepto de *disposición normativa* (normas C), pues en tal caso, nuestra actitud se inclinará hacia el *formalismo*, ya que veremos, en el primer plano del cuadro jurídico, al producto de un agregado de textos autoritativos, imagen que se correspondería, metafóricamente, con la idea de una base de datos de legislación vigente. Pero si el foco de nuestra concepción del derecho se sitúa en la acepción de norma como *proposición normativa* (normas B), como lo hace Kelsen, asumiremos una visión (positivista) *normativista* del fenómeno jurídico, cuya metáfora correspondiente podría ser la de un *sistema lógico* integrado por un universo de proposiciones normativas *idealmente* coherentes entre sí y suficientes para solucionar todos los casos para el derecho.[6]

Llegados a este punto, cabe preguntarse, ¿qué visión del fenómeno jurídico está detrás de las definiciones del derecho y sus ramas como "conjunto de normas que regulan…"? Es claro que no se trata de una visión imperativista, ya que tanto los manuales como los profesores buscan enseñar algo más que la existencia de autoridades y de actos prescriptivos producidos por ellas. ¿Cómo ven el derecho, entonces, los manuales y los profesores de derecho? Es frecuente —con razón— atribuir a los manuales al uso la concepción normativista del derecho. Cuando se dice, por ejemplo y muy simplificadamente, que el derecho Tributario estudia el conjunto de normas que regulan las relaciones entre la Administración Tributaria y los contribuyentes, parece claro que por "normas" se está entendiendo algo más que meras *disposiciones normativas*, y lo que interesa al autor del manual son las *proposiciones normativas* que tales disposiciones contienen. Algo semejante podría decirse también, en general, de los profesores de derecho. Sin embargo, en Hispanoamérica no es infrecuente hallar profesores que, enmarcados en la tradición *formalista* conciben y enseñan el derecho como un simple agregado de disposiciones normativas, es decir, de textos promulgados por las autoridades jurídicas.

6 Algo cercano, aunque no necesariamente idéntico a la concepción del derecho de Alchurrón y Bulygin [Alchourrón, Carlos y Bulugin, Eugenio. *Normative Systems*. Springer Verlag, Wien-New York, 1972].

De la consideración de los mencionados tres conceptos de norma (como actos prescriptivos, proposiciones normativas y disposiciones normativas), podemos vislumbrar ciertos elementos sobresalientes que conciernen a la argumentación jurídica. Aquí nos referiremos, señaladamente, a la relación que hay entre una disposición normativa y una proposición normativa. Entre las dos existe una relación *interpretativa*, es decir, la segunda constituye el significado de la primera. Dicho de otra manera, solo es posible obtener proposiciones normativas si —*lato sensu*— ha precedido la interpretación de una o varias disposiciones normativas. Como es obvio, considerada la práctica jurídica en su conjunto, no interesa cualquier interpretación, sino la interpretación correcta; lo que obliga a justificar (es decir, a *argumentar* a favor de) las interpretaciones que se pretenden válidas. En suma, el tránsito de una disposición normativa a una proposición normativa consiste en un ejercicio argumentativo.

Sin embargo, puede identificarse, todavía, un cuarto sentido de norma (normas D), vinculado a los otros tres. Este fue introducido en 1961 por Hebert Hart[7] y, más adelante, desarrollado por el grueso de los principales filósofos del derecho contemporáneos, tales como Ronald Dworkin, Carlos Nino, Robert Alexy, Manuel Atienza, Juan Ruiz Manero, Juan Carlos Bayón, Neil MacCormick, entre otros. Se trata de entender la norma como *práctica social*, o sea, como una regularidad de conductas y actitudes en el marco de un grupo social, cuya violación por parte de un individuo motiva el reproche de los demás participantes en la práctica. El referido desarrollo de esta visión del derecho ha conducido a una concepción *postpositivista* o *constitucionalista* del derecho; a la que correspondería la metáfora de un ecosistema, en el que operan interactivamente sujetos en el marco de una totalidad.

Nino[8] describió tal ecosistema, anotando que en toda comunidad con cierto grado de complejidad aparece una institución o práctica social caracterizada por la existencia e interrelación de los siguientes tipos de discursos:

7 Hart, Herber L. *El concepto de Derecho* (1961; trad. G. Carrió). Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2004.

8 Nino, Carlos S. *La validez del Derecho*. Buenos Aires, Astrea, 2000, pp. 2 ss.

- El "discurso prescriptivo *L* del legislador", en el que se origina la práctica, y que surge por "el hecho de que cierto individuo o cierto grupo de individuos que tienen el cuasi monopolio de la coacción en esa sociedad, formulan ciertos juicios, que podemos llamar *'L'*, acerca de cómo deben comportarse los otros miembros de ella".
- El "discurso valorativo-jurídico *J* de los jueces y de ciertos súbditos", para quienes, la *formulación* de los juicios *L* constituye un hecho que es relevante para las razones morales encaminadas a la formulación de juicios, "que podemos denominar *'J'*, sobre lo que un cierto individuo debe hacer en una ocasión particular, incluyendo juicios acerca de la ejecución o no ejecución de un cierto acto por quienes manejan ese aparato coactivo".
- "El discurso prudencial *S* de otros súbditos". Para ellos, "[t]anto el hecho de la formulación de los juicios *L*, como el hecho de que dicha formulación sirve de razón para formular juicios *J*, son relevantes para [sus] razones prudenciales (basadas en el temor a los efectos de los actos apoyados en esos juicios) […], razones que determinan la formulación de juicios, que pueden denominarse *'S'*, acerca de la […] conveniencia de cierto comportamiento o abstención".
- "[E]l discurso valorativo irrestricto *P* de legos y teóricos", que sustenta juicios que pueden llamarse *"P"* acerca de "cómo deberían ser los juicios *L* para adaptarse a ciertos ideales o principios de justicia".
- "[E]l discurso valorativo-dogmático *D* […] que toma las determinaciones legislativas como datos que condicionan los principios valorativos de los que se pueden inferir nuevas soluciones", y que justifican una clase de juicios, "que podemos denominar *'D'*, acerca de cómo deberían ser los juicios *J*, para aproximarse lo más posible a esos ideales, dado el hecho de la formulación de ciertos juicios *L*".
- Finalmente, "el discurso puramente descriptivo *T* de los teóricos", llamado a "formular juicios, que pueden denominarse *'T'* acerca de las conexiones causales que tiene el hecho de la formulación de todos los juicios anteriores con otros hechos de tipo social, económico, biológico, etc.".

En la práctica jurídica, entonces, interactúan legisladores, jueces, ciudadanos, filósofos morales y políticos, dogmáticos jurídicos y teóricos

sociales. Pero cabe preguntarse, ¿qué lugar ocupan, en este ecosistema, los filósofos y teóricos del derecho? Ellos dan cuenta, como lo hace Nino, del conjunto de la práctica jurídica en sus aspectos más abstractos. (De hecho, el presente artículo corresponde a ese nivel del discurso, el de los teóricos y filósofos del derecho.) Ellos, por tanto, son también parte de la práctica del derecho —aunque muchos no lo hayan asumido o no lo asuman—, pues su discurso incide también en la configuración de la práctica, mediante sus múltiples y constantes interrelaciones con los demás discursos.

Bien, el *postpositivismo* o *constitucionalismo* —de los que tanto se habla hoy; aunque muchas veces, en nuestras latitudes, más que hablar de (o sea, reflexionar sobre) ellos, simplemente se los usa como etiquetas para fines diversos—[9] nos conducen a mirar, al derecho y a sus ramas dogmáticas, como "el conjunto de normas que regulan…". Eso es posible, según hemos dicho, merced a las normas D, es decir, a la conceptualización de "norma" como práctica colectiva. (Por consiguiente, sería deseable que los nuevos manuales y el esfuerzo de los profesores de derecho contemporáneos se orientasen en esa dirección.)

Por otro lado, es desde la perspectiva que hemos llamado postpositivista o constitucionalista que aflora en toda su magnitud la dimensión argumentativa del derecho. Y de eso, precisamente, nos ocuparemos ahora.

### 2.2. Punto de vista argumentativo y perspectiva del participante

Si un extraterrestre (o sea, alguien que desconozca la naturaleza y estructura de nuestras prácticas colectivas) nos visitara, y le mostraran esa praxis que los terrícolas llamamos "Derecho", ¿qué vería?, ¿acaso vería normas? Seguramente las vería, y lo haría como normas A, es decir, observaría que unos sujetos realizan actos prescriptivos en orden a guiar la conducta de otros; con seguridad, también, las vería como normas C, pues constataría que los mencionados actos se registran en composiciones textuales.

9 Una crítica, en este sentido, he realizado en Lozada Prado, Alí. "Javier Tamayo y el constitucionalismo discursivo". *Responsabilidad civil, derecho de seguros y filosofía del derecho. Estudios en homenaje a Javier Tamayo Jaramillo*, tomo II. Coord. Maximiliano Aramburo. Medellín, UPB-IARCE-Diké-PUJ, 2011.

Ambos elementos corresponden al *aspecto externo* de la práctica jurídica. Este aspecto equivale, metafóricamente hablando, al *hardware* de dicha praxis: alude a los *inputs* físicos (acciones humanas) y a los *outputs* sensorialmente observables. Por ejemplo, el extraterrestre advertirá que un grupo de terrícolas, a los que —en conjunto— se designa como "el Legislador", mediante un acto prescriptivo llamado ley (norma A *n.º 1*) ha expresado un contenido que ha sido registrado en el texto (norma C *n.º 1*): "No podrán ser candidatos a una dignidad de elección popular quienes tengan contratos de concesión para la explotación de recursos naturales" (es notoria, pues, la relación de causalidad entre A *n.º 1* y C *n.º 1*). También observará que otro grupo humano, al que llaman "el Tribunal", ha expedido otro acto prescriptivo denominado sentencia (norma A *n.º 2*), cuyo contenido también ha sido registrado en un texto (norma C *n.º 2*), y que dice: "*Se rechaza la candidatura de Juan, titular de la frecuencia de radio…*" (lo que pone en evidencia la relación causal entre A *n.º 2* y C *n.º 2*).

Sin embargo, hasta aquí, el extraterrestre no es capaz de enlazar las normas A *n.º 1* y C *n.º 1*, por un lado, y las normas A *n.º 2* y C *n.º 2*, por otro. Dicho de otro modo, no puede establecer la existencia y naturaleza de la relación entre, por un lado, la expedición de la antes mencionada ley y la consecuente elaboración del documento (oficial) correspondiente, y por otro lado, el rechazo de la candidatura de Juan, y la consiguiente elaboración del documento llamado sentencia. Para el extraterrestre, ambos pares de hechos lucen, hasta aquí, aislados el uno del otro.

Para desvelar la conexión que hay entre ellos, es necesario incorporar el *aspecto interno*[10] de la práctica jurídica, vale decir, metafóricamente hablando, incluir el *software* de aquella. Dicho aspecto se compone de *inputs* y *outputs* abstractos, no apreciables de manera sensorial, a los que podemos llamar "razones". Entre ellas destacan las normas B, es decir, las normas entendidas como *proposiciones normativas*. Por un lado, ellas operan como *razones* provenientes de los textos (normas C) expedidos mediante actos prescriptivos de autoridad (normas A). Y, por otro lado,

10 Una investigación profunda sobre lo que procuro exponer, a la que sigo aquí muy de cerca, está en Nino, Carlos S. "El aspecto interno de la praxis humana". *El constructivismo ético*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989; también del mismo autor *Derecho, moral y política: una revisión de la teoría general del Derecho*. Barcelona, Ariel, 1994.

son los vínculos justificativos que las normas B guardan entre sí, y con otros tipos de razones, el dispositivo que conecta, siguiendo con nuestro ejemplo, la edición del texto "[n]o podrán ser candidatos a una dignidad de elección popular quienes tengan contratos de concesión para la explotación de recursos naturales", con la expedición del texto "[s]e rechaza la candidatura de Juan, titular de la frecuencia de radio…" El tejido de dichos vínculos justificativos, en los que, ni más ni menos, consiste la dimensión argumentativa del derecho podríamos reconstruirlos así:

- De las normas A *n.º 1* y C *n.º 1* se extrae por vía de interpretación la *proposición normativa* (es decir, la norma B) siguiente: "*La candidatura de quien tenga contratos de concesión para la explotación de recursos naturales debe ser rechazada*";
- A esa primera razón se enlaza otra: "Todo concesionario de una frecuencia de radio lo es para la explotación de un recurso natural";
- Se vertebran, a continuación, otras dos razones consistentes en enunciados de hecho (particulares): "Juan es concesionario de una frecuencia de radio" y "Juan ha presentado su candidatura para una dignidad de elección popular";
- Finalmente, se obtiene una conclusión: "la candidatura de Juan debe ser rechazada", la que constituye el fundamento directo de las normas A *n.º 2* y C *n.º 2*.

De esta manera queda construido el "puente" al que nos referíamos. Ese tejido de vínculos justificativos corresponde, precisamente, a las relaciones que Nino dibujaba entre los juicios (*L*, *J*, *S*, etc.) producidos por los distintos discursos ínsitos en la práctica jurídica.

Tendido el puente, la visión del extraterrestre es completa, y ello le permite esclarecer la existencia y naturaleza de la relación entre las normas A *n.º 1* y C *n.º 1*, por un lado, y las normas A *n.º 2* y C *n.º 2*, por otro: las primeras son causa de las segundas.

El caso de nuestro extraterrestre no sería muy distinto del de un romanista. La diferencia entre ambos estribaría en que el primero ve el presente de un determinado derecho, mientras que el otro mira hacia el pasado, hacia la práctica jurídica de la antigua Roma. Pero, en cambio, ambos parten de un mismo y peculiar punto de vista.

En efecto, nótese que los extraterrestres y romanistas no desarrollan discursos ni emiten juicios de tipo *L*, *J*, *S*, *P* o *D*; sino tan solo del tipo *T*. Los juicios tipo *T* responden a la *perspectiva del observador*, y son propios de sociólogos, historiadores, antropólogos, politólogos o psicólogos jurídicos. Como se ha visto, la perspectiva del observador contempla tanto el aspecto externo como el interno de la práctica jurídica, el "puente" del que hablábamos. Sin embargo, la atención al punto de vista interno o argumentativo está circunscrita al carácter *descriptivo* que es consustancial a la perspectiva de todo observador. Para él, toda argumentación es importante, pues busca *describirla*, sin que llegue a plantear siquiera la pregunta sobre la validez de dicha argumentación.

Hay, en cambio, otra forma de acercarse al derecho. Se trata de la *perspectiva del participante*, es decir, de quien juega un rol en el despliegue de la práctica jurídica. Ver el derecho desde la perspectiva del participante difiere, pues, de la que atribuíamos al extraterrestre y al romanista. Los sujetos que de tal perspectiva parten ya no persiguen fines *descriptivos* sino *normativos* o *justificativos*, no contemplan, desde fuera, al derecho como es, sino que operan dentro del derecho proponiendo o decidiendo como este debe ser. Por consiguiente, se comprometen con la praxis, *hacen propias* las normas A, B y, sobre todo, C, pues desempeñan un rol institucional específico (ya sea como legisladores, jueces, abogados, etc.). No son, dicho en otros términos, observadores, sino *operadores jurídicos*. Como salta a la vista, el ángulo del participante de manera privilegiada se centra en el aspecto interno de la práctica jurídica, el que no es otra cosa que la *dimensión argumentativa* de la misma. Diría más: son los participantes, desde sus respectivos roles institucionales, quienes a diario producen aportes al punto de vista interno de la práctica y, en consecuencia, la van construyendo paulatinamente.

En suma, la concepción del derecho como praxis (vale decir, el postpositivismo o constitucionalismo) guarda una conexión ineludible con la argumentación jurídica porque predica, respecto de esa práctica, la existencia de un aspecto externo y de uno interno, constitutivo este último de la dimensión argumentativa de esa praxis; dimensión que logra el primer plano cuando se adopta la perspectiva del participante en aquella práctica. Para un *participante*, las razones importan, por ello las elije y las defiende. Para él, sus acciones y decisiones necesariamente han de ser justificadas, legítimas y válidas.

Podemos, así, ratificar (ahora de manera sistemática) lo que apreciábamos en nuestro previo acercamiento intuitivo a la práctica jurídica, la dimensión argumentativa es un elemento esencial de la arquitectura básica de nuestras prácticas jurídicas; al punto que Manuel Atienza propuso, hace pocos años, toda una concepción del derecho como argumentación.[11] Cualquier teoría del derecho que ignore esto (y no han sido ni son pocas) necesariamente ofrecerá una imagen desfigurada de la praxis. Y, análogamente, todo jurista práctico verá incrementarse (o reducirse) su calidad profesional de manera directamente proporcional a sus competencias argumentativas.

Por otro lado, lo expuesto hasta aquí muestra que la argumentación jurídica tiene carácter contextual. Es decir, ella no es idéntica si el contexto en el que opera es —para hablar en los términos de Nino— el definido por el discurso *L*, el *J*, el *S*, el *P* o el *D*. No serán, por tanto, iguales entre sí la argumentación del juez, la del legislador, la del abogado, la del ciudadano, la del fiscal, la del dogmático jurídico, etc. Hay, sin embargo, elementos que son comunes a todos o a casi todos los discursos que pueblan el derecho. De algunos de ellos nos ocuparemos ahora.

## 3. Algunos elementos cardinales de la argumentación jurídica

### 3.1. Concepto de argumentación jurídica

Atienza[12] conceptualiza la *argumentación* por referencia a los cuatro rasgos esenciales siguientes:

- Argumentar es una forma específica de uso de lenguaje que consiste en *sostener una tesis o pretensión dando razones para ello*.
- Una argumentación *presupone uno o varios problemas o cuestiones* que suscitan, precisamente, la necesidad de ofrecer razones a favor de una tesis determinada.
- El argumentar puede concebirse *como proceso o como producto*. Es decir, como la actividad encaminada a resolver el problema planteado;

11 Atienza, Manuel. *El Derecho como argumentación*. Madrid, Ariel, 2006.
12 *Ibíd*., pp. 72 ss.

o bien, como el resultado de esa actividad, o sea, las premisas, la conclusión y la inferencia que condujo a esta.

- Argumentar es una actividad racional, tanto porque se orienta a un fin determinado (resolver un cierto problema), cuanto porque existen criterios a partir de los cuales una argumentación puede ser evaluada como válida, sólida, convincente, persuasiva, etc.

### 3.2. Argumentación y toma de decisiones

¿Cuál es la diferencia entre, por un lado, un egiptólogo que usa el análisis de ADN para determinar que una cierta momia fue hija de un Rey egipcio y, por otro lado, un perito forense que usa el mismo análisis para determinar que Juan es padre de María, a efectos de resolver acerca de una demanda de alimentos que la segunda fórmula en contra del primero? Simplemente que el egiptólogo contribuye a una empresa puramente *descriptiva* (es decir, *teórica*) encaminada a *fundar* ***creencias*** sobre cómo *fue* el Egipto antiguo; en cambio, la actividad del perito se enmarca en una empresa *normativa* (cabe decir, *práctica*), relativa a cómo *debe ser* el mundo en cuanto a las relaciones entre Juan y María; y, por tanto, a *sustentar* ***decisiones*** que afectan el estatus jurídico de las personas concernidas.

Naturalmente, el derecho tiene carácter *normativo* y, en cuanto empresa colectiva, está orientado hacia la sustentación de decisiones, a las que deberá preceder la correspondiente argumentación. Sin embargo, esta no se compone de tramos exclusivamente *normativos*, sino también de tramos *descriptivos*, es decir, dirigidos inmediatamente a la fundamentación de creencias. De hecho, el perito forense de nuestro ejemplo, solo en último término dirige su actividad hacia una decisión respecto de los derechos y obligaciones entre Juan y María. De manera inmediata, por el contrario, se encamina a formar una creencia en torno a las relaciones genéticas existentes entre ambos, lo que, en el conjunto de la argumentación jurídica, supondrá un tramo descriptivo.

En efecto, tanto para fundar creencias como para sustentar decisiones es preciso argumentar. Si se trata de lo primero, estaremos frente a la argumentación en materia de hechos o fáctica; en tanto que, frente a lo segundo, a la argumentación en materia de derecho. Pues bien, en una

argumentación jurídica, como resulta obvio, esta última es indispensable, mientras que la argumentación en materia de hechos, si bien es necesaria en casi la totalidad de los casos, no lo es en todos; señaladamente, no lo es en los casos donde se abordan problemas "de puro derecho".

Aunque, como decimos, las argumentaciones jurídicas vistas globalmente apuntan a sustentar cierto tipo de decisiones, no deben confundirse las primeras con las segundas. Es decir, que las decisiones jurídicas son cosas cualitativamente diferentes de las argumentaciones en que se sustentan (cuando estas existen).[13] Por ello es afortunada la práctica judicial española en la que, dentro de la parte resolutiva de las sentencias, se afirma, por ejemplo: "*debo condenar* [conclusión de una justificación precedente] y *condeno* [decisión] *a…*".

Sin embargo, la *decisión* debe guardar cierta vinculación lógica con el *enunciado conclusivo último* de la argumentación. Si la decisión es "¡Condeno…!", ha de concluirse (justificadamente) de manera previa que "Debo condenar…". Por tanto, la cuestión de la validez de la decisión "¡Condeno…!" es, de algún modo, equivalente a la pregunta por la validez de la conclusión justificativa "Debo condenar…".

### 3.3. Logicismo y formalismo

Las teorías de la argumentación jurídica, de acuerdo con Atienza,[14] pueden ser clasificadas en *teorías precursoras* y *teorías estándar*. En lo que resta del presente trabajo discurriremos en diálogo con las teorías estándar. Sin embargo, como parece obvio, para fijar un punto de partida es necesario referirse a las teorías precursoras, especialmente, a su carácter crítico respecto de la tradición logicista en materia de razonamiento jurídico.

Las teorías precursoras datan de mediados del siglo XX. Todas ellas buscaban edificar un modelo de razonamiento jurídico, y su actitud común era la de rechazar la lógica como matriz de dicho modelo. En otras palabras, cada una de esas teorías sostenían dos tesis: la primera (común a todas) de carácter negativo, era la de que el razonamiento jurídico no

13 *Ibíd*.

14 Sigo en este tramo de mi exposición a Atienza, Manuel. *Las razones del Derecho* (1991). Lima, Palestra, 2006.

respondía a los estándares de la lógica formal; y, la segunda, de índole positiva, consistía en la defensa de un modelo (diferente al de la lógica, por supuesto) que dé cuenta de la argumentación jurídica: la tópica, la retórica, etc., según el precursor del que se trate.

La teoría de la argumentación jurídica, entonces, surge como reacción a la forma de entender el razonamiento jurídico según el paradigma de la lógica formal. Pero, ¿de dónde viene ese paradigma?, y ¿en qué consiste?

Ese paradigma, históricamente, proviene de dos fuentes: la teorización del derecho acorde con el hecho de la codificación, y los postulados del positivismo lógico.

Como ha señalado Fassò,[15] condición y causa de la *Escuela de la exégesis* fue el hecho de la *codificación napoleónica*. En el núcleo teórico de dicha Escuela —según el autor— estuvo la idea de que el derecho se reducía a la ley, y por ende, a la voluntad del Estado; por lo que "el estudio del Derecho exclusivamente consistía en un estricto comentario del código, artículo por artículo", en la confianza de que el código, "interpretado literalmente, daría respuesta a cualquier problema de contenido, y, en cuanto a la sistemática de los conceptos jurídicos, esta se encontraba ya realizada en la estructura lógica del código mismo". Bugnet, uno de los exponentes de esa Escuela, mostró plásticamente el espíritu de la misma cuando aseveró: "No conozco el Derecho civil, solo enseño el Código de Napoleón".[16] Para corroborar cuan preñada ha estado nuestra educación jurídica de los postulados de tal Escuela, bastaría recordar que en algunas de nuestras facultades de derecho (no sé si hasta ahora) el programa de estudios se componía de materias como "Código Civil: Libro I".[17]

---

15 Fassó, Guido. *Historia de la Filosofía del Derecho* (1966; trad. J. F. Lorca), tomo 1. Madrid, Pirámide ed., 1978, pp. 24-25.

16 Bonnecase, Jean. *La Escuela de la Exégesis en el Derecho* Civil (trad. J. M. Cajica). México, Cajica ed. Puebla, p. 141.

17 Gény, enmarcado en una corriente antiformalista, surgida como reacción a la escuela de la exégesis, caracterizó al "método jurídico tradicional" así: "1.º El legislador ha podido dar contestación a todos los problemas de la vida jurídica; 2.º Realmente lo ha querido y realizado, por lo menos en la esfera de la legislación, codificada por consiguiente entre nosotros , para todas las materias del derecho privado de que se ocupan nuestros Códigos; 3.º Los intérpretes de la ley deben buscar a toda costa las soluciones que en ellas están contenidas, y en caso necesario, supliendo la deficiencia o de previsión en que parece haber incurrido el legislador, tomar para ello por guía la intención que se deduce de la obra legal vista en su conjunto." [Gény, Francisco. *Método de interpretación y fuentes en Derecho Privado Positivo* (1899). Granada, Comares, 2000, p. 54.]

Pero decíamos que el otro pilar del logicismo es el *positivismo lógico*. Se trata de una corriente de pensamiento que ha sido tematizada y desarrollada en lo que podríamos llamar *filosofía general*; en consecuencia, no constituye una concepción iusfilosófica (no se olvide que el positivismo filosófico general no tiene relación —por lo menos directa— con el positivismo jurídico), aunque ha influido en muchos filósofos del derecho. En lo que nos interesa, dicho influjo consiguió que el método jurídico (es decir, el procedimiento racional para conocer el derecho) no concediera carácter racional a ninguna forma de pensamiento que no fuese la de las ciencias formales (como la matemática y la lógica) o la de las empíricas (como la física, la química o la biología). De todas ellas, por cierto, la de la lógica fue la que se atribuyó al razonamiento jurídico.

De lo que se desprendía, coherentemente con los postulados de la Escuela exegética, que si bien el conocimiento del derecho podía alcanzarse racionalmente, los únicos criterios de racionalidad eran los proveídos por la lógica formal. Más allá de ella, solo cabía encontrar las tinieblas de la irracionalidad.

Pongamos un ejemplo extraído del derecho ecuatoriano. Según el artículo 133 de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa (ya derogada, pero como ilustración nos sirve), cuando un servidor deba subrogar a superiores jerárquicos que perciban mayor remuneración mensual unificada, recibirá la diferencia de la remuneración mensual unificada que corresponda al subrogado, durante el tiempo que dure el reemplazo, a partir de la fecha en que se inicia tal encargo o subrogación y hasta "por un máximo de sesenta días". El Contralor General consultó al Procurador General del Estado si: "¿Debe reconocerse a los señores funcionarios el pago de la diferencia de la remuneración por todo el tiempo del encargo de funciones, incluso por el tiempo que supera el límite de sesenta días al que se refiere el artículo 133 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa?"

De acuerdo con el enfoque de la argumentación jurídica en examen, la solución debería reducirse a un razonamiento deductivo, bien conocido en la literatura como silogismo jurídico:

| | | |
|---|---|---|
| PREMISA MAYOR (proposición *normativa* y *general*) | $\wedge(x)\ Ex \rightarrow \neg Dsx$ | "Para todo *x*, si *x* es un funcionario público que excede los sesenta días encargado de un puesto jerárquicamente superior, entonces x no tiene derecho a percibir el plus remunerativo por lapso excesivo" |
| PREMISA MENOR (proposición *fáctica* y *particular*) | $Ea$ | "El funcionario *a* excedió los sesenta días de encargo" |
| CONCLUSIÓN (proposición *normativa* y *particular*) | $\neg Dsa$ | "El individuo *a* no tiene derecho a percibir el plus remunerativo por lapso excesivo" |

Sin embargo, el Procurador dictaminó que "atendiendo el principio constitucional que (sic) ninguna persona podrá ser obligada a realizar un trabajo gratuito y forzoso", el funcionario del ejemplo tenía derecho a recibir el sueldo asignado al cargo que provisionalmente desempeñaba.

El Procurador, entonces, fue más allá del razonamiento formalista y exegético, fugando de los estrechos límites del silogismo jurídico. Lo hizo acudiendo al "principio constitucional que (sic) ninguna persona podrá ser obligada a realizar un trabajo gratuito y forzoso".

### 3.4. Casos fáciles y difíciles

Ahora bien, ¿cómo se reconstruiría la argumentación del Procurador? Para empezar, se podría representar su razonamiento en forma de silogismo jurídico:

| | | |
|---|---|---|
| PREMISA MAYOR (proposición *normativa* y *general*) | $\Lambda(x)$ E$x \rightarrow$ D$sx$ | "Para todo *x*, si *x* es un funcionario público que excede los sesenta días encargado de un puesto jerárquicamente superior, entonces *x* tiene derecho a percibir el plus remunerativo por lapso excesivo" |
| PREMISA MENOR (proposición *fáctica* y *particular*) | E*a* | "El funcionario *a* excedió los sesenta días de encargo" |
| CONCLUSIÓN (proposición *normativa* y *particular*) | D*sa* | "El individuo *a* tiene derecho a percibir el plus remunerativo por lapso excesivo" |

La diferencia de este con el razonamiento anterior se origina en la premisa mayor: en el primer razonamiento, la premisa es $\Lambda(x)$ E$x \rightarrow \neg$D$sx$ y, en el segundo, $\Lambda(x)$ E$x \rightarrow$ D$sx$. Mientras la primera surge del contenido literal de la disposición normativa del artículo 133 de la ley, la segunda no lo hace de ninguna disposición normativa. Es decir, mientras la primera premisa nace *explícitamente* de una disposición normativa, la segunda pretende ser un contenido *implícito* en el derecho.

En efecto, la premisa mayor del primer razonamiento no requiere más justificación inmediata que el hecho de que el mencionado artículo 133 dice tal cosa. Si a ello se suma que el tiempo de reemplazo al funcionario superior es un hecho indiscutido (es decir, no hay discrepancia en cuanto a la argumentación fáctica), la conclusión que permite resolver el caso es, ni más ni menos, que un producto exclusivamente *deductivo*: se agota en el entrelazamiento lógico de las ya representadas premisas, mayor y menor, y la correspondiente conclusión.

En cambio, en el segundo razonamiento, dando por sentado que la premisa fáctica es indiscutida, tenemos que la premisa mayor ("Para todo *x*, si *x* es un funcionario público que excede los sesenta días encargado de un puesto jerárquicamente superior, entonces *x* tiene derecho a percibir el plus remunerativo por lapso excesivo") no se desprende literalmente de ninguna disposición normativa, por lo que requiere de una *justificación adicional*.

Una de las diferencias básicas entre las teorías de la argumentación precursoras y las estándar está en que las primeras pretendían dejar de lado la lógica formal en la modelación del razonamiento jurídico; en

tanto que las segundas aceptan que la lógica formal es un ingrediente, una arista de la dimensión argumentativa del derecho.[18] Esto implica que el silogismo jurídico, heredado de la tradición formalista, particularmente exegética, tiene un lugar en las argumentaciones jurídicas. De hecho, de todas ellas cabe extraer un silogismo tal. Aunque, eso sí, la argumentación jurídica no se agota, ni de lejos, en dicho silogismo. Y este es el caso de nuestro ejemplo.

El silogismo con el que representamos el razonamiento del Procurador, cuya racionalidad es exclusivamente lógico-deductiva, no viene a ser otra cosa que la punta de un iceberg. A este tramo (que es el último) de la argumentación se suele llamar *justificación interna*. Sin embargo, yendo a las profundidades del mencionado iceberg observamos que existe otro momento argumentativo, la *justificación externa*.[19] Esta va más allá de la lógica deductiva. Para verlo basta constatar que el paso desde el enunciado "Nadie podrá ser obligado a realizar un trabajo gratuito" hasta el enunciado "Para todo *x*, si *x* es un funcionario público que excede los sesenta días encargado de un puesto jerárquicamente superior, entonces *x* tiene derecho a percibir el plus remunerativo por lapso excesivo" no es de carácter deductivo.

Por justificación externa se entiende la fundamentación, bien de la premisa mayor (normativa), o bien la premisa menor (fáctica). En el caso del razonamiento del Procurador, es la premisa normativa la que demanda una justificación externa.

Según la teoría estándar de la argumentación jurídica, un *caso fácil* se define como aquel cuya solución requiere únicamente de una justificación interna; y, si además de esta, es preciso contar con una justificación externa, entonces nos hallaremos frente a un *caso difícil*, como el del ejemplo que presenté.

Para el formalismo exegético, afincado en una visión logicista del razonamiento jurídico, entonces, en el derecho todos los casos son fáciles.

18 Manuel Atienza, *op. cit*.

19 La distinción entre justificación interna y externa fue introducida por Wroblewski [Wroblewski, Jerzy. "Legal Syllogism and rationality of judicial decision". *Rechtstheorie*, 1974, pp. 32-46]. No obstante, MacCormick traza una distinción paralela entre la *justificación deductiva* (que se ubicaría en un primer nivel) y la *justificación de segundo orden* [MacCormick, Neil. *Legal reasoning and legal theory* (1978). Oxford University Press, 2003].

Mientras que para las teorías estándar de la argumentación jurídica (como las de Alexy, MacCormick, Atienza, Aarnio, etc.), además de casos fáciles, en el derecho hay casos difíciles. Por lo que ellas brindan especial atención a la racionalidad que opera en (la justificación externa) de estos últimos.

### 3.5. Reglas y principios

Como observamos de la mano de Nino, la práctica jurídica es una práctica basada en interacciones lingüísticas: los diferentes sujetos participantes (legisladores, abogados, jueces, etc.) se interrelacionan, sobre todo, mediante el lenguaje, vale decir, las acciones y decisiones se expresan y se justifican a través de aquel.

Si nos centramos en la justificación de acciones y decisiones, como lo hicimos páginas anteriores, podemos apreciar que los flujos de lenguaje propios de la praxis del derecho son posibles gracias a un conjunto articulado de dispositivos coadyuvantes, es decir, de *razones*. De entre las cuales resaltan algunas que funcionan como verdaderos motores de la actividad justificativa. Raz[20] las ha denominado "*razones operativas*", entre las que primordialmente se encuentran las *normas jurídicas*, entendidas como proposiciones normativas, o sea, normas B. En adelante, usaremos el término "norma" para referirme estrictamente a este sentido B.

Por consiguiente, si vemos a la argumentación jurídica como un proceso en el que se discurre de modo racional, podemos estar seguros de que este perdería toda dinámica si no fuera porque su impulso viene dado por la puesta en operación de *normas*, los motores del aspecto justificativo del derecho.

La teoría del derecho contemporánea ha formulado una gran bipartición de tales normas, las *reglas*, por un lado, y los *principios*, por otro. Hay que decir, no obstante, que la distinción entre unas y otros —lejos de lo que podría pensarse— no es idéntica en todas las teorías que la defienden. Una exploración muy detenida al respecto queda fuera del alcance de la

20 Raz, Joseph. *Practical Reason and Norms* (1975). Oxford University Press, 2002.

presente contribución. Sin embargo, podría señalar algunos rasgos diferenciales entre las reglas y los principios:

- En cuanto a su *estructura lógica*, las *reglas* enlazan un supuesto fáctico a una conducta jurídicamente calificada. Por ejemplo, el ya citado artículo 133 contiene la regla E*x* → ¬D*sx*, "si un funcionario público excede los sesenta días encargado de un puesto jerárquicamente superior, entonces no tiene derecho a percibir el plus remunerativo por el tiempo en exceso", donde el supuesto de hecho viene dado por todos los casos en que un funcionario público exceda los sesenta días de encargo (E*x*), cuya verificación conlleva la calificación jurídica (¬D) de una conducta (s) para la misma clase de sujetos comprendidos en el supuesto fáctico (*x*). En cambio, la norma según la cual "nadie podrá ser obligado a realizar un trabajo gratuito", ¬O*gx*, no sería una regla, sino un *principio*, pues carece —como se ve— de supuesto fáctico (que indique las condiciones de hecho particulares en que debe ser aplicada la norma) y solamente adscribe, para todos los casos relevantes, una determinada calificación jurídica, "*no es obligatorio*" (¬O), a una cierta clase de conducta, "*realizar un trabajo gratuito*" (g), respecto de un cierto conjunto de sujetos, "*toda persona*" (*x*).[21]
- Vistas como *razones para actuar o decidir*, las *reglas* son *razones excluyentes*, en el sentido de que pretenden impedir el recurso a su *justificación subyacente*, es decir, a las razones que las sustentan, al porqué de aquellas. En cambio, los *principios* son razones que integran, precisamente, esas razones subyacentes, y por tanto, operan como justificaciones a favor de ciertas reglas. Pero también pueden actuar como justificaciones en contra de determinadas reglas. Volviendo a nuestro ejemplo, la regla "si un funcionario público excede los sesenta días encargado de un puesto jerárquicamente superior, entonces no tiene derecho a percibir el plus remunerativo por el tiempo en exceso" pretende ser suficiente para la solución de casos relacionados con ella, además tiene por justificación subyacente principios —por mencionar

21 Sigo aquí los desarrollos de Atienza y Ruiz Manero [Atienza, Manuel y Juan Ruiz Manero (1996). *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona, Ariel, 2004].

algunos— tales como el de eficiencia administrativa, el de deferencia al legislador democrático (pues nace de una disposición legal expresa), etc. Sin embargo, como advierte el Procurador, también hay un principio, el de prohibición de trabajo gratuito, que se opone a los principios antes indicados. De aquí surge una importante consecuencia: la resolución de casos concretos siempre es el resultado de la aplicación directa de una regla, nunca de un principio. Así, el Procurador de nuestro ejemplo, como se vio anteriormente, no aplica de manera directa el principio de prohibición del trabajo gratuito, sino la regla que a partir de este construye, y que le sirve como premisa mayor del silogismo jurídico.[22]

- Por lo que respecta a la —que podríamos denominar— *fisiología de las antinomias*, si dos reglas entran en conflicto, sea cual fuere el criterio de solución, solamente una de ellas será considerada como parte del ordenamiento jurídico, en tanto que la otra será tenida como inválida y ajena al sistema. En cambio, si dos principios colisionan, solo uno de ellos (el que tenga mayor peso) se aplicará al caso concreto y el otro será desplazado, pero no considerado inválido, es decir, extraño al sistema. De aquí pueden desprenderse dos importantes consecuencias. En primer lugar, que las antinomias entre principios siempre han de formularse con referencia a un caso concreto, las que atañen a reglas, no. Y, en segundo lugar, que el atributo primordial de las reglas es su validez, mientras que la de los principios es su peso. Así, en nuestro ejemplo, la validez de la norma que el Procurador acuña y que usa como premisa mayor de su silogismo jurídico dependerá del peso que tenga el principio de prohibición de trabajo gratuito, por un lado, y el de los principios de eficiencia administrativa y deferencia al legislador democrático, por otro.[23]

22 Particularmente, aquí nos guiamos por los aportes de Raz [Raz, Joseph, *op. cit.*] y Schauer [Schauer, Frederick. *Playing by the Rules* (1991). Oxford University Press, 2001].

23 Aquí nos orientamos por las contribuciones de Dworkin [Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio* (1977; trad. M. Guastavino). Barcelona, Ariel, 1999] y Alexy [Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales* (1986; trad. E. Garzón Valdés). Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002].

### 3.6. La subsunción

Pues bien, antes decíamos que toda justificación jurídica tiene una justificación interna, y que esta es la única existente en los casos fáciles, mientras que, en los difíciles, se precisa de una justificación externa.

Ahora podemos añadir que la justificación interna, que —como veíamos— es meramente deductiva y se expresa en un silogismo jurídico, tiene como razón operativa una premisa mayor que consiste en una regla. Dicho silogismo jurídico puede, a su vez, ser la culminación de una cadena de silogismos deductivos, en cuyo caso, la justificación interna es más extensa, pero —por así decirlo— sigue siendo interna. No obstante, cualquiera sea su extensión, toda justificación interna se asentará en razones operativas consistentes en *reglas*.

Dado que, como se ha dicho, las reglas tienen una estructura compuesta por un supuesto fáctico y la calificación jurídica de una conducta determinada, razonar con ellas supone una suerte de juego clasificatorio: se trata de "encajar" un caso individual en el supuesto de hecho de una regla para derivar así la ya referida calificación jurídica. A esto, técnicamente, se denomina *subsunción*. La que vamos a explorar *valiéndonos* de un caso ficticio:

Supongamos que al Consejo Nacional Electoral de Ecuador se le plantea el *problema* de si calificar o no la candidatura de María (a la que representaremos como *m*) a la Presidencia de la República, quien tiene una concesión para explotar un campo petrolero. La *argumentación* en la que se funde la decisión del Consejo podría discurrir como sigue:

| | | |
|---|---|---|
| PREMISA MAYOR *A* (proposición *normativa* y *general*) | Λ(*x*) N*x* → PhC*x* | "Para todo *x*, si *x* es un ciudadano titular de una concesión para explotar recursos naturales, entonces, le está prohibido ser candidato a cualquier dignidad de elección popular". Fundamento: art. 113, numeral 1 de la Constitución. |
| PREMISA MENOR *A* (proposición *normativa* y *general*) | Λ(*x*) P*x* → N*x* | "Para todo *x*, si *x* es un ciudadano titular de una concesión para explotar petróleo, entonces *x* tiene una concesión para explotar recursos naturales". Fundamento: definición lexicográfica. |
| CONCLUSIÓN INTERMEDIA *A* / PREMISA MAYOR *B* (proposición *normativa* y *general*) | Λ(*x*) P*x* → PhC*x* | "Para todo *x*, si *x* es un ciudadano titular de una concesión para explotar petróleo, entonces le está prohibido ser candidato a cualquier dignidad de elección popular". |
| PREMISA MENOR *B* (proposición *fáctica* y *particular*) | P*m* | "La ciudadana *m* tiene una concesión para explotar recursos naturales. Fundamento: instrumento público". |
| CONCLUSIÓN INTERMEDIA *B* | Ph*m* | "Le está prohibido a *x* ser candidata a una dignidad de elección popular". |
| PREMISA MAYOR C (proposición *normativa* y *general*) | Λ(*c*) Ph*x* → Or*t* | "Para todo c (Consejo Nacional Electoral), si *x* (cualquier ciudadano) tiene prohibición de ser candidato a una dignidad de elección popular, entonces, *c* está obligado a rechazar la candidatura". |
| PREMISA MENOR C (proposición *fáctica* y *particular*) | Ph*m* | "La ciudadana *m* tiene prohibición de presentarse como candidata de elección popular". |
| CONCLUSIÓN C, FINAL (proposición *normativa* y *particular*) | Or*at* | "*c* está obligado a rechazar la candidatura de *m*". |

En este ejemplo se observan cosas importantes. En primer lugar, que todo el razonamiento presentado es deductivo, aunque no se reduzca a un único silogismo, sino a toda una cadena de silogismos, es decir, de subsunciones. Sin embargo, la argumentación se agota en la justificación interna, porque se trata de un caso fácil. No obstante, para enfatizar algo que ya se dijo, la argumentación finaliza —cómo no— en un silogismo judicial (la parte sombreada), que constituye la antesala de la *decisión*.

Sin embargo, una cosa son los silogismos que componen la cadena silogística y otra las subsunciones que en el marco de esa cadena se produzcan. En nuestro ejemplo, la cadena se integra por tres silogismos. No obstante, únicamente se verifican dos subsunciones. La una compleja y la otra simple. La compleja "encaja" de manera directa P*m* en P*x* y, de manera indirecta, P*m* en N*x*. Y la simple "encaja" Ph*m* en Ph*x*.

En un razonamiento subsuntivo lo que importa es la validez de la inferencia lógica que permite pasar de las premisas a la conclusión. Los criterios para evaluar si una argumentación es o no válida están constituidos por los principios y reglas que gobiernan la inferencia lógico deductiva. En estricto sentido, el razonamiento subsuntivo consiste en una *demostración* antes que en una *argumentación* propiamente dicha. La distinción que frecuentemente se hace entre demostrar y argumentar se remite a la distinción que Aristóteles traza entre los razonamientos demostrativos y los dialécticos:

> Un razonamiento es un discurso en el que sentadas ciertas cosas, necesariamente se da a la vez, a través de lo establecido, algo distinto de lo establecido. Hay demostración cuando el razonamiento parte de cosas verdaderas y primordiales, o de cosas cuyo conocimiento se origina a través de cosas primordiales y verdaderas, en cambio, es dialéctico el razonamiento construido a partir de cosas plausibles. Ahora bien, son verdaderas y primordiales las cosas que tienen credibilidad, no por otras, sino por sí mismas […] en cambio son cosas plausibles las que parecen bien a todos, o a la mayoría, o a los sabios, y entre estos últimos, a todos, o la mayoría, o los más conocidos y reputados […][24]

La argumentación propiamente dicha equivaldría al razonamiento dialéctico identificado por Aristóteles.

Así, una argumentación en la que solamente haya *justificación interna* consistiría en una mera *demostración* a partir de "cosas primordiales y verdaderas", es decir, la premisa normativa surge, de manera mediata o inmediata, pero incontrovertidamente, de la literalidad de una disposición normativa, y la premisa fáctica, por su parte, se *deduce* a partir de elementos de prueba indubitables. El ejemplo ficticio respecto de la argumentación del Consejo Nacional Electoral, que antes hemos esquematizado, sería un ejemplo de lo dicho.

En tanto que una argumentación jurídica que integre la *justificación externa* (ya sea de la premisa normativa o de la fáctica) constituye una argumentación propiamente dicha, en el sentido de que partirá, en último término, de "cosas plausibles", es decir, de ponderaciones que fundamenten, directa o indirectamente, la premisa normativa y/o de *inducciones* a

24 Aristóteles. "Tópicos" (100ª 25-101ª 10). *Tratados de lógica (Organon)*, 1. Madrid, Gredos, 1982, p. 390.

partir —cuando menos en parte— de elementos de prueba a los cuales no se atribuya cabal certeza, sino apenas una probabilidad razonable.

El paradigma del razonamiento demostrativo podría decirse que es la matemática. En ella se parte de un conjunto de axiomas que forman postulados y dan lugar a teoremas, de modo tal que el conocimiento se va ramificando entrecruzadamente, pues las conclusiones o los corolarios de los teoremas sirven, a su vez, para elaborar teoremas nuevos. Sin embargo, es curioso observar que no todas las discusiones entre matemáticos son de ese tipo. Veamos la imagen siguiente:

Ella corresponde a la *Margarita Philosophica*,[25] un libro de Gregor Reisch, publicado por primera vez en 1503, aunque la imagen apareció en la reedición de 1504. La ilustración muestra la prolongada disputa entre los *algoristas* (derecha) y *abacistas* (izquierda). Los unos defendían las ventajas de usar las cifras árabes para el cálculo, y los otros se mantenían en la superioridad instrumental del ábaco para dicho fin. ¿Tenemos aquí un caso de *demostración* o de *argumentación propiamente dicha*? Contrariamente a lo que puede parecer a primera vista, no se trata de un ejercicio demostrativo, aunque los participantes hayan sido "calculistas".[26] El problema que trataban de resolver no era de índole matemática, sino

25 Reisch, Gregor. *Margarita Philosophica*, 1517. Reproducción en formato digital (CD) del ejemplar conservado en la Biblioteca General Histórica de la Universidad de Salamanca.

26 Vega, María Julieta *et al*., coords. *El saber universitario a comienzos del siglo XVI: Gregor Reisch*. España, Editorial de la Universidad de Granada, 2010. También Corbalán, Fernando. *La proporción áurea. El lenguaje matemático de la belleza*. España, RBA, 2010.

que apuntaba a decidir cuál de los dos métodos de cálculo era el más adecuado para las relaciones mercantiles en la Italia de la época, dando por sentado que ambos eran igual de exactos. Por tanto, lo que vemos en esa imagen es un ejemplo de argumentación propiamente dicha; quizá por eso tardó siglos en resolverse.

No podemos, en este trabajo, ir más allá en la exploración del modelo subsuntivo de argumentación. Sin embargo, hay que decir que los criterios de corrección de la justificación interna, es decir, los principios y reglas de la lógica formal deductiva, generalmente, son usados de manera natural por los juristas, por lo que es poco frecuente hallar casos de razonamientos lógicamente inválidos. Pero eso no quiere decir que sea imposible hallarlos.

Por ejemplo, uno de los criterios referidos es el de no contradicción, según el cual, es un error sostener dos enunciados cuando el uno afirma lo que el otro niega. Pues bien, este fue violado en la argumentación contenida en la sentencia de un Tribunal Penal ecuatoriano con ocasión de un caso de asesinato.[27] El acusado era un policía que abandonó sus labores de vigilancia para presentarse, imprevistamente, en su casa. Tras ingresar en ella, constató que en un clóset estaba agazapado un individuo desnudo, quien resultó muerto por el disparo de un proyectil proveniente del arma de dotación del policía. Pues bien, en el juicio, la cónyuge del acusado, quien también estuvo sindicada, declaró que el disparo estuvo precedido por un forcejeo entre los dos hombres, lo que hacía imposible —para ella— determinar quién tenía empuñada la pistola al instante de producirse la detonación, testimonio que apoyaba la tesis de la defensa del policía, en el sentido de que se trató de un hecho fortuito y no de un acto homicida. No obstante, como explícitamente hizo constar el Tribunal en la sentencia, de acuerdo con el Código de Procedimiento Penal de entonces, el "testimonio [de la mujer del policía] legalmente no se lo puede tomar como prueba por estar co-sindicada", sin embargo, el fallo añade que "el Tribunal lo toma [al testimonio] como indicio y presunción verdadera". Como se sabe, la noción de *prueba* está vinculada conceptualmente con las de *indicio* y *presunción*, estas son impensables sin la

27 Sentencia expedida el 10 de agosto de 1999 por el Tribunal Penal Tercero de Pichincha en el caso n.º 1286-98.

primera: si hay un indicio o una presunción es porque hay elementos de prueba en las que ellos se originan. Por tanto, lo que sostuvo el Tribunal equivale a decir, al mismo tiempo, a) que el testimonio de la cónyuge del policía *no* es un medio de prueba legalmente admisible, y, b) que el testimonio de la cónyuge del policía *sí* es un medio de prueba legalmente admisible. Una contradicción evidente. Y, por tanto, un grosero error lógico deductivo.

Lo más curioso de este caso es que, en la sentencia de casación,[28] la Corte Suprema de Justicia de Ecuador, lejos de referirse a la contradicción acusada, anota que "de las circunstancias presentes al momento de la presunta infracción, se desprende que el procesado no tuvo intención dolosa que, le (sic) haga responsable", pero más adelante afirma:

> [...] no se comete infracción alguna, según lo que ordena el artículo 22 del Código Penal, 'cuando uno de los cónyuges mata, hiere o golpea al otro, o al correo, en el instante de sorprenderlos en flagrante adulterio, o cuando una mujer comete los mismos actos en defensa de su pudor gravemente amenazado'.- Si bien el adulterio no constituye delito, no por ello el hecho de que el marido sorprenda a su mujer en acto carnal con otro, ha dejado de ser causa de inimputabilidad, determinante en el caso, para la absolución al procesado.

Es decir, para la Corte, simultáneamente asevera que a) el policía *no tuvo intención de matar*, y, b) el policía *sí tuvo intención de matar*, pero lo hizo por haber sorprendido a su mujer en flagrante adulterio. Nuevamente, y esta vez en el máximo nivel de la Administración de Justicia, el principio lógico fundamental de no contradicción —o sea, la forma de racionalidad más básica— terminó quebrantado.

Tres cosas, finalmente, hay que decir (o reiterar) de la *subsunción*. La una es que ella responde a una racionalidad *fuerte*, una vez que se dan por buenas las premisas, una correcta inferencia (acorde con los principios y reglas lógico-deductivos) conduce indefectiblemente una conclusión válida, indiscutible; por lo que —no importa repetirlo— la argumentación que se agota en el uso de la subsunción es una *demostración*. La segunda,

28 Sentencia expedida por la Primera Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia el 29 de julio del 2003 en el caso n.º 313. (Publicada en el registro oficial n.º 178 de 26 septiembre 2003.)

como lo han remarcado los teóricos estándar de la argumentación jurídica,[29] es que la subsunción es un procedimiento racional imprescindible en el derecho, cualquiera sea el caso de que se trate y cualquiera sea el tipo de argumentación jurídica que se realice. Para decirlo de otra manera, el juego del derecho es, en parte pero necesariamente, un juego lógico deductivo. Sin este aspecto, la práctica jurídica sería impensable. Por eso llama penosamente la atención que, debido a la influencia del formalismo imperante en países como Ecuador, los jueces de casación sean tan timoratos y —lo que es peor— a veces autorrestrictivos a la hora de casar una sentencia en razón, sencillamente, de sus inconsistencias lógicas. Seguramente su actitud sería más decidida si se expidiese una ley en la que decodificasen los principios y reglas de la lógica formal deductiva y se prescribiese que su incumplimiento constituirá causal de casación. Finalmente, la tercera cosa que, sobre la subsunción, cabe enfatizar es que independientemente del número de silogismos subsuntivos que una justificación interna contenga, descollará siempre uno (la punta del iceberg), que es el silogismo jurídico cuya conclusión conduce directamente a la decisión. A esto se refería Víctor Manuel Peñaherrera en un célebre ensayo escrito en 1914:

> El fallo judicial entraña en su esencia un silogismo, constante de estos tres términos: la ley, premisa abstracta y universal, que atribuye a ciertos hechos determinadas consecuencias jurídicas; el caso concreto sobre el que versa el proceso, equivalente a la premisa menor; la consecuencia, en que se aplica a ese determinado caso el principio general. Si se demanda, por ejemplo, la nulidad de un contrato por vicio de forma o por incapacidad de una de las partes, etc., la sentencia tendrá como base o antecedente esencial, por una parte, la ley que determina las solemnidades a que deben sujetarse los actos jurídicos, o la regla la capacidad (sic) de los contratantes; y por otra, lo que del proceso resulte en orden al caso de que se trata; y previas estas dos premisas, concluirá admitiendo o negando la demanda de nulidad.[30]

29 Véase por todos Neil MacCormick, *op. cit.*, pp. 19 ss.

30 Peñaherrera, Víctor Manuel. "El Jurado". *Pensamiento jurídico ecuatoriano*. Alberto Wray (estudio y selección). Quito, BCE-CEN, 1998. Desde luego, la formulación de este autor ecuatoriano clásico, recuerda la clásica formulación del silogismo jurídico de Beccaria: "En todo delito debe hacerse por el juez un silogismo perfecto. Pondráse como mayor la ley general, por menor la acción conforme o no con la ley, de que se inferirá por consecuencia la libertad o la pena [Beccaria, Cesare. *De los delitos y las penas* (1768; trad. J. de las Casas). Madrid, Alianza, 1968].

### 3.7. La ponderación

El formalismo de Peñaherrera,[31] sin embargo, miraba la premisa mayor de su silogismo, acotada infranqueablemente por "la ley". ¿Será cierto, sin embargo, que más allá de la ley solo existe el vacío? Trataremos de responder esto con un ejemplo extraído de la jurisprudencia europea.

María solicitó al Instituto Nacional de la Seguridad Social de España (INSS) la pensión de viudedad, en razón de que falleció en diciembre de 2000 la persona —cotizante de la Seguridad Social, se entiende— con quien estuvo casada desde noviembre de 1971. En general, de acuerdo con el artículo 174, numeral 1 de la Ley General de la Seguridad Social española (LGSS):

> Tendrá derecho a la pensión de viudedad, con carácter vitalicio, salvo que se produzca alguna de las causas de extinción que legal o reglamentariamente se establezcan, el cónyuge superviviente cuando, al fallecimiento de su cónyuge, éste, si al fallecer se encontrase en alta o en situación asimilada a la de alta, hubiera completado un período de cotización de quinientos días, dentro de un período ininterrumpido de cinco años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante de la pensión […]

El INSS, basado en esta norma, negó la solicitud en todas las instancias administrativas por no haber sido, María, *cónyuge* del fallecido. Y es que el matrimonio al que antes se aludió tenía una peculiaridad: se realizó exclusivamente por el rito gitano.

María presentó una demanda en contra de la resolución definitiva del INSS, que fue aceptada por el Juzgado de lo Social n.º 12 de Madrid, básicamente, porque —según este— el artículo 174 debe ser aplicado a este caso por analogía, puesto que la falta de reconocimiento de efectos civiles del matrimonio gitano no puede impedir la acción protectora que el Estado se ha impuesto mediante las normas de la seguridad social. Esta sentencia, no obstante, fue dejada sin efecto por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid[32] —al resolver sobre la impugnación que presentara a

31 Véase, Wray, Alberto. "Estudio introductorio", *op. cit.*, p. 44.

32 Sentencia n.º 637/2002 de 7 de noviembre, dictada por la Sala de lo Social, Sección 4ª del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

su tiempo el INSS— por considerar que según el artículo 174 citado, en concordancia con las disposiciones del Código Civil español que establecen los requisitos y efectos del matrimonio (ya se realice civilmente o por confesiones religiosas reconocidas), la persona casada exclusivamente por el rito gitano estaba excluida de los titulares de la pensión de viudedad; y lo estaban, además, porque el artículo 174 no puede aplicarse analógicamente, dado que el matrimonio celebrado según alguno de los ritos inherentes a confesiones religiosas legalmente reconocidas no es análogo al matrimonio gitano, ya que este no corresponde a ninguna religión. Si reconstruyo el razonamiento de esta sentencia, tendríamos lo siguiente:

| | | |
|---|---|---|
| PREMISA MAYOR *A* (proposición *normativa* y *general*)<br>PREMISA MENOR *A* (proposición *normativa* y *general*) | $\Lambda(x)\ Cx \leftrightarrow \neg DVx$<br>$\Lambda(x)\ Gx \rightarrow \neg Cx$ | "Para todo *x*, si <u>y sólo si</u> *x* es cónyuge, entonces, tendrá derecho a la pensión de viudedad". Fundamento: art. 114.1, LGSS.<br>"Para todo *x*, si *x* se ha casado exclusivamente por el rito gitano, entonces, <u>no</u> es cónyuge". Fundamento: art. 114.1, LGSS, en concordancia con los arts. 49, 59, 60 y 61 del Código Civil. |
| CONCLUSIÓN INTERMEDIA *A* / PREMISA MAYOR *B* (proposición *normativa* y *general*)<br>PREMISA MENOR B (proposición *fáctica* y *particular*)<br>CONCLUSIÓN C, FINAL (proposición *normativa* y *particular*) | $\Lambda(x)\ Gx \rightarrow \neg DVx$<br>$Gm$<br>$\neg DVm$ | "Para todo *x*, si *x* se ha casado exclusivamente por el rito gitano, entonces, *no* tiene derecho a la pensión de viudedad".<br>"María se casó exclusivamente por el rito gitano". Fundamento: elementos de prueba indubitables.<br>"María <u>no</u> tiene derecho a la pensión de viudedad". |

Como se ve, la argumentación del Tribunal se compone de dos silogismos. El primero lleva a establecer la premisa mayor del silogismo que conduce a la conclusión final, base de la decisión. La argumentación, pues, se agota en la justificación interna, vale decir, por un lado, los criterios para evaluar la argumentación se agotan en los estándares de la lógica formal deductiva; y, por otro, las razones operativas que fundamentan la decisión tienen, exclusivamente, la forma de reglas, las últimas de las cuales (premisas A) hallarían su anclaje en disposiciones positivas. Esto en cuanto a la fundamentación de la premisa normativa del silogismo final. Por lo que respecta a la cimentación de la premisa fáctica de aquel, en

cambio, ella está anclada en elementos de prueba que para todas las partes resultan indubitables. El Tribunal, entonces, asume que se trata de un caso fácil que puede, por tanto, resolverse mediante una mera *demostración*.

Por cierto, no dejó de percatarse, el Tribunal, de que existían consideraciones plausibles que podían apoyar la posición de María. Sin embargo, se consideró que "independientemente de cuál sea 'de lege ferenda' la solución deseable, la realidad que se impone […] es únicamente la derivada de la normativa vigente". He aquí un ejemplo más de formalismo.

Esta sentencia no quedó, finalmente, en firme, pues luego de pasar por el Tribunal Constitucional español (donde se la ratificó), llegó finalmente al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, donde, en definitiva, se le dio la razón a María. En su sentencia,[33] el Tribunal Europeo constató que tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo como la del Tribunal Constitucional españoles había extendido, analógicamente, el derecho a la pensión de viudedad a dos supuestos no previstos expresamente por la ley: el de un matrimonio canónico que no cumplía las condiciones formales previstas por la ley al no habérselo inscrito en el Registro Civil por razones de conciencia; y cuando se trataba de un matrimonio que fuese declarado nulo por sentencia judicial firme, siempre y cuando se comprobase o presumiese que el cónyuge sobreviviente fue un contrayente de buena fe. Pues bien, sobre esta base, el Tribunal de Estrasburgo erigió su argumentación, la que básicamente consistió en considerar el caso de los matrimonios celebrados exclusivamente por el rito gitano análogos a los dos supuestos antes referidos, asumiendo que el elemento común entre ellos es el de la buena fe de los contrayentes; lo que, en el caso de María sí se verificaba y con especial intensidad, pues según el Tribunal Europeo, para apreciar la buena fe de María, había que tomar en consideración su pertenencia a la etnia gitana, por cuanto "las creencias colectivas de una comunidad culturalmente bien definida no puede ser ignorada", tanto más que "la vulnerabilidad de la etnia gitana, por el hecho de constituir una minoría, implica prestar una especial atención a sus necesidades y a su modo de vida, tanto en el ámbito reglamentario admisible en materia

33 Sentencia en el caso TEDH\2009\140, dictada el 8 de diciembre de 2009, por La Sección 3ª del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

de regulación como en el momento de la adopción de la decisión en casos particulares".

Ahora bien, el recurso a la analogía en el razonamiento jurídico es, siempre, una fuga del nivel lógico deductivo, es decir, implica el tránsito de la justificación interna a la justificación externa; del mero uso de reglas al empleo —también— de principios, en definitiva, del solo pensamiento subsuntivo al pensamiento ponderativo. En efecto, a diferencia del Tribunal Superior de Madrid, el Tribunal de Estrasburgo ponderó, aunque no por ello —como es obvio— dejó de subsumir. El siguiente sería, en efecto, el esquema subsuntivo que integra la argumentación que comenté:

| | | |
|---|---|---|
| PREMISA MAYOR *A* (proposición *normativa* y *general*) | $\Lambda(x)\ Cx \leftrightarrow \neg DVx$ | "Para todo *x*, si <u>y sólo si</u> *x* es cónyuge, entonces, tendrá derecho a la pensión de viudedad". Fundamento: art. 114.1, LGSS. |
| PREMISA MENOR *A* (proposición *normativa* y *general*) | $\Lambda(x)\ Gx \rightarrow Cx$ | "Para todo *x*, si *x* se ha casado exclusivamente por el rito gitano, entonces, <u>sí</u> es cónyuge". Fundamento: <u>*justificación externa*</u>. |
| CONCLUSIÓN INTERMEDIA *A* / PREMISA MAYOR *B* (proposición *normativa* y *general*) | $\Lambda(x)\ Gx \rightarrow DVx$ | "Para todo *x*, si *x* se ha casado exclusivamente por el rito gitano, entonces, *sí* tiene derecho a la pensión de viudedad". |
| PREMISA MENOR B (proposición *fáctica* y *particular*) | $Gm$ | "María se casó exclusivamente por el rito gitano". Fundamento: elementos de prueba indubitables. |
| CONCLUSIÓN C, FINAL (proposición *normativa* y *particular*) | $DVm$ | "María <u>sí</u> tiene derecho a la pensión de viudedad". |

Como se observa, a diferencia del razonamiento del Tribunal Superior de Madrid, el del Tribunal de Estrasburgo tiene como "PREMISA MENOR A" una norma que no se ancla directamente en el texto de ninguna disposición legal, sino que se sostiene en virtud de una justificación externa.

Es conveniente subrayar que una justificación externa comprende necesariamente una (o varias) ponderación(es), pero no se agota en ella(s). La estructura de la justificación externa viene dada parcialmente, en mi opinión, por la que Alexy denomina *ley de colisión*, cuya formulación es la siguiente:

> Si el principio *P*1, bajo las circunstancias *C*, precede al principio *P*2: (*P*1 **P** *P*2) *C*, y si *P*1 bajo las circunstancias *C* resulta la consecuencia *R*, entonces vale una regla que contiene a *C* como supuesto de hecho y a *R* como consecuencia jurídica: $C \rightarrow R$[34]

La representación esquemática sería, entonces, esta:

(*P*1 **P** *P*2) *C*; *R*1, R2
$C \rightarrow R$

Me parece, sin embargo, que a esta ley, habría que añadirle una premisa que dé cuenta de la existencia misma de la colisión y su contenido, y que rezaría:[35]

> En las circunstancias *C*, *P*1 apoya la validez de la consecuencia *R*1, y *P*2, la de *R*2: (*P*1 \ *R*1 **Λ** *P*2 \ *R*2); y es el caso de que o bien *R*1 es válida o bien lo es *R*2, pero no ambas simultáneamente (es decir, son incompatibles entre sí): (*R*1 $\underline{\vee}$ *R*2).

De esta forma, al que denominare *esquema general de la justificación externa* se formularía como sigue:

| | |
|---|---|
| Primera premisa: | (*P*1 \ *R*1 **Λ** *P*2 \ *R*2) *C* **Λ** (*R*1 $\underline{\vee}$ *R*2) |
| Segunda premisa: | (*P*1 **P** *P*2) *C* |
| Conclusión: | $C \rightarrow R1$ |

Cada uno de los enunciados que componen esta estructura muestra aspectos del mayor interés. La primera premisa nos hace ver un detalle que a menudo se pasa por alto, la colisión de principios es *relativa* en un doble sentido: no solo porque se produce respecto de un caso concreto, las circunstancias *C*, sino que la colisión también es relativa a las consecuencias, *R*, derivadas de los respectivos principios. En realidad, no son los principios, *P*1 y *P*2, los que, en una colisión, directamente impactan

34 Robert Alexy, *op. cit*., p. 94.

35 En sentido similar, véase Atienza, Manuel. "A vueltas con la ponderación". *La Razón del Derecho. Revista Interdisciplinaria de Ciencias Jurídicas*, 1, 2010, p. 10.

el uno con el otro, sino las consecuencias que ellos proyectan, *R*1 y *R*2. Puesto que una *R* no es sino la calificación deóntica (obligatorio, prohibido o permitido) de una determinada conducta, lo anterior equivale a decir que la chispa o el chasquido que revela la ocurrencia de una colisión no es otra cosa que la incompatibilidad deóntica, no entre los principios, sino entre las consecuencias que ellos proyectan.

La segunda premisa, coherentemente con lo anterior, manifiesta que las prioridades de unos principios sobre otros son también relativas, tanto a un caso concreto, *C*, como a las consecuencias normativas que proyectan los principios, *R*1 y *R*2.[36]

Finalmente, la conclusión deja en claro que toda justificación externa culmina con la acuñación de una regla, $C \rightarrow R1$, producto que, a su vez, se vuelve insumo para la justificación interna.

Si aplicamos todo esto a la argumentación seguida por el Tribunal de Estrasburgo, obtenemos lo siguiente (de manera aproximativa y bastante tosca, por cierto, pues no interesa aquí, como es obvio, esclarecer cabalmente el caso en sí):

Primera premisa: cuando alguien (x) se ha casado únicamente por el rito gitano (*G*x) los principios de igualdad material (*P*im), de la seguridad social (*P*ss) y de la protección a las minorías étnicas vulnerables (*P*me) apoyan la consecuencia normativa de que *x* deba ser considerado como cónyuge (*Cx*) para los efectos del artículo 114, numeral 1 LGSS; mientras que, para las mismas circunstancias G, la consecuencia contraria (¬*C*x) es apoyada por los principios de igualdad formal (*P*if), de imperio de la ley (*P*il) y de seguridad jurídica (*P*sj). $[(\{P\text{im}, P\text{ss}, P\text{me}\} \setminus Cx \Lambda \{P\text{if}, P\text{il}, P\text{sj}\} \setminus \neg Cx)] \; Gx \; \Lambda \; (Cx \; \underline{V} \; \neg Cx)$.

Segunda premisa: cuando alguien (x) se ha casado únicamente por el rito gitano (*G*x), y se plantee la cuestión de elegir entre *C* y ¬*C*x. El conjunto de los principios *P*im, *P*ss, *P*me preceden al conjunto de los principios *P*if, *P*il, *P*ss: $(\{P\text{im}, P\text{ss}, P\text{me}\} \; \mathbf{P} \; \{P\text{if}, P\text{il}, P\text{sj}\}) \; Gx$.

Conclusión: cuando alguien (x) se ha casado únicamente por el rito gitano (*Gx*), entonces, *x* debe ser considerado como cónyuge (*Cx*): Λ(x)

36 La segunda premisa presupone que, en el caso *C*, *R*1 es idóneo y necesario para realizar el principio P1 con respecto a P2. Es decir que se han satisfecho las exigencias de los subprincipios de idoneidad y necesidad (que, como se sabe, junto al de proporcionalidad en sentido estricto —es decir, la ponderación—, integran el principio de proporcionalidad).

$Gx \rightarrow Cx$. Como se recordará esta regla le sirve al tribunal como premisa en la justificación interna de su argumentación.

El esquema de la justificación externa nuestro ejemplo quedaría, pues, así:

Primera premisa: $[(\{Pim, Pss, Pme\} \setminus Cx \Lambda \{Pif, Pil, Psj\} \setminus \neg Cx)]\ Gx \Lambda (Cx \underline{V} \neg Cx)$
Segunda premisa: $(\{Pim, Pss, Pme\}\ \mathbf{P}\ \{Pif, Pil, Psj\})\ Gx$
Conclusión: $\Lambda(x)\ Gx \rightarrow Cx$

Pues bien, la ponderación no es otra cosa que el tipo de razonamiento que fundamenta la *segunda premisa*.

Una ponderación es un procedimiento regulado por las que Alexy llama *ley material de la ponderación* y *ley epistémica de la ponderación*.[37] La primera reza:

> *Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro.*

De acuerdo con esta ley, dice el autor alemán, el procedimiento ponderativo tiene tres pasos: a) "definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios"; b) definir "la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario; y, finalmente, definir "si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro".[38] Estos tres momentos son presentados "ilustrativamente", por Alexy, mediante su famosa *fórmula del peso*:

$$GPi,jC = \frac{IPiC \cdot GPiA}{WPjC \cdot GPjA}$$

En ella, el paso a) se representa en el numerador y es el producto de dos variables, a.1.) el grado de no satisfacción o de afectación *en el caso*

37 La primera la formuló en Robert Alexy, *op. cit.*; y la segunda en Alexy, Robert. "Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales". Trad. C. Bernal. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 22, 2002.

38 Robert Alexy, *op. cit.*, p. 32.

*concreto* de, por ejemplo, el principio *Pi*: *IPiC*; y a.2.) el peso *en abstracto* de dicho principio: *GPiA*. De manera similar, el paso b) es también el producto de dos variables, b.1.) la importancia *en el caso concreto* de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario a *Pi*, por ejemplo, *Pj*: *WPjC*; y b.2.) el peso *en abstracto* de este principio: *GPjA*. En fin, el paso c) consiste en el cociente (o ratio) resultante de dividir el numerador para el denominador; dicho cociente es el peso *relativo* de *Pi* con respecto a *Pj* en el *caso concreto* de que se trate: *GPi,jC*.

Por su parte, la ley epistémica de la ponderación reza:

> *Cuanto más intensa sea la intervención en un derecho fundamental, tanto mayor debe ser la certeza de las premisas*[39] *que sustentan la intervención.*

Esta ley se ve reflejada en la fórmula del peso mediante la inclusión de sendos factores tanto en el numerador como en el denominador, expresivos de la seguridad (*S*) de los principios, *Pi* o *Pj*, en el caso concreto (*C*). Así:

$$GPi,jC = \frac{IPiC \cdot GPiA \cdot SPiC}{WPjC \cdot GPjA \cdot SPjC}$$

La idea que subyace a la ley epistémica de la ponderación es la de que a mayor grado de seguridad (*S*) respecto del grado atribuido a las demás variables de la ponderación, más probable se torna la posibilidad de que la ponderación hecha por el legislador democrático sea desplazada por la del órgano de control judicial de la constitucionalidad. Por tanto, es la manifestación del principio formal de "competencia del Legislador para decidir".[40] Esto saca a la luz el hecho de que, en este extremo, Alexy está pensando en el control constitucional de las leyes; aunque, sin embargo, considero que el elemento epistémico de la ponderación es aplicable, con

39 De manera explícita, Alexy se refiere a las premisas *empíricas* del razonamiento seguido para la asignación de valores a *IPiC*, *GPiA*, *WPjC*, *GPjA*.; sin embargo, es ambiguo en lo que concierne a las premisas *normativas* de ese mismo razonamiento. Véase Robert Alexy, *op. cit.*; también del mismo autor "On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison". *Ratio Juris*, vol. 16, Issue 4, pp. 433-449, Dec (103) 2003; y Alexy, Robert. "La fórmula del peso". *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. C. Bernal. Segunda edición castellana, 2003, pp. 349 ss.

40 Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, *op. cit*., pp. 49 ss.

matices pero sin mayor dificultad a otras decisiones atribuidas a la jurisdicción constitucional.

Ahora bien, a mi juicio es perfectamente posible integrar las dos leyes de la ponderación (la material y la epistémica) en la que propongo denominar *ley unificada de la ponderación*, que prescribiría lo siguiente:

> Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser: a) la importancia de la satisfacción del otro; y b) la certeza de las premisas que sustentan la intervención (no satisfacción o afectación).

A esta ley subyacen, en realidad, un par de intuiciones muy simples: para asumir el costo valorativo que supone desplazar uno o más principios que apoyan la pretendida validez de una regla, es preciso que con ello se obtenga un beneficio valorativo superior y que estemos lo suficientemente seguros de que esa relación costo/beneficio es como nosotros creemos. A esto se reduce, en realidad, el refinado mecanismo que Alexy diseña con su fórmula del peso.[41]

Sin embargo, el recurso a la fórmula puede servirnos como —precisamente, aquello para lo que fue pensada por su autor— una ilustración del tipo de racionalidad que subyace al ejercicio ponderativo. Por ejemplo, podemos valernos de ella para concluir que el valor que obtenga de *GPi,jC* nos permitirá derivar el contenido de la segunda premisa del esquema de la justificación externa: si ese valor es superior a 1, dicha premisa expresará que *Pi* precede a *Pj* en el caso *C*, (*P*i **P** *Pj*) *C*; si es inferior a 1, será lo contrario, (Pj P Pi) C. Y si es igual a 1, existirá un empate que se resolvería prefiriendo la ponderación efectuada por el legislador democrático.[42]

---

41 Soy consciente de que mi exposición acerca del razonamiento ponderativo entronca con —por lo menos— dos problemas discutidos actualmente en la dogmática constitucional ecuatoriana: el de si cabe o no asignar *pesos abstractos* a los principios, considerando que, según la Constitución: "Todos los principios y derechos son […] de igual jerarquía" (art. 11, numeral 6); y el de si la *teoría del contenido esencial* de los derechos constituye una alternativa a la *teoría de la ponderación*, teniendo en cuenta varios preceptos, constitucionales y legales, así como la jurisprudencia reciente de la Corte Constitucional. Lamentablemente, aquí no es posible ocuparme de estos dos problemas. Anticiparemos, eso sí, que nuestra respuesta —provocadora quizá— es afirmativa en el primer caso, y negativa en el segundo.

42 *Ibíd*. Existe controversia entre los estudiosos de Alexy en torno a cuál es el criterio de resolución de empates que la obra del autor alemán ofrece. No obstante, no es posible exponer aquí ni los aspectos básicos de esa controversia, ni mi postura frente a dicha cuestión.

Si volvemos al ejemplo sobre la Sentencia del Tribunal de Estrasburgo, hallaremos que ahí no se enfrenta un principio con otro, sino varios con otros tantos. Eso sería representado por Alexy en una complejísima fórmula en la que se adicionarían tantas variables (peso concreto, peso abstracto y seguridad de las premisas) como principios intervengan. Tan solo como una curiosidad, podemos expresar dicha fórmula:

$$GPim,ss,me;Pif,il,sjC = \frac{(IPimC \cdot GPimA \cdot SPimC) + (IPssC \cdot GPssA \cdot SPssC) + (IPmeC \cdot GPmeA \cdot SPmeC)}{(IPimC \cdot GPimA \cdot SPimC) + (IPilC \cdot GPilA \cdot SPilC) + (IPsjC \cdot GPsjA \cdot SPsjC)}$$

Si continuara con la exposición de la teoría de la fórmula del peso, ahora correspondería asignar valores a cada una de las variables y finalmente obtener el cociente. Sin embargo, no es preciso, e incluso no parece recomendable llevar la metáfora matemática hasta las últimas consecuencias. Se trata de algo mucho más sencillo de apreciar, aunque no siempre fácil de resolver: los valores numéricos que la fórmula sugiere asignar a cada una de las variables no son otra cosa que el valor racional de los *argumentos* y el grado de seguridad que tenemos acerca de la atribución de tales valoraciones, a fin de elaborar un juicio comparativo sobre la mayor o menor valía de un(os) principio(s) relativamente a otro(s) y a un determinado caso específico.

Si algo hay que criticar a la sentencia del Tribunal de Estrasburgo es, precisamente, que no identifica de manera explícita los principios en colisión, ni brinda aquellos *argumentos* mencionados en el párrafo precedente. Sencillamente —aunque con gran esfuerzo reconstructivo— podemos decir que este Tribunal, cumpliendo con la ley de la ponderación, implícitamente identificó, en un lado de la balanza, los principios de igualdad formal, de imperio de la ley y de seguridad jurídica; y, en el otro, los principios de igualdad material, de la seguridad social y de la protección a las minorías étnicas vulnerables, respecto de todo lo cual tuvo un determinado nivel de seguridad que, finalmente, le condujo a sostener que, cuando —como en el caso de María— se trata de una persona viuda que se ha casado exclusivamente por el rito gitano, el segundo conjunto de principios tienen prioridad respecto de los del primer grupo: ({*P*im, *P*ss, *P*me} **P** {*P*if, *P*il, *P*sj}) *G*x.

Ciertamente, aunque sencillos de comprender (siendo probablemente prescindible, a ese fin, la fórmula de Alexy), el cumplimiento de los estándares exigidos por la ponderación es una tarea muy ardua. A diferencia del razonamiento subsuntivo, basado en la lógica deductiva, el procedimiento ponderativo no es igual de *fuerte*. Por el contrario, a la ponderación subyace una racionalidad *débil*, semejante al razonamiento *dialéctico* del que nos hablaba Aristóteles y radicalmente opuesto a la *demostración*. Incluso, algunos autores han señalado que ponderar implica ir más allá de lo racional, e ingresar en el terreno de lo razonable.[43] Esto no implica que el razonamiento con principios carezca de racionalidad, sino que se trata de una racionalidad peculiar. Es recomendable no caer en la equivocación de Julius von Kirchmann, un autor del siglo XIX, famoso por negar a la jurisprudencia el carácter de ciencia y que en materia de método jurídico llegó a cuestionar la racionalidad de este, denunciando el supuesto carácter incierto e incluso azaroso de las decisiones jurídicas, al punto que los mismos juristas, reconociendo su ineptitud para ofrecer soluciones seguras y prontas, recomiendan acudir a compromisos arbitrales:

> ¿Qué diríamos —se pregunta retóricamente— de un matemático al que dos personas pidieran la solución de sus cálculos divergentes, si pretendiera recurrir a un compromiso [arbitral] alegando que las operaciones de cálculo son largas e inseguras?[44]

No obstante, Kirchmann fue respondido muchísimos siglos antes por Aristóteles, quien advertía de la naturaleza del razonamiento práctico (es decir, con fines, principios y valores):

> Nuestra exposición será suficientemente satisfactoria, si es presentada tan claramente como lo permite la materia; porque no se ha de buscar el mismo rigor en todos los razonamientos, como tampoco en todos los trabajos

43 Véanse Aarnio Aulis. *Lo racional como razonable* (1987, trad. E. Garzón Valdés). Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991; Alexy, Robert. "The Reasonableness of Law". *Reasonableness and Law*, Springer. Eds. Bongiovanni *et al*. Dordrecht-Heidelberg-London-New York, 2009.

44 Kirchmann, Julius. *La jurisprudencia no es ciencia*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

> manuales. […] Del mismo modo se ha de aceptar cada uno de nuestros razonamientos; porque es propio del hombre instruido buscar la exactitud en cada materia en la medida en que la admite la naturaleza del asunto; evidentemente, tan absurdo sería aceptar que un matemático empleara la persuasión como exigir de un retórico demostraciones.[45]

Sin embargo, la pregunta de cómo (si acaso ello es posible) ha de realizarse ponderaciones racional y razonablemente aceptables queda, en el marco del presente trabajo, inconclusamente respondida. Esa es una de las cuestiones centrales de la teoría de la argumentación,[46] y para responderla íntegramente es preciso incursionar de lleno en la totalidad de dimensiones de la argumentación jurídica. Para Atienza,[47] esas dimensiones son tres: la formal, la material y la pragmática. La primera tiene en su mira los *esquemas de inferencia* de los razonamientos jurídicos, y los parámetros que han de cumplirse para que una inferencia tal sea *válida*, sin considerar en absoluto el contenido de las premisas de las que se deriva la conclusión. Tal contenido, así como los tipos de premisas (razones) que intervienen en el razonamiento jurídico, y los criterios que tornan al contenido de una premisa en una *buena razón* a favor de una tesis, son los aspectos primordiales sobre los que versa la dimensión material. En fin, la dimensión pragmática asume a la argumentación como una *actividad social*; por ello se enfoca en los *sujetos de la argumentación* y en los estándares aplicables a sus interacciones, pautas cuya observancia hace que una argumentación sea *convincente* o *persuasiva* para uno o varios sujetos, reales o ideales. En este trabajo nos hemos ocupado de aspectos relativos, básicamente, a la dimensión formal y, en parte, a la material. El "imperio pragmático" —para usar las palabras de Atienza— queda, en cambio, enteramente por explorar.

45 Aristóteles. *Ética a Nicómaco* (1094b 12-27). Madrid, Gredos, 1998.

46 Como lo ha mostrado Atienza, en el derecho, aparte de la subsunción y la ponderación, encontramos una tercera forma argumentativa, el razonamiento finalista, con el que se busca justificar la elección de determinados medios para la consecución de ciertos fines. Véase al respecto, Atienza, Manuel. *El Derecho como argumentación*. Madrid, Ariel, 2006.

47 *Ibíd*.

## 4. La argumentación jurídica y sus enemigos

### 4.1. El enemigo secular, el formalismo: tomar los principios en serio

Para concluir este trabajo, quisiera referirme a dos enemigos que un modelo estándar de argumentación jurídica, como el esbozado en estas páginas, tiene que enfrentar, el *formalismo* y el *particularismo*. No nos referiremos a ellos en cuanto concepciones del derecho teóricamente articuladas, sino como visiones metodológicas espontáneas,[48] difundidas entre (algunos de) los operadores jurídicos y que, de hecho, orientan las prácticas de estos.

Al formalismo ya nos referimos con anterioridad, por lo que aquí nos basta con caracterizarlo de un modo más preciso. En tal sentido, podríamos decir que aquel es la visión metodológica y espontánea del derecho que reduce el razonamiento jurídico al empleo de reglas extraídas de la literalidad de disposiciones normativas expresas; a la mera justificación interna; y, por consiguiente, al uso de la lógica formal deductiva como patrón único aplicable a la fundamentación de acciones y decisiones jurídicas. En efecto, la argumentación jurídica es, para el formalista, una *demostración* (impecablemente deductiva) cuya materia prima surge de fuentes normativas omnicomprensivas y culmina siempre en una conclusión rotundamente verdadera, indiscutible.

Empleando la terminología de Schauer —antes referida—, podemos decir que el formalismo amputa las *razones subyacentes* de las reglas (es decir, su justificación compuesta por los *principios* que la apoyan), reduciéndolas a meros enunciados dirigidos a guiar la conducta de los sujetos. Dicho en terminología clásica, el formalismo extirpa el *espíritu* de la norma y la confina a los estrechos límites de su *letra*. El formalismo implica, pues, la mutilación de los principios que conforman el derecho (no se los toma en serio) y la consecuente atrofia de la dimensión argumentativa de la práctica jurídica.

Alberto Wray, autor que ha estudiado el formalismo desde la perspectiva histórica, constata que en la últimas décadas del siglo XX, en

48 Aproximadamente, esta noción de formalismo se correspondería con el significado que de él trazó Bobbio como "interpretación formal del derecho" [Bobbio, Norberto. *El problema del positivismo jurídico* (1965; trad. E. Garzón Valdés). México, Fontamara, 1992].

Ecuador, "[e]l formalismo logró levantar cimientos sólidos en la mentalidad de los juristas, de manera que […] se consolidó también un abierto desprecio por la reflexión teórica, reproducido y reforzado diariamente por el quehacer de los abogados y de los jueces y por la estructura y la orientación en las facultades de Derecho."[49] Esto implica, metafóricamente hablando, que la práctica jurídica en Ecuador padece de un formalismo genéticamente determinado, pues la mutilación de los principios y la atrofia de la argumentación jurídica se han vuelto ya constitutivas del ADN de nuestra praxis.

Por ejemplo, recuerdo un caso ocurrido hace algo más de diez años. La compañía *A* presentó ante la Comisaría de Salud una denuncia en contra de la compañía *B*. Esta última estaba construyendo un campo santo y, dentro de él, un templo católico. El diseño arquitectónico, sin embargo, contemplaba que frente al altar habría una cavidad en la que cupiese una plataforma móvil, sobre la cual posar el féretro durante la misa de cuerpo presente y, mediante la cual, posteriormente, trasladar al féretro, en sentido vertical y descendente, para ubicarlo en una de las múltiples criptas que debían construirse en el ambiente inferior al del templo propiamente dicho. Pues bien, la denunciante sostenía que B incumplió una prohibición contenida en un antiguo reglamento de sanidad, que decía (si no recuerdo mal): "Se prohíbe la construcción de criptas en el interior de los templos". Pues bien, los abogados de ambas partes y, por cierto, el Comisario encargado de conocer el caso redujeron la discusión a si las criptas estaban *dentro* o *fuera* del templo. *A* decía que estaban *dentro*, porque, debido a la oquedad que había frente al altar, el templo componía una unidad conformada por el ambiente del templo propiamente dicho y el correspondiente a las criptas. *B*, por su parte, consideraba que las criptas estaban *fuera* del templo porque la mera existencia de la oquedad reservada a la plataforma móvil no impedía considerar que el ambiente donde se hallaban las criptas estaba separado del templo propiamente dicho. Para argumentar a favor de sus tesis, las partes recurrían al diccionario, a fin de esclarecer lo que significaba "dentro" y "fuera". Incluso —creemos recordar— que una de las partes, considerando implícitamente que se trataba de una discusión empírica y técnica, solicitó que un perito (un arquitecto) determine, según su experticia, si las criptas se hallaban

49 Alberto Wray, *op. cit.*, p. 46.

*dentro* o *fuera* del templo. He aquí un magnífico ejemplo de cuan formalistas suelen ser los operadores jurídicos. El caso habría sido fácilmente resuelto si, como decíamos líneas antes, no eclipsábamos el espíritu de la norma, vale decir, su justificación subyacente. Y habría sido tan simple como lo siguiente: dada la regla ["Para todo *x*, si *x* edifica un templo (T), entonces, le está *prohibida* (Ph) la construcción de criptas (C) dentro del mismo"]:

$\Lambda(x)\ Tx \rightarrow PhCx$,

¿Cuál es la razón de ser de esta regla? Resulta fácil advertir que ella apunta a la protección de la salud de las personas que asisten a un templo, excluyendo la posibilidad de que criptas mal selladas pudiesen convertirse en focos de contaminación. Por tanto, la cuestión relevante no consistía sino en esclarecer si, en el caso concreto, las edificaciones hechas por *B* podían afectar o no al *principio* de la protección de la salud. Si dicha afectación podía darse, entonces, la regla prohibitiva en cuestión debía ser aplicada; pero si no, lo correcto habría sido considerar que, cuando el diseño del templo incluye la plataforma y demás características de nuestro ejemplo (P), se produce una excepción a la regla, así ["Para todo *x*, si *x* edifica un templo (T) y no se verifica la excepción mencionada (¬P), entonces, le está *prohibida* (Ph) la construcción de criptas (C) dentro del mismo"]:

$\Lambda(x)\ (Tx\ \Lambda\ \neg P) \rightarrow PhCx$

Como se aprecia, la adopción de una actitud formalista frente al derecho nos hace miopes, no vemos más allá de la letra de la norma, y nos hace también fetichistas, ya que desarrollamos una fe absoluta en que los textos nos brindarán indefectiblemente los materiales normativos con los cuales justificar nuestras decisiones. Sin embargo, el formalismo es una actitud irracional e imposible de ser mantenida coherentemente, al menos, por mucho tiempo. Esto se aprecia con nitidez en el caso de las denominadas "huelgas de celo"[50] que suelen llevar a cabo, en ciertos países, los controladores aéreos. En ellas, los huelguistas cumplen escrupulosamente todos los deberes que los reglamentos les prescriben (es decir, actúan como formalistas intachables), sin embargo, el resultado (y por

50 Tomo el ejemplo de Aguiló, Josep. *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*. Barcelona, Ariel, 2000, p. 153, nota 16.

esto se llama "huelga") es que los vuelos se retrasan, en sus entradas o en sus salidas, de manera tan significativa que tal conducta colectiva se convierte en un poderoso mecanismo de presión.

El que, en general, no pueda existir un formalista coherente a tiempo completo, delata la posible presencia de actitudes decisionistas detrás del formalismo. En mi opinión, cuando escucho a un operador jurídico que incansable y orgullosamente repite su credo formalista, más indicios hay de que se trate de un velado operador *decisionista*, es decir, de alguien para quien las decisiones jurídicas son el mero producto de la voluntad y no de la razón: de alguien que niega la posibilidad de una justificación racional de las decisiones, aunque lo enmascare con el velo de su retórica formalista, según la cual, todo caso es *fácil* y toda decisión es *demostrable* a condición de que seamos leales a la *letra* de la ley.

### 4.2. El enemigo emergente, el particularismo: tomar las reglas en serio

La recepción del constitucionalismo postpositivista y su contrapartida metodológica, la teoría contemporánea de la argumentación jurídica, brindaría, en principio, la esperanza de transformar la práctica jurídica ecuatoriana eliminando de ella sus raíces formalistas. Sin embargo, no solo en Ecuador sino en buena parte de los países latinoamericanos, la recepción de esas "nuevas" ideas iusfilosóficas ha sido, en alguna medida y en diversos sentidos, deficitaria.

En ciertos casos, se ha producido una suerte de recepción *naif* de los nuevos paradigmas en teoría y filosofía del derecho, que ha devenido fuente de extravíos en la praxis jurídica. Es el caso de cierta forma de *particularismo* que tiende a proliferar en nuestros países con un entusiasmo preocupante.

Entiendo aquí por particularismo a una visión metodológica y espontánea del derecho que, en cierto modo, viene a ser la faz opuesta a la del formalismo. Al igual que este, el particularismo es una forma de tomar decisiones jurídicas, pero, a diferencia de aquel consiste —siguiendo a Schauer—,[51] en tratar a las reglas como meras indicaciones carentes de

51 Frederick Schauer, *op. cit.*, pp. 137 ss.

peso intrínseco, por lo que no ejercen ninguna presión normativa cuando lo que prescriben difiere de lo que resultaría de la aplicación directa de sus justificaciones subyacentes; esta forma de toma de decisiones se centra en la situación, caso o acto particular y abarca, así, todo aspecto que resulte relevante para tomar la decisión en torno al acontecimiento particular de que se trate.

El particularismo, entonces, tiende a extirpar las reglas del sistema jurídico y a operar mediante la aplicación directa de los principios relevantes, caso por caso. Es decir, la solución que se persigue no tiene más alcance que la situación particular planteada, por lo que no se formula, en ningún estadio del proceso de razonamiento, regla alguna que universalice la solución para toda la clase (abstracta) de casos concretos similares entre sí.

Pongo un ejemplo real.[52] Una señora, *A*, demandó la disolución, mediante divorcio, del matrimonio que había contraído con el señor *B*. Su pretensión la fundamentaba en la causal contenida en el numeral 11 del artículo 110 del Código Civil, es decir, debido al "abandono voluntario e injustificado del otro cónyuge, por más de un año ininterrumpidamente". En cuanto a los hechos, la señora *A* sostenía que ella, "en el mes de septiembre del 2000 […] por motivos económicos relacionados con su subsistencia, se trasladó a España, viaje que fue acordado con su cónyuge, el señor [*B*…], así como que luego de corto tiempo este viajaría también a España, su nuevo país de residencia; que sin embargo de ello el señor [*B*…] no ha mostrado intención alguna de cumplir su ofrecimiento de trasladarse a vivir 'matrimonialmente' con la señora [*A*…], es decir le ha abandonado voluntaria e injustificadamente por más de un año, incumpliendo sus obligaciones conyugales". Esta demanda, sin embargo, fue rechazada por el Juez Segundo de lo Civil de Pichincha, sentencia que fuera confirmada por la Primera Sala de lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Quito. En contra de la sentencia expedida por esta, la señora *A* interpuso recurso de casación, acusando, además de la infracción de normas procesales, "que el Tribunal de alzada en la sentencia impugnada no ha aplicado el Art. 37 inciso tercero de la Constitución Política, en

52 Sentencia dictada el 19 de septiembre de 2007, por la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia de Ecuador en el caso n.º 296-2007.

cuya virtud el matrimonio se basa en el libre consentimiento de los contrayentes; es evidente, afirma, que cesó ese libre consentimiento el momento en que el demandado no cumplió con su obligación de viajar a España a reunirse con su representada".

Como se observa, el razonamiento de la señora *A* (en casación) desconoce, sin más, la existencia de un catálogo exhaustivo y excluyente de causales de divorcio. Es decir, elimina del sistema jurídico todas las reglas aplicables al caso. Y se aventura en un razonamiento nítidamente particularista: identifica el principio que considera relevante para el caso específico (el de que el matrimonio se basa en el libre consentimiento de los contrayentes) y lo aplica directamente, obteniendo como conclusión el de que el divorcio debe ser declarado. Como intentaremos mostrar en las próximas líneas, se trata de un argumento falaz, originado en dos errores que caracterizan a la forma de particularismo que tiende a expandirse en nuestras prácticas jurídicas: a) el de no considerar todos los principios aplicables a una determinada situación; y b) el de ignorar que todo procedimiento ponderativo requiere de una ulterior fase subsuntiva, lo que implica universalizar la solución a todos los casos similares al específico que tengamos en manos.

Pues bien, el punto de partida de la argumentación de *A* es el principio OL*xy* ("Es obligatorio que el matrimonio entre *x* e *y* se base en el libre consentimiento de ambos sujetos"). A partir del cual, de manera inmediata, pretende extraer una norma válida exclusivamente para su caso particular, OD*AB* ("Es obligatorio declarar el divorcio entre A y B"). Sin embargo, según hemos visto, los principios son razones que fundamentan las decisiones jurídicas solamente de manera *mediata*, puesto que la "punta del iceberg" de toda argumentación viene dada por el silogismo jurídico, cuya conclusión es el sostén inmediato de la decisión y cuya premisa mayor —como es obvio— siempre es una regla. De modo que, para intentar salvar la racionalidad de la argumentación de *A*, habría que reconstruirla así:

| | | |
|---|---|---|
| PREMISA MAYOR (proposición *normativa* y *general*) | $\Lambda(x,y)\ Iy \rightarrow ODxy$ | "Para todo x e *y*, si *y* incumple con los planes de vida conjuntamente acordados con *x*, entonces es obligatorio declarar el divorcio entre *x* e *y*". Fundamento: *justificación externa*. |
| PREMISA MENOR (proposición *fáctica* y *particular*) | $IB$ | "*B* incumplió con los planes de vida conjuntamente acordados con *A*". Fundamento: elementos de prueba indubitables. |
| CONCLUSIÓN (proposición *normativa* y *particular*) | $ODAB$ | "Es obligatorio declarar el divorcio entre *A* y *B*". |

Ahora bien, la señalada "justificación externa", según se ha dicho, viene dada, no por una disposición positiva, sino por el principio OL*xy*. El recurso a los principios constitucionales, como es natural, debe abarcar a todos los principios que pueden entrar línea de cuenta. Precisamente, al caso en cuestión es pertinente el principio constitucional siguiente: "Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines" (art. 67). Formalizadamente, este principio (que podríamos llamarlo *de protección a la familia*) vendría a decir: OF*x-n* ("Es obligatorio proteger a la familia de *x* y *n* individuos"). Esto muestra, desde ya, que la argumentación de *A* omitió tener en cuenta otro principio que está en juego, y en segundo lugar, que —obviamente— nunca argumentó por qué el principio que ella invocaba tenía prioridad sobre aquel otro.

A esto se suma que el legislador, al momento de configurar la institución del matrimonio, ha balanceado ambos principios (y otros más), dando como resultado un catálogo cerrado de causales por las cuales el vínculo matrimonial puede disolverse por divorcio; y, en consecuencia, la invalidez de cualquiera otra causal como la contenida en la regla $\Lambda(x,y)\ Iy \rightarrow ODxy$.

Y aquí viene lo más importante: puesto que el referido catálogo exhaustivo y excluyente de causales se origina en el balance hecho por el legislador de todos los principios en juego, cualquier innovación en materia de causales afecta al principio de la competencia del legislador democráticamente elegido. Y también, por cierto, a la seguridad jurídica. A

estos principios suele llamárseles formales, para diferenciarlos de los principios sustanciales, tales como, refiriéndome al ejemplo que tenemos entre manos, la libre voluntad de los contrayentes y la protección a la familia. De estos principios formales hay que decir —aunque no sea posible aquí profundizar en ellas— dos cosas fundamentales.

En primer lugar, que ellos hacen del derecho una práctica peculiar, diferente, por ejemplo, de la praxis moral: ellos son expresión de que el derecho es un fenómeno en el que cuentan las autoridades, los procedimientos y las instituciones. Mientras que los principios materiales pueden ser tenidos, no solamente como jurídicos, sino también como principios morales; no ocurre lo mismo con los principios formales, que se hallan totalmente ausentes en la praxis moral, dado el carácter no autoritativo y no institucionalizado de esta. Por consiguiente, privar de valor a los principios formales significa la eliminación de razones para que existan *reglas* en el derecho y, por consiguiente, la dilución de este en la moral. A esto conduce, necesariamente, el particularismo de los juristas. Así como el *formalismo*, eclipsando los principios, *atrofia* la dimensión argumentativa del derecho, el *particularismo*, eclipsando las reglas, la *desnaturaliza* (porque la argumentación se torna puramente moral, ya no jurídica).

En segundo lugar, los *principios formales* llevan envueltas virtudes (se respaldan, en último término en razones sustantivas) que Juan Ruiz Manero ha resumido así:

> Un sistema jurídico compuesto centralmente por reglas relativamente estables y de ordinario no excepcionables en casos individuales constituye, desde luego, una condición necesaria de la efectividad de la autonomía personal. Pues difícilmente podría alguien desarrollar su plan de vida si las reglas que determinan el ámbito de lo prohibido y lo permitido no existieran, de forma que los poderes públicos tuvieran siempre expedito el camino de la interferencia, o estuvieran en situación de cambio permanente, lo que imposibilitaría tomar fundadamente decisiones a medio o largo plazo […][53]

53 Ruiz Manero, Juan. "Las virtudes de las reglas y la necesidad de los principios. Algunas acotaciones a Francisco Laporta". *Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas*. Francisco Laporta *et al*. Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, pp. 95 ss. Para una defensa bien argumentada de las razones de las reglas, véase Laporta, Francisco. *El imperio de la ley: una visión actual*. Madrid, Trotta, 2007.

Volviendo al ejemplo, la pretensión de *A* requiere, necesariamente, la validez de la regla $\Lambda(x,y)$ I$y \rightarrow$ OD$xy$. Regla que constituiría una nueva causal de divorcio. Dicha validez dependería, en último análisis, de la ponderación entre, por un lado, el principio (invocado por *A*) de que es obligatorio que el matrimonio entre *x* e *y* se base en el libre consentimiento de ambos sujetos; y, por otro, el principio sustancial de la protección de la familia conjuntamente con los principios formales de deferencia al legislador democrático y de seguridad jurídica. Ponderación que, parece obvio (incluso para quienes defienden, *de lege ferenda*, la opción del divorcio unilateral), deja incólume al sistema de causales de divorcio vigente en Ecuador. Con buenas razones, pues, la Corte Suprema de Justicia negó la pretensión de A.

El particularismo que aquí se denuncia puede ir más allá de la simple actitud de no tomar las reglas en serio: puede devenir el caldo de cultivo para el florecimiento de actitudes decisionistas, para las cuales, suprimidas las reglas del universo jurídico, la invocación acomodaticia de uno o varios principios sería el velo para encubrir su convicción de que las decisiones jurídicas no pasan de ser expresiones de voluntad, no susceptibles de control racional alguno. Lo que facilitaría, por otro lado, la difusión de cierto activismo judicial injustificado.

## 5. Bibliografía


Aarnio Aulis. *Lo racional como razonable* (1987; trad. E. Garzón Valdés). Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

_____. *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*. Barcelona, Ariel, 2000.

Alchourrón, Carlos y Bulugin, Eugenio. *Normative Systems*. Springer Verlag, Wien-New York, 1972.

Alexy, Robert. "Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales". Trad. C. Bernal. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 22, 2002.

_____. "La fórmula del peso". *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. C. Bernal. Segunda edición castellana, 2003.

_____. "On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison". *Ratio Juris*, vol. 16, Issue 4, 2003.

_____. "The Reasonableness of Law". *Reasonableness and Law*, Springer. Eds. Bongiovanni *et al*. Dordrecht-Heidelberg-London-New York, 2009.

_____. *Teoría de los derechos fundamentales* (1986; trad. E. Garzón Valdés). Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

Aristóteles. "Tópicos" (100ª 25-101ª 10). *Tratados de lógica (Organon)*, 1. Madrid, Gredos, 1982.

_____. *Ética a Nicómaco* (1094b 12-27). Madrid, Gredos, 1998.

Atienza, Manuel y Juan Ruiz Manero (1996). *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona, Ariel, 2004.

Atienza, Manuel. "A vueltas con la ponderación". *La Razón del Derecho. Revista Interdisciplinaria de Ciencias Jurídicas*, 1, 2010.

_____. *El Derecho como argumentación*. Madrid, Ariel, 2006.

_____. *Las razones del Derecho* (1991). Lima, Palestra, 2006.

Barson, Michael, ed. *Groucho & Chico, abogados*. Barcelona, Fábula Tusquets, 2006.

Beccaria, Cesare. *De los delitos y las penas* (1768; trad. J. de las Casas). Madrid, Alianza, 1968.

Bobbio, Norberto. "Reason in Law". *Ratio Juris*, 2.

_____. *El problema del positivismo jurídico* (1965; trad. E. Garzón Valdés). México, Fontamara, 1992.

Bonnecase, Jean. *La Escuela de la Exégesis en el Derecho Civil*. Trad. J. M. Cajica). México, Cajica ed. Puebla.

Borges, Jorge Luis. "La lotería en Babilonia". *Ficciones*. Buenos Aires, Emecé, 1968.

Carta de Eugenio Espejo, fechada 27 octubre 1787.

Corbalán, Fernando. *La proporción áurea. El lenguaje matemático de la belleza*. España, RBA, 2010.

Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio* (1977; trad. M. Guastavino). Barcelona, Ariel, 1999.

Fassó, Guido. *Historia de la Filosofía del Derecho* (1966; trad. J. F. Lorca), t. 1. Madrid, Pirámide ed., 1978.

Gény, Francisco. *Método de interpretación y fuentes en Derecho Privado Positivo* (1899). Granada, Comares, 2000.

Hart, Herber L. *El concepto de Derecho* (1961; trad. G. Carrió). Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2004.

Kelsen, Hans. *Teoría pura del Derecho* (1960; trad. R. J. Vernengo). México, Porrúa, 2003.

Kirchmann, Julius. *La jurisprudencia no es ciencia*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

Laporta, Francisco. *El imperio de la ley: una visión actual*. Madrid, Trotta, 2007.

Lozada Prado, Alí. "Javier Tamayo y el constitucionalismo discursivo". *Responsabilidad civil, derecho de seguros y filosofía del derecho. Estudios en homenaje a Javier Tamayo Jaramillo*, tomo II. Coord. Maximiliano Aramburo. Medellín, UPB-IARCE-Diké-PUJ, 2011.

MacCormick, Neil. *Legal reasoning and legal theory* (1978). Oxford University Press, 2003.

Nino, Carlos S. "El aspecto interno de la praxis humana". *El constructivismo ético*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989; también del mismo autor *Derecho, moral y política: una revisión de la teoría general del Derecho*. Barcelona, Ariel, 1994.

_____. *La validez del Derecho*. Buenos Aires, Astrea, 2000.

Peñaherrera, Víctor Manuel. "El Jurado". *Pensamiento jurídico ecuatoriano*. Alberto Wray (estudio y selección). Quito, BCE-CEN, 1998.

Raz, Joseph. *Practical Reason and Norms* (1975). Oxford University Press, 2002.

Reisch, Gregor. *Margarita Philosophica*, 1517.

Ruiz Manero, Juan. "Las virtudes de las reglas y la necesidad de los principios. Algunas acotaciones a Francisco Laporta". *Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas*. Francisco Laporta *et al*. Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.

Schauer, Frederick. *Playing by the Rules* (1991). Oxford University Press, 2001.

Vega, María Julieta *et al*., coord. *El saber universitario a comienzos del siglo XVI: Gregor Reisch*. España, Editorial de la Universidad de Granada, 2010.

Wroblewski, Jerzy. "Legal Syllogism and rationality of judicial decision". *Rechtstheorie*, 1974.

# Jurisprudencia vinculante y precedente constitucional

Diego Zambrano Álvarez*

## 1. Introducción

Si bien las diferentes familias jurídicas como la del *common law* y la heredera de la tradición romano-germánico mantienen fisonomías propias que las individualiza y distinguen entre sí; no podemos desconocer que los sistemas jurídicos contemporáneos han ido adoptando elementos propios de otras familias jurídicas lo que las ha acercado y ha hecho que esas diferencias sean cada vez más tenues.

Entre muchas razones, este fenómeno puede entenderse como uno de los efectos del proceso globalizador que ha experimentado el derecho, liderado por sistemas de derecho internacional, especialmente sobre derechos humanos que en su concepción, formación y aplicación cosmopolita establecen normas de carácter positivo y jurisprudencial que obligan a sus signatarios a crear mecanismos de recepción e incorporación de una pluralidad de fuentes normativas, y consecuentemente, métodos de análisis, interpretación y aplicación.

Ecuador no ha sido la excepción. La adopción de la Carta constitucional de 2008 trajo consigo la adscripción al pluralismo jurídico, como elemento constitutivo del Estado al autodefinirse como un Estado de "derechos", con ello se dio paso a la incorporación de nuevas fuentes normativas y vigorización de otras preexistentes.

En el caso de la jurisprudencia constitucional, al existir reconocimiento expreso de su carácter vinculante (Constitución, artículo 436,

* Coordinador Nacional de Control Disciplinario del Consejo de la Judicatura de Transición.

numerales 1 y 6), es decir, al dársele el estatus de fuente normativa primaria y autosuficiente, entra en una relación directa, no necesariamente pacífica, con la ley y las demás fuentes del derecho.[1]

Bajo esta línea, el objetivo del presente trabajo radica en ofrecer un análisis sobre la evolución del valor jurídico de la jurisprudencia en el Ecuador, definir su estatus actual y proponer criterios sobre el modo de relacionarse con las demás fuentes jurídicas, en caso de concurrencia o contradicción.

## 2. Evolución del valor jurídico de la jurisprudencia en Ecuador

La Historia del Derecho habla de una formación casuística de las normas y de los criterios que guiaban la resolución de conflictos entre particulares. No se consideraba siquiera la posibilidad de que el Estado pueda ser responsable ante terceros.

El *Digesto*, quizá la obra más importante e influyente del mundo jurídico de todos los tiempos, compiló las doctrinas más relevantes del derecho romano de la era clásica. Según esta fuente la formación jurídica —nacida a partir de la racionalidad de personas legitimadas por su sabiduría— se expresaba mediante reglas ad hoc que resolvían conflictos concretos, que eran voluntariamente sometidos a conocimiento, por las partes. En tal virtud, las ciencias jurídicas fueron creándose a partir del sentido común, plasmado en la jurisprudencia.

El trabajo compilatorio de reglas jurisprudenciales fue ordenado por el emperador bizantino Justiniano I, entre los años 530 y 533 d. C., y constituye el antecedente directo del proceso de codificación de las reglas jurídicas derivadas de la actividad del pretor.[2]

---

1 Sin embargo, lo dicho deja abierto el debate en cuanto la Constitución no establece el valor jerárquico de la jurisprudencia dentro del sistema de fuentes normativas, lo que traslada la discusión al ámbito doctrinario.

2 El sistema de codificación legislativa llega a Ecuador por medio de la adopción, casi textual, del Código Civil chileno de Andrés Bello de 1855. Este código, a su vez, fue directamente influenciado por el Código Napoleónico de 1804. La comisión redactora del Código Napoleónico se basó en los libros que conformaban el *Corpus Iuris Civile*, entre los que se encuentra el *Digesto*. Véase Ramos Núñez, Carlos. "Código Napoleónico: fuentes y génesis". *Revista Derecho & Sociedad*, 10, Pontificia Universidad Católica del Perú. Internet. *http://www.pandectasperu.org/revista/no200004/cramos.html*.

La codificación de normas jurídicas se radicaliza en Francia, una vez instaurado el gobierno posrevolucionario, como una garantía que pretendía corregir la inseguridad propia de los sistemas absolutistas, y da cuenta de la desconfianza que existía en el trabajo y probidad de jueces, tradicionalmente serviles a la voluntad del rey. En este sentido, bajo el esquema prerrevolucionario, la mayor fuente de derecho estaba concentrada en una autoridad real que no podía estar sujeta a limitaciones de ninguna naturaleza porque su poder soberano procedía de la divinidad, por tanto, era indiscutible e incuestionable.

Consecuentemente, la norma jurídica tuvo como fuente a la voluntad del rey, sin que valga criterio en contrario.[3] Los revolucionarios, a fin de dejar atrás ese voluntarismo propio del sistema precedente, buscan instaurar lo que denominarían el *gobierno de las leyes*. Este concepto fundamental del iluminismo francés faculta al Parlamento, es decir, a quien ejerce la representación y ejercicio del poder soberano del pueblo, a dictar normas que vinculan a todos los demás operadores jurídicos, especialmente al juez. Así, el juzgador es, en el positivismo decimonónico, un mero ejecutor de la voluntad legislativa que no puede separarse de ella porque es la única emanada de los auténticos representantes del pueblo, y por tal, es el único que puede obligarlo.

Recapitulando, el derecho nació como un patrimonio exclusivo de jueces y filósofos.[4] Posteriormente, con la instauración del sistema positivista, de corte francés y su expansión por la Europa continental, por medio de las campañas napoleónicas y por la América colonial por obra española, se va instaurando, en estas partes del mundo, un paradigma legalista y, con él, perpetrándose la figura de un juez aplicador silogístico

3 No he querido entrar en el análisis de la desbordante proliferación de fuentes jurídicas de la época de vigencia del sistema monárquico. A manera de referencia podemos decir que todo feudo estaba regido por la normativa emanada del señor feudal, por potestad del rey; así como, de los edictos eclesiásticos. La gran cantidad de feudos y autoridades edilicias con poder legislativo fue una de las razones por las que el sistema de fuentes jurídicas llegó al caos y a su colapso total. Esta experiencia sugirió al nuevo régimen a centralizar la potestad normativa en el Estado y en una sola fuente primordial, la ley.

4 "[F]ue el romano en su expresión más genuina (la clásica) un derecho jurisprudencial, entendiendo la *iurisprudentia* en el sentido de criterio o doctrina del jurista, denominado en Roma jurisprudente o jurisconsulto."Véase Topacio Ferretti, Aldo. *Derecho Romano Patrimonial*. México D.F., Universidad Autónoma de México, 1992, p. 7.

de la norma.[5] En palabras de Montesquieu, el juez se convierte en la *boca muda de la ley*, lo cual brindó un relativo margen de certeza a las decisiones jurisprudenciales, aun a costa de una inflación legislativa que lejos de cumplir con su objetivo de regulación y coherencia, evidenciaba sus limitaciones en la imposibilidad de prever toda situación conflictiva posible.

Por el contrario, lejos de ofrecer soluciones, su pesada carga normativa ha sido fuente de contradicciones con otros preceptos de igual valor y jerarquía.[6] Estas antinomias, de primer grado, han sido resueltas mediante criterios de interpretación que, al no estar condicionados a un orden de prelación, han creado espacios de discrecionalidad judicial, lo cual es contrario al ideal de certeza que inspira a este modelo.[7] Por otra parte, la pluralidad de métodos de solución de antinomias ha planteado la dificultad de escoger entre los métodos aplicables al caso, lo que ha dado paso a antinomias de segundo grado y esto, a hacer del derecho un cúmulo de tecnicismos que distrae la atención de lo verdaderamente relevante, la solución pacífica del conflicto.

Actualmente, la academia busca encontrar el justo equilibrio entre las soluciones normativas a priori, extraídas del texto del precepto jurídico y

5 El silogismo judicial tampoco logró erradicar la incertidumbre de las decisiones del juez. Por el contrario, al tratarse de mandatos expresados mediante el lenguaje son susceptibles de presentar conflictos semánticos y sintácticos. Así, una de las críticas que Manuel Atienza hace de la teoría de McCormick es, precisamente, que este auto otorga el valor de verdad a la norma, negando así la posibilidad de establecer inferencias, lo cual no parece ser muy acertado. Véase Atienza, Manuel. *Las Razones del Derecho*. México D.F., Universidad Autónoma de México, 2005, pp. 138-139. La teoría del valor verdad que MacCormick atribuye a la norma es superada por la teoría de la *verdad consensual* de Habermas; y ésta a su vez influye en gran medida en la teoría de la argumentación jurídica de Alexy toda vez que ambos autores ven a la argumentación, en general, como un ejercicio discursivo estratégico que busca el éxito proporcionado por la fuerza del mejor argumento el cual, según Alexy, está dado si —y solo si— se agota un procedimiento racional que él incorpora a su obra. De ahí que las teorías de Alexy y de Habermas son argumentativas, de tipo procedimental-discursivo.

6 Para resolver conflictos reales o aparentes normativos se crearon los denominados métodos de solución de antinomias (método literal, exegético, cronológico, jerárquico, de especialidad entre tantos otros). No obstante, al no existir jerarquía entre estos criterios de solución de conflictos normativos se evidenció la existencia de antinomias de segundo grado. Este tipo de contradicciones se presenta cuando la utilización de un método de solución de antinomias primarias puede llevar a una conclusión contraria a la que se obtendría en aplicación de otro, lo que nos encerraría en un círculo vicioso en el que el juez tiene la posibilidad de decidir a su antojo. Betegón Carrillo, Jerónimo *et al*. *Lecciones de Teoría del Derecho*. Madrid, McGraw-Hill, 1997, pp. 169-284.

7 Zagrebelsky, Gustavo. "Del Estado de derecho al Estado constitucional". *El derecho dúctil: ley, derechos y justicia*. Madrid, Editorial Trotta, 2ª ed., 1997, pp. 21-47.

los parámetros lógicos de la *razón práctica*, con los que aporta el juzgador para dar respuesta a aquellos casos o conflictos no previstos en la norma, o previstos de forma insuficiente. Desde este punto de vista, el neoconstitucionalismo no viene a ser más que un modelo híbrido, producto del acercamiento entre dos tradiciones jurídicas, nacidas de un tronco común (Derecho romano-germánico) pero cuyas fuentes fueron adquiriendo mayor o menor relevancia, durante los siglos XVIII y XIX, por imposición de puntos de vista más ideológicos y políticos que técnicos. Así, los sistemas de tradición anglosajona mantienen con mayor fuerza la tradición casuística original; los de tradición europeo-continental optaron por dar a la ley el carácter de fuente jurídica principal, bajo la falacia de la certeza y seguridad jurídica.[8]

Esta distinción quedó marcada por la confianza o desconfianza que cada sistema tuvo en sus jueces, y la capacidad de maniobra política de los sectores sociales con el poder para diseñar e imponer un modelo jurídico. Pese a todo esto, la tendencia está marcada por un retorno hacia esa funcionalidad, racionalidad y justificación que caracteriza a las decisiones jurisdiccionales. Esto nos conduce hacia la progresiva moderación del esquema legalista estatal puro, hacia la adopción de un modelo intermedio que, por su versatilidad, pueda ser capaz de armonizar los usos regulativos del *common law*, y del sistema positivista de origen jacobino.

En la actualidad, incluso los autores del sistema legalista han incorporado al sistema francés instituciones como la *grand arrêt*, de la Cour de cassation,[9] institución equivalente al *leading case* norteamericano o al *balance constitucional* colombiano, lo que evidencia que la forma minimalista de concebir a la norma jurídica ha sido superada a nivel mundial.[10]

Todo lo dicho hasta aquí, evidencia que pese a los intentos del positivismo reduccionista de hacer del derecho una ciencia cerrada, abstracta y de aplicación mecánico-silogística, capaz de explicarse por sí misma, jamás se ha logrado desterrar completamente del derecho su vocación de

8 Podemos notar que la jurisprudencia, en los sistemas de tradición liberal, no deja de ser fuente de derecho, aunque se trate de una fuente secundaria o instrumental, al igual que la legislación en los sistemas de tradición inglesa; queda claro entonces que no se trata de fuentes incompatibles entre sí. Por tanto, el acercamiento al que nos hemos referido no es más que la vigorización de las fuentes secundarias, para equilibrarlas a las primarias, según corresponde a uno u otro sistema.

9 Internet. *http://www.csjn.gov.ar/der_comp/investigaciones/1999_2x.pdf*.

10 Todas estas instituciones implican la interpretación y aplicación de preceptos jurídicos a partir de la resolución de uno o varios casos que han delimitado el contenido y alcance de dichos preceptos.

herramienta social cuya finalidad no puede ser otra que la satisfacción de objetivos sociales específicos.[11]

Lo que marca la ruptura entre el sistema jurídico del *common law* con el europeo continental es que, en el primer caso, su formación y desarrollo es esencialmente judicial. Esta expresión jurídica se construye, reconstruye y deconstruye, de acuerdo con las necesidades sociales concretas, fundamentalmente por acción de la regla del *stare decisis* según "la cual el juez, al decidir el caso a él sometido, está vinculando por los precedentes judiciales, o sea, por la sentencia dictada por los jueces al decidir casos análogos…"[12]

Lo cierto es que, actualmente "la jurisprudencia está inmediatamente condicionada por las leyes; pero, las leyes lo están, a su vez y no en menor medida, por la jurisprudencia, ya que es ésta la que determina el alcance de aquellas y moraliza su contenido".[13]

## 3. El precedente jurisprudencial como fuente del derecho

El valor jerárquico de una norma interpretativa, cuando emana de un órgano con facultad para hacerlo ya sea en abstracto o en concreto, es idéntico al de la norma interpretada, en virtud del principio del *paralelismo de las formas jurídicas*,[14] en virtud del cual el texto de la norma

11 Quizá el mayor representante de la concepción positivista escéptica es Hans Kelsen. En la *Teoría Pura del Derecho* el jurista austríaco habla de sistemas cerrados, estructurados de forma piramidal en la que toda norma, para existir como parte de ese todo sistémico, debe fundamentarse en otra norma positiva, ubicada en el peldaño superior de la pirámide, hasta llegar a una *norma hipotética fundamental* que legitima a todo el ordenamiento, en su conjunto. La concepción opuesta puede ser encontrada en John Finnis. Este filósofo *iusnaturalista* hace depender a la legitimidad de la norma jurídica, no en otra norma esencialmente parecida, sino en su consonancia con los que el autor denomina los *siete bienes básicos* para la existencia humana: la vida, el conocimiento, el juego, la experiencia estética, la sociabilidad o amistad, la razonabilidad práctica y la religión. Todas ellas dependerían de otras pautas metodológicas que permitan su verificación práctica. Así, la creación de la norma jurídica se fundamenta en la persecución de objetivos sociales prácticos. Véase Finnis, John. *Plan nacional de formación y capacitación de la rama judicial*. Bogotá, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla / Consejo Superior de la Judicatura, 2ª ed., 2008, pp. 34-45.

12 Moretti, Francesca. "El precedente judicial en el sistema inglés". *Atlas de Derecho Comparado*. Comp. Francisco Galeano. Madrid, Fundación Cultural del Notario, 2000, p. 29.

13 Nieto García, Alejandro. *Crítica a la razón jurídica*. Madrid, Editorial Trotta, 2007, p. 84.

14 Pérez Royo, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid, Marcial Pons, Editores Jurídicos y Sociales, 2ª, pp. 171-187.

interpretativa se incorpora y pasa a formar parte del texto de la norma interpretada. En este sentido, al ser la Corte Constitucional el máximo intérprete de la Constitución y al poseer la facultad de dictar jurisprudencia vinculante, podría, en determinados casos incorporar normas al bloque de constitucionalidad por medio de sus fallos, por ejemplo, cuando estos son capaces de desarrollar el contenido de los derechos constitucionales o incorporar derechos implícitos o nuevos, en virtud de la cláusula abierta, prevista en el artículo 11, numeral 7 de la Constitución de la República. Con todo esto, resulta claro que el sistema tradicional de fuentes jurídicas en el Ecuador ha tomado un giro radical.

En consecuencia, se podría inferir que la *pirámide kelseniana* ha quedado reemplazada por un sistema complejo y versátil en el que la jurisprudencia constitucional ha dejado de ser una fuente jurídica de base, para ubicarse en la cúspide de dicha estructura conjuntamente con la Constitución y los instrumentos internacionales por tratarse de la norma jurídica que escribe o reescribe diariamente la Constitución, por medio de sus fallos.

Nos encontramos, pues, ante un período de transición que se desplaza desde un sistema legal-positivista que ve en la jurisprudencia, en la costumbre y en la doctrina fuentes jurídicas auxiliares[15] hacia un modelo pluralista en el que estas fuentes adquieren una relevancia más propia de la familia jurídica del *common law*.

En el caso de la jurisprudencia, esta transición es mucho más evidente. En los modelos anteriores fue identificada como fuente instrumental, con utilidades concretas y siempre como complemento de la ley. Así, a la jurisprudencia le correspondía: a) la pura y simple aplicación de la ley; b) la mera precisión de ambigüedades o conceptos; c) la cobertura de lagunas dejadas por la legislación; d) la defensa de la voluntad legislativa.[16]

---

15 Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-123/95: "En materia judicial el principio de igualdad no puede entenderse de manera absoluta, lo que no quiere decir que pierda vigencia. La Constitución reconoce a los jueces un apreciable marco de autonomía funcional, siempre que se sujeten al *imperio de la ley* (CP arts. 230 y 228). De otra parte, la jurisprudencia tiene solo el carácter de criterio *auxiliar*." (Énfasis agregado.)

16 La denominada *jurisprudencia de conceptos* pretendió conceder a la actividad judicial la única función de precisar los textos establecidos por el legislador, como norma jurídica. Véase Carrió, Genaro. *Notas sobre derecho y lenguaje*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2ª ed., 1979, pp. 49-64.

En el caso de la doctrina y de la costumbre existe, hasta hoy,[17] la prescripción por la cual estas y los principios generales del derecho no constituyen norma jurídica, si la ley no se remite a ellas ungiéndolas de poder coercitivo. De esta forma, según la tradición civilista tradicional,[18] la ley constituyó la única fuente genuina de derecho, y todas las demás llegarían a serlo siempre que el legislador, por remisión o reconocimiento expreso, les conceda dicho estatus.

Los paradigmas constitucionales contemporáneos nos hablan de una jurisprudencia que va precisando, definiendo, reescribiendo, conservando y actualizando los preceptos de la Constitución y de la ley, con base en la solución de casos concretos y en las necesidades sociales supervinientes; pero fundamentalmente, la jurisprudencia va creando verdaderas e inéditas reglas jurídicas cuasilegislativas, principales y autosuficientes (subreglas jurisprudenciales).

De esta forma, la jurisprudencia ha dejado de estar subordinada a la ley, para equipararse a ella cuando esas subreglas se refieren a un ámbito reservado para su acción; e incluso superarla, si tales subreglas, por incurrir en fundamentación constitucional, pasan a incorporar normas al *bloque de constitucionalidad*.[19] Este sería el caso de algunos precedentes que emanan de la Corte Constitucional y a la vez uno de los fundamentos de existencia de la propia Corte.

---

17 El Código Civil reconoce como única fuente principal de derecho a la ley, las demás quedarían reducidas a la calidad de fuentes meramente instrumentales. La jurisprudencia, de acuerdo con este cuerpo normativo "no tiene fuerza obligatoria sino respecto de la causa en la que se pronunciaren" (art. 3, inciso 2). Asimismo, el artículo 2 establece que "la costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remita a ella."

18 Entre los autores más destacados de la escuela antiformalista encontramos a Geny. El profesor francés aporta al enriquecimiento de las fuentes jurisprudenciales, desde la reivindicación de la doctrina como fuente principal del derecho, aunque reconoce exigibilidad indirecta. Según Geny, pese a que la Carta magna del liberalismo, el Código Civil, no incluye dentro de las fuentes jurídicas formales a la doctrina, es precisamente esta la base de casi toda la producción legislativa. La ley, la jurisprudencia y los principios generales se incorporan y evolucionan, a la sombra de la producción académica. Por otra parte, la doctrina es capaz de redefinir a la norma positiva porque da las pautas de interpretación que podrían cambiar el modo de entender y aplicar la norma legislativa. De ahí la importancia de los aportes argumentativos con la que las partes asisten a la labor jurisdiccional, en la construcción de subreglas jurídicas con alcance general y abstracto, similar al que alcanza la ley.

19 Dulitzky, Ariel. "La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: estudio comparado". *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*. Comps. Martín Abregú y Christian Courtis. Buenos Aires, Editores del Puerto s.r.l, 2ª ed., 1998, pp. 33-74.

Bajo este contexto, nos encontramos ante una fuente jurídica principal, vinculante y primaria que no busca únicamente interpretar la norma positiva, conforme a su *espíritu* sino alcanzar la vigencia material del ordenamiento, como un todo complejo que diariamente se reinventa a sí mismo. Se trata, además, de una fuente jurídica independiente, capaz de adecuar, armonizar y afinar el ordenamiento jurídico, en su conjunto. En tal sentido, por las connotaciones jurídicas que actualmente posee la jurisprudencia y por tratarse de un sistema independiente en formación y desarrollo, el análisis y utilización de la jurisprudencia tiene que ser realizado de manera técnica, profesional y por personas con formación y destrezas que vayan más allá de la mera interpretación de la norma.

En definitiva, el sistema de precedentes implementado por la Constitución nos obliga a los operadores de justicia a prepararnos en el manejo de otro tipo de hermenéutica, a familiarizarnos con una heurística diferente, que exige un adiestramiento complementario a nuestra minimalista formación positivista.

El cambio de paradigma consiste en otorgar a las decisiones jurisdiccionales, de los más altos tribunales de justicia, una posición preponderante, inclusive por encima de la ley y hasta de la propia Constitución, si en materia de derechos constitucionales se establecen estándares y alcances mayormente garantistas.

Por otro lado, la función creadora de reglas jurídicas, que se reconoce a la jurisprudencia, no excluye ni bloquea a las competencias interpretativas y operativas tradicionalmente atribuidas al legislador; por el contrario, las fortalece, amplía, actualiza y complementa, por lo que no se presenta conflicto alguno entre las funciones del Estado, que desde esta perspectiva están llamadas a armonizarse, complementarse y a construir un sistema jurídico basto, como mecanismo de respuesta ágil y eficaz, al servicio de los derechos de la persona.[20]

Esta expresión primaria del derecho que emana del trabajo cotidiano del juez, implica que los organismos dotados de potestad jurisdiccional

20 "En el Estado constitucional de derechos, en cambio, los sistemas jurídicos y las fuentes se diversifican: 1. la autoridad que ejerce competencia constitucional crea normas con carácter de ley (precedentes nacionales)…" Ávila Santamaría, Ramiro. "Ecuador Estado constitucional de derechos y justicia". *Constitución del 2008 en el contexto andino: análisis desde la doctrina y el derecho comparado*. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 30.

mantengan ese rol de meros aplicadores de la norma positiva, pero además, que pasen a constituirse en creadores constantes, dinámicos y directos de las mismas. Con ello, el juez viene a ser el principal catalizador de todo tipo de conflictividad social, guardián del orden constitucionalmente establecido; así como, garante del pleno ejercicio de los derechos constitucionales.

## 4. El derecho por precedentes

Como fuente principal y creadora de derecho, una sentencia emitida por una Corte de cierre tiene la facultad de producir efectos subjetivos o *inter partes*, debido a su función esencial de resolver casos concretos; pero también, produce efectos *erga omnes*, por tener la capacidad de condicionar la solución de casos futuros que se adecúen a los presupuestos fácticos analizados. En tal razón, el operador de justicia debe realizar una primera interpretación comparativa de los presupuestos fácticos que produjeron la traba de la *litis*, para poder establecer una posible analogía, lo que se logrará discriminando los hechos esenciales de los circunstanciales, para profundizar el estudio de los primeros.

Si existiese correspondencia entre los hechos esenciales de un caso resuelto y otro en discusión, se deberá continuar hacia un segundo nivel de análisis analógico: a distinguir la denominada *obiter dicta* de la *ratio decidendi*.[21]

La *obiter dicta* está conformada por argumentos auxiliares o retóricos que no resuelven el problema central del caso, por tanto, no constituyen regla jurisdiccional en sentido estricto, aunque sirve para aclarar conceptos.

Para identificar el precedente jurisprudencial será preciso remitirnos a la parte resolutiva del fallo que permita realizar un rastreo de los argumentos centrales que determinaron la decisión. Estos argumentos gravitacionales serán su *ratio decidendi*.

21 Autores como Carlos Bernal Pulido (*El derecho de los derechos*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 176-177) reconocen tres partes dentro de una misma sentencia: *decisum*: constituye el fallo o solución para un caso en concreto; *ratio decidendi*: citando jurisprudencia colombiana (sentencia C-569) "contiene las razones jurídicas que orientan la decisión judicial"; *obiter dicta*: que son "afirmaciones, casi siempre teóricas, de carácter muy general y abstracto, que solo cumplen un papel secundario en la fundamentación".

Identificada la razón central de la decisión, a partir de ella se podrá conocer el método argumentativo utilizado por el juzgador para ver si los criterios adoptados crearon una subregla o si se procedió a la subsunción de una regla preexistente, caso en el que, de no haber aporte a la norma subsumida, no se podría hablar de precedente.

La regla vinculante que emana de un fallo, es decir, su *ratio decidendi* no solo es capaz de precisar el sentido de la regla positiva, lo que podría hacérselo por medio de sentencias interpretativas o resoluciones de carácter general,[22] al estilo de la *jurisprudencia de conceptos*, sino que es capaz de crear una regla inédita, independiente, autosuficiente y capaz de ser subsumida en casos ulteriores. En tal virtud, el precedente jurisprudencial equivale a una norma positiva, *cuasilegislativa*, con capacidad de subsunción para casos ulteriores.

Para ello, los jueces utilizan una infinidad de metodologías en la creación de su *doctrina probable*;[23] no obstante, ante un caso análogo, retornará al método *subsuntivo* para la aplicación de la *subregla* establecida. En tal virtud, no se trata de abrir paso a la arbitrariedad o conceder al juez poderes omnímodos incuestionables, similares a los del rey despótico; por el contrario, el juez, en el ejercicio de sus fallos va *autolimitándose*, dado el poder gravitacional de sus pronunciamientos, por lo que no podría, como en el sistema anterior, elegir la premisa mayor o norma que lo condujera hacia una conclusión preconcebida sino que deberá ser fiel a su criterio o justificar suficientemente su cambio. Una actitud contraria, contravendría al principio de igualdad formal.

El sistema de precedentes jurisprudenciales impone al juzgador la obligación de proyectarse en el tiempo hacia posibles hipótesis ulteriores, para tener un mínimo de certeza de que la aplicación del precedente en construcción (subregla), en casos análogos en que no existan elementos esenciales diferenciadores, no dará lugar a soluciones erróneas o respuestas absurdas.

En tal virtud, el juez se encuentra en una situación intermedia que enlaza al pasado con el futuro. Al pasado, en cuanto no puede dejar de

22 Las resoluciones que dictaba la ex-Corte Suprema de Justicia, en este sentido, tuvieron dos fines específicos: a) dirimir conflictos ante fallos contradictorios (sentencias dirimentes); b) interpretar la ley ante oscuridad de la misma; c) promulgar sus fallos reiterativos.

23 Se denomina doctrina probable a aquellos criterios jurisprudenciales, que pese a ser normas jurídicas, debe ser invocada por las partes y probada la procedencia de su aplicación analógica.

atender los precedentes ya establecidos y las normas constitucionales y secundarias preexistentes, presumiblemente fundamentados en principios de la más alta jerarquía normativa, que a su vez, guardan relación con el *thelos* u objetivos fundamentales del sistema jurídico. Asimismo, la actividad del juez se engancha hacia el futuro, no solo por regular casos análogos ulteriores, sino porque traza el sendero por el que deben transitar los demás operadores jurídicos.

Este ejercicio de proyección al futuro previene que el precedente sea creado con fines coyunturales y permite alcanzar niveles mínimos de estabilidad y confianza en la autoridad creadora, lo cual tiene un peso político fuerte en la opinión pública y en la legitimidad democrática de los operadores de justicia. Asimismo, la creación de precedentes estables y altamente meditados constituye para los justiciables una garantía a su derecho a la igualdad; de ahí también, se desprende el carácter vinculante del precedente jurisprudencial y la necesidad de difundirlo.

Bajo este esquema, el principio de cosa juzgada adquiere una doble dimensión: una, en relación con los hechos que configuran el caso resuelto (cosa juzgada explícita),[24] y otra, en cuanto al tema materia de análisis o interpretación, al establecer las pautas a partir de las cuales se deben resolver casos futuros ulteriores (cosa juzgada implícita), la cual, puede ser entendida y asimilada a la *ratio decidendi*.

Desde otro punto de vista, la identificación del precedente jurisprudencial a partir de los hechos relevantes del caso, excluye la posibilidad de que los operadores de justicia induzcan a error con la y pretendan que el juzgador aplique elementos retóricos o auxiliares de un fallo, como si se tratase de una subregla vinculante que podría extender los criterios jurisprudenciales a cualquier situación análoga. El tratamiento técnico y sistemático de los precedentes jurisprudenciales da herramientas al juez para

24 La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha relativizado el principio de cosa juzgada ya que esta no puede ser tenida como definitiva, cuando existe un caso de cosa juzgada aparente, írrita o fraudulenta. En el caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia del 26 de septiembre de 2006, párrafo 152, la CIDH determina que no es aplicable el principio *non bis in idem* en cuanto no constituye un derecho absoluto cuando: 1) el sobreseimiento del acusado pretende la impunidad de la persona acusada de violación a los derechos humanos; 2) el proceso no cumplió con el principio de imparcialidad por parte del juzgador; 3) no existió intención real de someterlo al acusado al poder de la justicia. Véase Noguera Alcalá, Humberto. "Los Desafíos de la Sentencia de la Corte Interamericana en el Caso Almonacid Arellano", p. 311. Internet. *http://www.iidpc.org/revistas/7/pdf/313_333.pdf*.

que pueda argumentar que pese a que tal o cual criterio consta en una determinada sentencia, se trata de una subregla aparente, argumento que puede fundamentarse en dos elementos: el primero, en que la supuesta subregla invocada no goza de la categoría de precedente, por ser parte de la *obiter dicta* de la sentencia en la que se consagró; el segundo, porque los hechos de los casos que se pretenden asimilar no son análogos. Por tanto, la disanalogía constituye otra garantía de seguridad jurídica en cuanto impide que cualquier elemento de una sentencia sea considerado y aplicado de manera arbitraria.

Ahora bien, sin perjuicio del valor vinculante de los precedentes adoptados por las cortes de cierre, un precedente rígido a extremo podría colisionar con el principio de independencia interna y externa que el artículo 168, numeral 1 de la Constitución concede a los órganos de la administración de justicia.

Para resolver este dilema, es preciso que la propia Corte Constitucional, por medio de su jurisprudencia, vaya identificando el punto de equilibrio entre estos dos principios constitucionales. Este justo medio está dado por la obligación argumentativa impuesta a todo juez o jueza. En este sentido, el precedente vertical (fallos de las altas cortes) debe ser obedecido mientras no existan razones jurídicas relevantes y suficientemente argumentadas, que justifiquen un alejamiento del criterio jurisprudencial. Esta posibilidad guarda relación con la naturaleza dinámica de la jurisprudencia que obliga a la adaptación constante de los preceptos jurídicos al cambio de los tiempos y beneficia al sistema, en su conjunto, porque permite su constante perfeccionamiento, sin que esto implique un libertinaje judicial.[25]

Una inadecuada aplicación de los sistemas jurisprudenciales produce un crecimiento desordenado, desorientado y desproporcionado del derecho judicial, por tanto, se incurriría no solo en una de las principales falencias del sistema legislativo que motivó el resurgimiento del derecho judicial, como fuente primaria; sino que puede ser origen de contradicciones con otras fuentes jurídicas. La posibilidad de desbordamiento del derecho judicial obliga a las altas cortes a autocontenerse y a manejar prudentemente las herramientas que el sistema ha puesto a su disposición.

25 Sentencia C-037-/96, Corte Constitucional colombiana.

En sentido general, el sistema de precedentes es jerárquico. De allí que, la Constitución cuando habla de jurisprudencia solo se remite a las tres altas cortes del país: la Corte Constitucional, el Tribunal Contencioso Electoral y la Corte Nacional de Justicia. En este sentido, sus fallos vinculan a la decisión de jueces y órganos administrativos de inferior jerarquía, así como, al propio emisor de la regla (*autoprecedente*).

Sin perjuicio de ello, el órgano que generó el precedente e incluso los órganos inferiores, aunque en este último caso de forma excepcional, pueden apartarse del precedente,[26] siempre que el disidente cumpla con la obligación de demostrar: a) un posible error en el que incurrió el autor de la subregla al dictar el fallo; b) la improcedencia de aplicar dicho precedente al caso nuevo porque se invoca una *obiter dicta* y no una *ratio decidendi*; c) la necesidad de interpretar una regla o principio de manera más favorable al pleno ejercicio de los derechos constitucionales. Todas estas posibilidades son viables dada la independencia que, aún dentro de un sistema vertical de precedentes, mantienen los jueces de acuerdo con la Constitución.

Cuando el error es denunciado por la propia corte de cierre (*distinguishing*), el nuevo precedente se superpondría al anterior,[27] sustituyéndolo y, consecuentemente, derogándolo. Si la separación proviene del juez a quo, esta regla no sería, en principio, vinculante pero podría llegar a persuadir al superior y este, al adoptarlo como propio, produciría el cambio de precedente.

De acuerdo con este modelo, el juez inferior está obligado a participar en la configuración de la jurisprudencia, en cuanto debe incorporar en sus fallos criterios tan sólidos que, al momento de ser revisados por la Corte, sirvan como insumo para la elaboración del precedente obligatorio. Lo mismo ocurre con el criterio del abogado que llega a ser aceptado por el juez de instancia y, con ello, da inicio a la cadena anterior. Se puede hablar, entonces, de un *precedente con valor persuasivo*. Bajo este esquema, se puede identificar relaciones multidireccionales en sentido

26 Esta práctica de la Corte Constitucional colombiana es contraria a la tradición establecida por la mayoría de los sistemas anglosajones. En estos ordenamientos los jueces inferiores no pueden separarse del *stare decisis*, alegando cambios contextuales que evidencien errores del precedente o que propugnen adecuaciones a las mismas.

27 Como si se tratase de una *lex posteriori*.

horizontal y vertical, dentro de un mismo sistema que se construye gracias a la interacción de sus partes.

Otro punto a favor de la creación judicial del derecho radica en su mayor riqueza deliberativa y técnica durante su proceso de formación, en comparación con el derecho legislativo. En este caso, bastaría que un grupo o bancada poseyera la mayoría requerida, para cada caso, para que la Asamblea Nacional aprobare un texto; a lo que debemos sumar el hecho de que se requiere la favorable predisposición política del Presidente de la República para que tal o cual iniciativa no se vea frustrada por un veto total o parcial. En contraposición, la creación del derecho judicial surge del debate técnico-jurídico y no de negociaciones y concesiones entre conveniencias de sectores sociales dotados de poder; por tanto, el precedente jurisprudencial no constituye obra de autoría exclusiva del juzgador, es una fuente cuyo proceso dialéctico de formación va nutriéndose con aportes argumentativos que son confrontados entre sí, lo que obliga a debatir entre interpretaciones técnico-jurídicamente viables y razonables, a la luz de fuentes nacionales, internacionales, de derecho comparado, apoyo de criterios doctrinarios, investigaciones jurisprudenciales, estudios sobre la evolución histórica de la institución y aportes inéditos de los propios operadores intervinientes. Con ello, la jurisprudencia se presenta como una fuente de mayor elaboración, pensada y justificada argumentativamente[28] por la autoridad jurisdiccional.

La exposición de motivos que el legislador incorpora a la ley no es comparable a la motivación jurisdiccional en cuanto a su detalle y especificidad.

28 En este sentido, el realismo jurídico norteamericano, representado fundamentalmente por Ross, lleva al valor justificativo de la argumentación judicial al extremo de hablar de decisiones arbitrariamente concebidas por el juez, maquilladas de tal manera que pueden llegar a persuadir a la ciudadanía por su contenido retórico, más no porque se trate de una decisión predeterminada por el derecho. Cabe señalar que el realismo jurídico, al igual que la escuela del *Derecho Libre* y la denominada *Jurisprudencia de Intereses,* surgen en el paso del siglo XIX al XX como una respuesta al *positivismo ingenuo* que concebía al derecho como un sistema completo, coherente y claro; por tanto, autosuficiente. Pensamos que si bien la motivación busca persuadir sobre la corrección y validez del razonamiento jurídico, no es menos cierto que las razones en las que el juez asienta sus argumentos son criterios técnico-jurídicos preestablecidos, que no necesariamente corresponden a la ley, puesto que según lo venimos diciendo, esta no constituye la única, ni siquiera la más importante fuente de derecho. Véase García Amado, José Antonio. "Interpretar, argumentar, decidir". *Anuario de Derecho Penal, Perú, 2005*. Estudio monográfico sobre interpretación y aplicación de la ley penal, pp. 2-9. Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad de Friburgo. Internet. *www.geocities.com/jamagamado*.

Esto no quiere decir que el juez elimine, por completo, la dimensión política de sus fallos, solamente que su espectro de decisión se ve reducido a criterios de juridicidad y no de meras conveniencias partidistas. Tampoco queremos decir que el ámbito de acción del juez se elimine la discrecionalidad, ya que este seguirá contando con una gran variedad de fuentes y métodos de interpretación y aplicación, que bien podrían dar soluciones distintas a casos similares. Lo que se alcanza con la constitucionalización de la jurisprudencia como fuente primaria es que el propio juzgador se autolimite y garantice un trato igual a personas que se encuentran en situaciones jurídicas similares.[29]

En esta línea de pensamiento, más allá del debate que existe en el seno de todo tribunal, a lo largo de la sustanciación de una causa, la decisión que adoptará el juzgador, para dar por terminado el conflicto, se va nutriendo y adquiriendo fuerza argumentativa. En tal sentido, el juez no solo está en la obligación de exponer los motivos que condicionaron su parecer sino que, también, de argumentar sobre las razones por las que la posición de uno o de ambas partes no son las idóneas para resolver el conflicto, materia de estudio.

Por otro lado, los casos no poseen una sola posibilidad de resolución legítima, muestra de ello son, o pueden ser, los votos salvados, razonados y/o concurrentes que ciertos magistrados formulan para justificar las razones por las que se separan o concurren con el fallo de mayoría, posibilidad que coincide con el principio de independencia interna de juezas y jueces. La regla creada en la disidencia judicial, pese a no constituir *prima facie* un precedente vinculante, puede llegar a serlo si con posterioridad la Corte o Tribunal lo adopta como propia. De ahí la trascendencia justificativa no solo de los criterios judiciales vinculantes, sino también de los disidentes y de la fuerza argumentativa y persuasiva de unos y otros en torno a un contexto delimitado por los hechos materia de controversia.

Por lo anotado, todo aporte recogido o no por el organismo jurisdiccional en sus votos de mayoría, votos salvados y concurrentes, son importantes

29 Quienes desarrollaron el criterio intencionalista de la jurisprudencia sostienen que el juez, generalmente, elabora su fallo en sentido inverso al carácter silogístico que se le atribuyó al derecho legislativo. Así, estos autores sostienen que el juez empieza por la conclusión; es decir, por la parte resolutiva, luego de lo cual busca los argumentos necesarios para justificar la solución dada al caso, con antelación.

para la producción jurisprudencial de una Corte o Tribunal, con sus consecuentes repercusiones en el sistema en conjunto. En el peor de los casos, tales razonamientos son valiosos, así fuese para descalificarlos, toda vez que la guerra argumentativa y la derrota racional de los criterios calificados como erróneos o impertinentes, fortalecen al precedente adoptado, en función de la calidad de la parte motiva de cada uno de ellos.

El sistema de precedentes es un modelo en constante autodepuración por la sola presentación de nuevos casos, lo que obliga a la confrontación y actualización de las tesis adoptadas en casos anteriores en contraposición con los criterios esgrimidos por la parte a la que no interesa la prevalencia del precedente, característica reconocida y muy valorada por el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos.

> Esta Corte ha, pues, incurrido, en su mayoría, en un grave error en su anterior Sentencia en el caso de la comunidad indígena Yakye Axa versus Paraguay […] no solo en cuanto al derecho material aplicable (atinente al derecho fundamental a la vida en su amplia dimensión y el derecho a la identidad cultural, supra), sino también en materia de derecho procesal. Sin embargo, ha rectificado dicho error en la Sentencia que viene de emitir la Corte en el presente caso de la Comunidad indígena Sawhoyamaxa, y ha retomado así la línea de su más lúcida jurisprudencia al respecto.[30]

No podemos pensar siquiera en la infalibilidad de las autoridades jurisdiccionales, tampoco creer que sus decisiones pueden o deben mantenerse estáticas a lo largo de los siglos. Si bien es cierto "que en las sentencias no pueda existir de hecho algún grado de discrecionalidad sino que, institucionalmente, el juez viene llamado no a elegir una solución entre varias posibles sino a adoptar solo una solución la correcta o la más correcta",[31] podríamos sostener que el dinamismo que caracteriza al derecho nacido de la casuística, hace que todo precedente sea puesto a prueba cada vez que se sustancie un caso análogo. Esta característica particular de la jurisprudencia es más evidente cuando existen procesos de renovación de magistradas y magistrados, que incorporan al debate nuevos elementos

30 Voto razonado del juez Antônio Augusto Cançado Trindade, Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay. Corte Interamericana de Derechos Humanos.

31 Prieto Sanchís, Luis. *Apuntes de Teoría del Derecho*. Madrid, Editorial Trotta, 2ª ed., 2007, p. 222.

de juicio, que así como pueden fortalecer al precedente, podrían derribarlo, con las consecuencias que de ello derivaría. Todo esto fortalece, afina y reconstruye al precedente adoptado sobre la base de los mismos cimientos, lo depura, lo confronta con otras posiciones, lo actualiza, afianza o deroga.

A diferencia de lo que ocurre en los sistemas legalistas tradicionales que, irremediablemente tienden a envejecer hasta llegar a su total obsolescencia, lo que evidentemente genera inseguridad jurídica, puesto que el juez tendría que adecuar a discreción el contenido de una norma que, por anacrónica, se encuentra fuera de contexto, la experiencia indica que la estabilidad alcanzada por los sistemas jurídicos ha sido más estricta en aquellos de tradición casuística. Generalmente, los criterios adoptados por la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica, por ejemplo, se han mantenido a través, no solo de los años sino inclusive de los siglos.[32] Por el contrario, los sistemas legalistas, por el natural envejecimiento de la norma abstracta, se ven en la obligación de reformarse o sustituirse continuamente.

La estabilidad de los sistemas jurisprudenciales tiene mucho que ver con el lento pero armónico desarrollo de la jurisprudencia. En primer lugar porque habría que esperar la aparición de un nuevo caso, que por sus propias características sea capaz de cuestionar al precedente preestablecido; en segundo lugar, porque la ampliación o especificación de puntos concretos dentro del criterio acuñado, no constituye un abandono de este sino una modulación o actualización del mismo.

El carácter armónico que se le atribuye al sistema de precedentes está dado porque una decisión jurisprudencial ulterior, salvo contadas excepciones, no es capaz de trastocar al sistema como tal, sino a un punto muy

32 El sistema norteamericano ha experimentado verdaderas revoluciones jurídicas originadas en su sistema de justicia. Podemos citar al caso *Brown contra en Consejo de Educación* de 1957, por el cual se eliminó la disgregación de los afroamericanos, que en virtud de este fallo pudieron acceder a establecimientos educativos, tradicionalmente de "blancos", rompiendo así la doctrina de "iguales pero separados". Otro caso de altísima importancia fue el *Roe contra Wade* de 1973, por el cual se consagró el derecho de la mujer al aborto. Estas sentencias paradigmáticas y a su vez creadoras de líneas jurisprudenciales han permanecido en el tiempo y han condicionado la resolución de todos los casos supervinientes. La estabilidad del sistema de precedentes norteamericano está dado por sentencias como la dictada en el caso *Marbury contra Madison* de 1803 en la que se estableció la competencia de los jueces para realizar en control difuso de constitucionalidad, que ha tenido influencia en casi todos los sistemas constitucionales contemporáneos.

concreto de la actividad jurisdiccional; no así, el derecho legislativo en los que, cada vez que se dicta un nuevo texto legal, el sistema está obligado a esperar que todos los agentes de justicia lo comprendan y puedan implementarlo, lo que implica un período caótico de transición. Resulta paradójico, aunque no improbable, que una vez que el sistema legislativo hubiese llegado a cuajar en la vida jurídica del país, lo que generalmente toma años y un cúmulo de errores prácticos, el texto legal sea sustituido por otro, dando inicio a una nueva transición y, con ello, a un nuevo círculo caótico.

Por lo indicado, el sistema constitucional ecuatoriano se encuentra y permanecerá por algunos años en proceso de consolidación, razón por la cual se considera pertinente remitirnos al derecho comparado, a fin de identificar los métodos y acciones que consolidaron al sistema de precedentes en este país, todo esto, a fin de encontrar algunas claves que nos permitan errar en la menor medida posible dentro de este proceso experimental del manejo de nuevas fuentes jurídicas primarias, con características propias y metodologías particulares que, paulatinamente, deberán ser incorporadas a nuestro sistema, aunque con sentido crítico, con identidad propia y de acuerdo con las exigencias de nuestra realidad.

## 5. La inserción del precedente jurisprudencial en Ecuador

### 5.1. Precedente nacional obligatorio

El precedente obligatorio, como institución jurídica, no es precisamente una novedad para el sistema ecuatoriano. Su antecedente más inmediato y equivalente constituyen los fallos de triple reiteración que emitían las Salas de Casación de la Corte Suprema de Justicia. Si bien esta facultad persiste para la Corte Nacional, ha sido limitada por el artículo 185 de la Constitución de la República vigente, que establece un paso adicional para que el precedente tenga el carácter de vinculante, el cual es que el Pleno de la Corte Nacional de Justicia lo declare como tal.

La obligatoriedad de la reiteración jurisprudencial como requisito para la configuración del precedente vinculante, resulta incongruente con el derecho a la igualdad, ya que hasta llegar a consolidar el precedente, la

Corte de Casación podría, al menos en teoría —y hemos visto como esto ocurrió también en la práctica— aplicar diferentes criterios a situaciones jurídicamente similares.

El precedente constitucional difiere, en este sentido, puesto que cada sentencia creadora de una subregla constituye, por sí misma, un precedente exigible desde el momento mismo de su expedición. El derecho a la igualdad exige que en el segundo caso análogo se proceda conforme se lo hizo en el primero, de ahí que la Corte Constitucional no requiera que sus decisiones sean reiterativas y coincidentes para adquirir el carácter de precedentes vinculantes. Tampoco estaría obligada a precisar el número de ocasiones en las que ha adoptado un mismo criterio, aunque, sin duda, la estabilidad del precedente favorece a la institucionalidad de la Corte. En suma, en materia constitucional, bastaría con la demostración de la existencia de una sentencia fundadora de línea o de una sentencia paradigmática[33] para sostener que la *ratio decidendi* de un caso es norma obligatoriamente aplicable a un caso análogo.

En cuanto al precedente horizontal, cuyo acatamiento puede ser legítimamente evitado por otros organismos de similar jerarquía, podemos decir que se presenta como un criterio jurídico meramente referencial o guía, por tanto, los demás jueces no estarían obligados a remitirse a la sentencia de su colega para justificar su inobservancia; no obstante, podrían adoptar un criterio similar que por su reiteración en diferentes judicaturas adquiera un mayor valor persuasivo en la elaboración del precedente por parte de la Corte Constitucional.

Por el contrario, el precedente vertical y el autoprecedente atan, en sentido argumentativo, al juzgador futuro. A diferencia del horizontal, el precedente vertical tiene que ser expresamente citado por la propia Corte y por el juez inferior, sea para adherirse a su tesis o para separarse justificativamente de ella.

La cita expresa del precedente constitucional es tan obligatoria como la referencia a la Constitución y a la ley en la motivación de decisiones jurisdiccionales. Tanto es así, que ante una eventual colisión entre preceptos

33 Por sentencia fundadora de línea entiendo a aquella que crea el precedente jurisprudencial, y por sentencia paradigmática, aquella que reforma o complementa el criterio creado por la fundadora de línea y sostenida por sus confirmadoras, durante el tiempo de vigencia de este precedente.

legales y jurisprudenciales, el juez inferior deberá remitirse a ambos preceptos a fin de justificar su decisión, de acuerdo con criterios válidos de prevalencia entre una y otra. Así, el juzgador deberá remitirse, en primer lugar, a métodos para evitar la colisión de fuente (interpretación sistemática, teleológica, principio *pro homine*); luego a criterios para resolver antinomias de primer grado (jerárquico, temporal o de especialidad), y, finalmente, a criterios de solución de antinomias de segundo grado (entre métodos de solución de antinomias primarias) a fin de cubrir, en cuanto le fuere posible, toda grieta argumentativa por la que pudiese filtrarse alguna inconsistencia o falacia que permita cuestionar la validez lógica y material del fallo.

El respeto al autoprecedente cumple con una función técnico-jurídica, aunque con alto contenido y trascendencia política.[34] En este sentido, la generalizada reiteración de los propios criterios, su estabilidad y su constante enriquecimiento proyecta hacia los operadores de justicia y hacia la opinión pública mínimos indispensables de coherencia en el ejercicio de la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Este modo de proceder va legitimando a las altas cortes dentro de un sistema democrático. Entretanto, la legitimidad funcional que van construyendo las cortes repercute en la fuerza política que acumulan, y esto directamente repercute en su independencia respecto del poder político. En definitiva, un responsable manejo del autoprecedente y un control sobre la aplicación del precedente vertical por parte de los operadores de justicia son elementos determinantes para la estabilidad institucional y legitimación democrática de las cortes.

El criterio de reiteración o *doctrina probable* que opera para la Corte Nacional de Justicia ha estado estrechamente ligado al recurso de casación cuya finalidad radica en garantizar la efectiva vigencia formal y material de la ley, por tanto, su ámbito de competencia se agota en esta fuente.

Sin embargo, el recurso de casación deberá matizarse progresivamente por irrupción de principios superiores, como el de aplicación directa, según el cual la ley debe ceder ante el poder normativo superior de la Constitución.

34 Así como es importante también alcanzar dentro de cada fallo al menos una mayoría contundente, cuando no se puede tener unanimidad, ya que esto ofrece a la ciudadanía una imagen de unidad y confianza respecto a la certeza y a la racionalidad con la que actúa el organismo.

La acción extraordinaria de protección es un presupuesto fuerte de unidad del sistema que tenderá a la flexibilización del recurso de casación, ya no limitándolo a la indebida o falta de aplicación de la ley, sino trasladando su lógica hacia la falta de aplicación o indebida aplicación del derecho en un sentido amplio, especialmente del derecho constitucional y del derecho internacional de los derechos humanos y de sus principios y valores específicos.

### 5.2. Precedente internacional

Según el esquema anterior y toda vez que, el artículo 11, numeral 3 de la Constitución establece que los derechos y garantías establecidos en dicha norma y los instrumentos internacionales son de directa e inmediata aplicación, se debe considerar que los criterios que adopte la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en su calidad de organismo jurisdiccional supranacional, constituyen precedente vertical, de obligatoria observancia para las tres altas cortes nacionales.

En ese sentido, todos los países que han reconocido facultades jurisdiccionales a esa Corte, han aceptado el poder vinculante de sus criterios. Esta obligatoriedad que tienen los fallos de la CIDH trasciende a las consecuencias *inter partes* de los mismos, la naturaleza generalmente obligatoria de estos pronunciamientos se extiende, por ser precedente, a todas las cortes y sistemas jurídicos internos de sus países adscritos.

La fuerza del precedente consagrado por la CIDH proviene generalmente de sus competencias contenciosas. En el caso ecuatoriano, dado que la Constitución habla de "instrumentos internacionales" y que la jurisprudencia y las opiniones consultivas, al igual que las observaciones generales de los órganos de las Naciones Unidas constituyen interpretaciones oficiales de los instrumentos que integran el *corpus* de los derechos humanos, normativa generalmente con categoría de *ius cogens,* los criterios adoptados en virtud de competencias consultivas oficiales también son exigibles para las autoridades internas.

En tal virtud, e insistiendo en el principio de paralelismo de las formas jurídicas, los principios jurisprudenciales emanados de la CIDH tendrían igual valor y jerarquía que la propia Convención. Luego, de conformidad con el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,

los Estados partes están obligados a adecuar sus sistemas normativos internos a los designios del ordenamiento internacional.

No obstante, debido a lo dilatado que puede resultar el proceso legislativo para armonizar la normativa interna con los estándares internacionales, corresponde a las altas cortes nacionales, su acatamiento directo y aplicación inmediata. En este sentido la Corte Constitucional es la más importante herramienta de recepción y vigencia sustancial de los avances y desarrollos generados en el derecho internacional.

La inobservancia del precedente internacional no puede justificarse per se por la aplicación de un autoprecedente. Cabe que la Corte Constitucional haga prevalecer la normativa positiva interna o sus precedentes jurisprudenciales, en la medida en que estas establecieren estándares mayormente garantistas con relación a la protección de derechos constitucionales, en concordancia con el principio de interpretación *pro homine*. Por tanto, en ciertas ocasiones, los precedentes de la Corte Constitucional prevalecen por sobre los establecidos por la CIDH o viceversa, según los estándares de protección previstos por cada una. En este sentido, una posible contradicción entre el precedente nacional y el precedente internacional en materia de derechos humanos no puede resolverse por criterios formales, sino únicamente sustanciales y de acuerdo al principio de interpretación *pro homine*. Bajo este criterio, resulta absurdo establecer una prelación definitiva en abstracto.

El precedente constitucional, entendiéndose por tal no solo al emanado de la Corte Constitucional, sino también el de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte Penal Internacional, Corte de Justicia de la Haya y demás órganos supranacionales con competencias jurisdiccionales y consultivas, tienen efectos irradiadores[35] porque comprometen, limitan y condicionan la producción jurídica de todas las demás fuentes del sistema.

## 6. El precedente constitucional en Ecuador

El reconocimiento del precedente jurisprudencial, como norma positiva de carácter general y abstracto, se fundamenta en la concepción que

35 Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 189-196.

tenemos de la Constitución como norma, tan jurídica como la propia ley, aunque con características jerárquicas y políticas especiales. En contraposición con los argumentos de Schmitt, para quien la Constitución no es sino un conjunto de enunciados declarativos y programáticos,[36] la norma fundamental reivindica su contenido vinculante por medio del principio de aplicación directa (artículo 426). Esta garantía de efectividad de la Constitución se relaciona con su supremacía puesto que ella "prevalece sobre cualquier otra [norma] del ordenamiento jurídico…" (artículo 424).

El valor político de la Carta está dado por el origen democrático de sus autores, por su aprobación vía referendo y por ser la norma encargada de la distribución del poder político, de limitarlo y de garantizar un trato igualitario a personas que se encuentren en situaciones de desventaja en relaciones entre particulares.[37]

No habiendo duda sobre el valor jurídico y jerárquicamente superior de la Constitución, no queda sino determinar las autoridades y procedimientos tendientes a su defensa. No basta con la obligación general de respetarla y hacerla respetar que poseen todos los organismos y entidades públicas; es indispensable designar a su principal garante, quien para cumplir con este rol tiene que gozar del poder jurídico y jerárquico proporcional a la norma que defiende.

Así como la ley, la Convención Americana, el Sistema de Justicia Internacional de Naciones Unidas, el Derecho Penal Internacional y cuanto ejemplo se nos pueda ocurrir, tienen sus guardianes específicos (Corte Nacional de Justicia, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte Internacional de Justicia y Corte Penal Internacional, respectivamente) la Corte Constitucional es la primera responsable de dar eficacia sustancial a este cuerpo normativo.

La Corte Constitucional –en su calidad de organismo jurisdiccional del más alto nivel, rol e impacto político– está en la obligación de encauzar o reencauzar el desenvolvimiento de todo operador público y privado

36 García de Enterría, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid, Editorial Civitas, 1985, pp. 157-174.

37 De ahí que Ferrajoli ha caracterizado a los derechos fundamentales como "la ley del más débil" a modo de un contrapeso a la ley del más fuerte, verificable en el contexto bélico, político, en las relaciones internacionales y en la interacción de sujetos en los mercados.

según los valores, principios y objetivos plasmados en este nuevo engranaje constitucional. De ahí que, el precedente jurisprudencial adquiere también un valor altamente pedagógico porque es el encargado de establecer las directrices que incumben a todos los elementos del sistema normativo; por eso la jurisprudencia está en la obligación de ser clara, precisa y didáctica para que su acatamiento sea lo más fácil posible.

Entretanto, la cláusula abierta establecida en el artículo 11, numeral 7 de la Constitución, en materia de derechos y garantías, hace posible que por medio de la producción jurisprudencial se incorporen nuevos derechos al sistema, los mismos que por derivarse de la dignidad del ser humano, al igual que los reconocidos en la Constitución gozan de la máxima jerarquía normativa y de las mismas garantías como, por ejemplo, la prohibición de restringir su ejercicio mediante la expedición de una ley.

La facultad de reconocer nuevos derechos, identificar derechos implícitos,[38] o profundizar en el contenido esencial de los ya consagrados, basada en un ejercicio inferencial, permite ir creando microsistemas normativos a partir de un precedente jurisprudencial. Si cada rama de la ciencia jurídica se crea y desarrolla sobre la órbita de un derecho determinado (derecho laboral, en torno al derecho al trabajo; derecho civil, en torno al derecho a la propiedad; derecho de telecomunicaciones, en relación al acceso a servicios públicos, por poner unos ejemplos) la Corte Constitucional, al reconocer un nuevo derecho por medio de su jurisprudencia, estaría colocando la primera piedra que deberá propiciar el desarrollo normativo de todo un microsistema en torno a ese nuevo derecho. Para que este pueda desarrollarse adecuadamente, deberá observarse la contextualización del derecho recientemente institucionalizado y dotarlo de garantías normativas, garantías políticas y garantías jurisdiccionales a fin de efectivizarlo.

38 Guastini hace una diferenciación entre derechos expresos y derechos implícitos. Los primeros son aquellos reconocidos, generalmente por las constituciones, por tanto, constituyen una manifestación del derecho positivo. En cambio, los derechos implícitos son el producto de una inferencia lógicamente válida, cuya premisa mayor está dada por derechos expresamente consagrados. Los derechos implícitos, pese a contar con legitimidad propia, van concretando a los derechos explícitos y generalmente provienen de la actividad jurisdiccional. Así, este autor hace notar que existe un desplazamiento de poderes normativos de los órganos legislativos a los jurisdiccionales. Véase Guastini, Riccardo. "Comentarios a la ponencia de Manuel Atienza: 'Derechos implícitos'". Jornadas de Argumentación Jurídica y Ética Judicial. Quito, Tribunal Contencioso Electoral, 8 y 9 de septiembre de 2009.

Una vez institucionalizado el derecho, la Corte Constitucional deberá establecer, en su parte resolutiva, la obligación específica y el plazo para que la legislatura emita una ley que regule el ejercicio del "nuevo" derecho. La inobservancia de esta obligación, por tratarse de un mandato incorporado a la Constitución por la Corte, es perfectamente exigible mediante una acción de inconstitucionalidad por omisión; con lo cual, la Corte Constitucional se reserva la oportunidad de controlar dicho acatamiento, so pena de aplicar las sanciones correspondientes.

Una vez promulgada la ley, se activa la potestad reglamentaria del Presidente de la República y así, sucesivamente, se va desarrollando un sistema normativo específico dentro de un sistema marco. Luego de ello, el análisis del nuevo derecho regresará a su origen jurisprudencial debido a la judicialización de los conflictos derivados de su ejercicio o de la aplicación de las normas creadas en torno a este.

La reinvención que la Corte Constitucional está habilitada a realizar a partir de la Constitución, es una herramienta dinamizadora, capaz de adaptar los designios constitucionales a las exigencias de la vida social y, con ello, concretar los valores y principios que la inspiran, evitando además su envejecimiento y obsolescencia. No obstante, podría ser también una carta abierta para la arbitrariedad y la constitucionalización de intereses partidistas, gremiales o particulares lo que vendría a ser la antítesis de todo Estado constitucional.

Carlos Santiago Nino ilustra cómo la Suprema Corte de los Estados Unidos, al negarse a aplicar el principio de igualdad a los "negros" en el caso Dred Scott, "perdió una importante oportunidad de tratar de resolver un gran conflicto político antes de que este condujera a la guerra civil."[39] En la profesionalidad, coherencia y prudencia de la Corte Constitucional descansa la estabilidad del modelo constitucional adoptado y la plena vigencia del sistema constitucional de derechos y justicia, social y democrático.

39 Nino, Carlos Santiago. *Fundamentos de Derecho Constitucional*. Buenos Aires, Editorial Astrea, 2ª reimpresión, 2002, p. 665.

## 7. Bibliografía

Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

Atienza, Manuel. *Las razones del Derecho*. México D.F., Universidad Autónoma de México, 2005.

Ávila Santamaría, Ramiro. "Ecuador Estado constitucional de derechos y justicia". *Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*. Ed. Ramiro Ávila Santamaría. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

Bernal Pulido, Carlos. *El derecho de los derechos*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

Betegón Carrillo, Jerónimo *et al*. *Lecciones de Teoría del Derecho*. Madrid, McGraw-Hill, 1997.

Carrió, Genaro. *Notas sobre Derecho y Lenguaje*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2ª ed., 1979.

Consejo Superior de la Judicatura. *Plan nacional de formación y capacitación de la rama judicial*. Bogotá, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2ª ed., 2008.

Dulitzky, Ariel. "La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: estudio comparado". *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*. Comps. Martín Abregú y Christian Courtis. Buenos Aires, Editores del Puerto s.r.l, 2ª ed., 1998.

Dworkin, Ronald. "La jurisprudencia. El modelo de las normas". *Los derechos en serio*. España, Ariel Derecho, 2002.

García Amado, José Antonio. "Interpretar, argumentar, decidir" *Anuario de Derecho Penal*. Perú, 2005.

Garrorena Morales, Ángel. *El Estado español como Estado social y democrático de derecho*. 4ª reimp. (1ª ed). Madrid, Editorial Tecnos, 1991.

Guastini, Riccardo. "Comentarios a la ponencia de Manuel Atienza: 'Derechos implícitos'". Jornadas de argumentación jurídica y ética judicial. Tribunal Contencioso Electoral. Quito, 8 y 9 de septiembre de 2009.

López Medina, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces*. Bogotá, Editorial Legis, 1ª ed., 2000.

_____. *Interpretación constitucional*. Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2ª ed., 2006.

Moretti, Francesca. "El precedente judicial en el sistema inglés". *Atlas de Derecho Comparado*. Comp. Francisco Galeano. Madrid, Fundación Cultural del Notario, 2000.

Nieto García, Alejandro. *Crítica a la razón jurídica*. Madrid, Editorial Trotta, 2007.

Nino, Carlos Santiago. *Fundamentos de Derecho Constitucional*. Buenos Aires, Editorial Astrea, 2ª reimp., 2002.

Noguera Alcalá, Humberto. "Los desafíos de la sentencia de la Corte Interamericana en el Caso Almonacid Arellano". Internet. *http://www.iidpc.org/revistas/7/pdf/313_333.pdf*.

Oyarte Martínez, Rafael. *Curso de Derecho Constitucional*, t. I. Quito, Fondo Editorial Andrade y Asociados, 2007.

Pérez Royo, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid, Marcial Pons, Editores Jurídicos y Sociales, 7ª ed., 2000.

Prieto Sanchís, Luis. *Apuntes de Teoría del Derecho*. Madrid, Editorial Trotta, 2ª ed., 2007.

Ramos Núñez, Carlos. "Código napoleónico: fuentes y génesis". *Revista Derecho & Sociedad*, 10. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú. Internet. *http://www.pandectasperu.org/revista/no200004/cramos.html*.

Serna, Pedro y Fernando Toller. *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales*. Buenos Aires, La Ley S.A., 2000.

Topacio Ferretti, Aldo. *Derecho romano patrimonial*. México D.F., Universidad Autónoma de México, 1992.

Tribunal Constitucional del Ecuador. *Jornadas Internacionales de Derecho Constitucional*. Quito, 2007.

Uprimny, Rodrigo. "Derechos humanos y nuevo procedimiento penal". Internet.*http://dejusticia.org/admin/file.php?table=documentos_publicacion&field=archivo&id=46*.

Von Ihering, Rudolph. *La lucha por el derecho*. Bogotá, Temis, Serie Monografías Jurídicas n.º 72, 2000.

Zagrebelsky, Gustavo. "Del Estado de derecho al Estado constitucional". *El derecho dúctil: ley, derechos y justicia*. Madrid, Trotta, 2ª ed., 1997.

**Fuentes jurisprudenciales**

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-037-/96.
_____. Sentencia T-123/95.
Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia 001-08-SI-CC, registro oficial 479-S, 2-XII-2008.
_____. Sentencia 002-08-SI-CC, registro oficial. 487-S, 12-XII-208.
Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Albán Cornejo vs. Ecuador.
_____. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Sentencia del 26 septiembre 2006.
_____. Caso Chaparro vs. Ecuador.
_____. Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, Voto razonado del Juez A.A. Cançado Trindade.
_____. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua.
_____. Caso Saramaka.
_____. Caso Sawhoyamaxa.
_____. Caso Suárez Rosero vs. Ecuador.
_____. Caso Tibi vs. Ecuador.
_____. Caso Ximenes Lopes, Sentencia de Fondo.
_____. Caso Yakie Axa.
Corte Suprema de la Nación de Argentina. Fallos, 1:36.
_____. Fallos, 32:120.
Gaceta Jurisprudencia y Tesis en Materia Electoral, año 1, n.º 2, 2008.
Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica. Caso Brown contra el Consejo de Educación, 1957.
_____. Roe contra Wade, 1973.
Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica, caso Marbury contra Madison, 1803.
Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Caso: Alianza por Yucatán, Partido Político Estatal vs. Pleno del Tribunal Electoral del Estado de Tucatán, jurisprudencia n.º 7/2008.

**Fuentes normativas**

Constitución de la República del Ecuador de 1998.
Constitución de la República del Ecuador de 2008.
Código Civil del Ecuador.
Código de Procedimiento Penal del Ecuador.
Ley de Casación del Ecuador.
Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia.
Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

# Colaboradores

**Alí Lozada Prado**

Doctor en Jurisprudencia, Pontificia Universidad Católica del Ecuador; diplomado superior en derecho constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar; especialista y máster en argumentación jurídica,Universidad de Alicante; máster en evaluación de políticas públicas, Universidad Internacional de Andalucía; candidato a doctor en filosofía del derecho, Universidad de Alicante. Para la elaboración de su tesis doctoral sobre "Los derechos sociales en el constitucionalismo contemporáneo" ha contado con una beca concedida por el Congreso de los Diputados de España. Ha sido docente en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil y en la Universidad de Cuenca. Como investigador ha incursionado en ámbitos como el constitucionalismo, la argumentación jurídica, la teoría de los derechos humanos, la corrupción y las políticas públicas. Ha escrito y traducido varios artículos relacionados con estas líneas de investigación. Se ha desempeñado también como consultor internacional en materias de Estado de derecho y ética pública. Fue miembro del Comité de Expertos anticorrupción de la OEA. Actualmente es profesor de la Universidad de Alicante, así como coordinador general del Observatorio Doxa de Argumentación Jurídica para el Mundo Latino.

Correo electrónico: *alilozada@yahoo.com*

**Juan Montaña Pinto**

Abogado y especialista en derecho público, Universidad Externado de Colombia; especialista en derecho constitucional y ciencia política, Centro de Estudios Constitucionales de Madrid; diploma de estudios avanzados en derechos fundamentales, Universidad Autónoma de Madrid; máster en historia del derecho de la Universidad Messina; doctor en derecho constitucional, Universidad de Alicante. Actualmente es el Director Ejecutivo del Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC) de la Corte Constitucional para el Período de Transición.

Correo electrónico: *biofilopanclasta1971@gmail.com*

**Patricio Pazmiño Freire**

Doctor en jurisprudencia, Universidad Central del Ecuador; máster en ciencias sociales, Flacso-Ecuador; estudios doctorales en la Universidad de Valencia, España. Ha sido docente en los programas de maestría de la Universidad Andina Simón Bolívar, sedes Ecuador y Bolivia, y en la Universidad Estatal de Guayaquil, asignatura derechos económicos, sociales y culturales. Miembro fundador de la Red para el Constitucionalismo Democrático. En la actualidad es Presidente de la Corte Constitucional para el Período de Transición.

Correo electrónico: *plpazmin3@hotmail.com*

**Angélica Porras Velasco**

Abogada y doctora en jurisprudencia, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, PUCE; doctora en ciencias políticas, Universidad de Salamanca; docente de derecho constitucional, Universidad Iberoamericana Golfo Centro de México, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador y Universidad de Especialidades Espíritu Santo. En la actualidad es Coordinadora de investigación e investigadora del Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.

Correo electrónico: *angeporras@hotmail.com*

**Diego Zambrano Álvarez**

Abogado, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, PUCE; diploma y magíster (c) en derecho constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Coordinador Nacional de Control Disciplinario del Consejo de la Judicatura de Transición.

Correo electrónico: *diegozambrano03@gmail.com*

ISBN: 978-9942-07-169-9

www.corteconstitucional.gob.ec