

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Jurisprudencia

**El nuevo modelo de Estado en el Ecuador:
Del Estado de Derecho al Estado Constitucional de Derechos y Justicia**

Marcel Andrés Jaramillo Paredes

Tesis de grado presentada como requisito para la obtención del título de Abogado

Director: Dr. Diego Pérez O.

Quito

Mayo de 2011

© Derechos de autor
Marcel Andrés Jaramillo Paredes
2011

Resumen

La Constitución de la República del Ecuador del año 2008, establece en su art. 1 que el Ecuador es un “Estado Constitucional de Derechos y Justicia”. Esa afirmación, lejos de ser un simple enunciado retórico, implica que se ha superado históricamente la definición de “Estado de Derecho” que era el modelo de Estado reconocido en nuestro país. El presente trabajo, por lo tanto, pretende demostrar los postulados teóricos del moderno modelo de Estado que ha adoptado el Ecuador, y de esa forma comprender de qué manera supera conceptualmente al clásico Estado de Derecho.

En ese sentido, es necesario entender que el concepto de “Estado Constitucional de Derechos y Justicia” encierra tres modelos distintos de Estado que a lo largo del presente trabajo serán analizados y desarrollados. Por esa razón, en el primer capítulo se hace referencia al Estado Constitucional y a las implicaciones jurídicas que ha generado. En el segundo capítulo, se estudia al Estado de Derechos, que a su vez, pretende brindar aportes nuevos, sobre todo proponiendo la superación del “monismo jurídico”. Y, finalmente, se observará las propuestas teóricas del Estado de Justicia, que pretende ser una etapa superior a todo modelo de Estado.

Abstract

The new Constitution of the Republic of Ecuador provides in article 1 that our country is a “Constitutional State of Rights and Justice”. This statement, far from being a mere rhetorical affirmation, implies that historically has been exceeded the definition of Rule of Law that was the model of State acknowledged in Ecuador. The present study, therefore, aims to demonstrate the theoretical concept of the modern State that has adopted Ecuador, and understand how conceptually is different of the classic Rule of Law.

In that sense, is necessary to appreciate that the concept of “Constitutional State of Rights and Justice” involves three different models of State that during the present study will be analyzed and developed. The first chapter refers to the “Constitutional State” and the legal implications that it has generated. In the second chapter, we study the “Rule of Rights” that aims to provide new juridical contributions, especially by proposing the overcoming of “legal monism”. Finally, we observe the theoretical proposals of the “Rule of Justice”, which claims to be a step above of any other model of State.

Dedicatoria:

A mi padre.

Índice.

Introducción.	10
1. Del Estado Legal al Estado Constitucional de Derecho.	17
1.1. El Estado Legal de Derecho en Ecuador.....	17
1.1.1. La evolución del concepto de Estado.....	17
1.1.1.1. El Estado soberano.....	17
1.1.1.2. El Estado de Derecho.....	19
1.1.2. El positivismo jurídico y el principio de legalidad.....	23
1.1.2.1. El positivismo jurídico.....	24
1.1.2.2. El principio de legalidad.....	27
1.1.3. El concepto de Estado Legal de Derecho.....	30
1.1.4. La crisis del Estado Legal en Ecuador.....	34
1.2. El Estado Constitucional de Derecho en Ecuador.....	38
1.2.1. La construcción conceptual del Estado Constitucional.....	38
1.2.1.1. A manera de introducción.....	38
1.2.1.2. El Estado Constitucional actual.....	40
1.2.1.3. El Estado Constitucional en Ecuador.....	47
1.2.2. La Constitucionalización del derecho.....	53
1.3. El Neoconstitucionalismo en Ecuador.....	60
1.3.1. ¿Qué es el neoconstitucionalismo?.....	60
1.3.1.1. Algunas ideas sobre neoconstitucionalismo.....	60
1.3.1.2. El desarrollo histórico del neoconstitucionalismo.....	62
1.3.2. La teoría, ideología y metodología del neoconstitucionalismo.....	66
1.3.2.1. El neoconstitucionalismo teórico.....	66
1.3.2.2. El neoconstitucionalismo ideológico.....	66
1.3.2.3. El neoconstitucionalismo metodológico.....	67

2. El Estado de Derechos.	70
2.1. Del Estado de Derecho al Estado de Derechos.....	70
2.1.1. La doble acepción del Estado de Derechos.....	70
2.1.2. La crisis del Estado Constitucional actual respecto de los derechos.....	75
2.2. El pluralismo jurídico.....	78
2.2.1. El pluralismo jurídico en la actualidad.....	78
2.2.2. El pluralismo jurídico en el Ecuador.....	82
2.2.2.1. La jurisprudencia vinculante de la Corte Constitucional.....	84
2.2.2.2. Las sentencias dictadas por los organismos internacionales.....	87
2.2.2.3. Las políticas públicas.....	91
2.2.2.4. El derecho indígena.....	93
2.2.2.5. La moral.....	97
2.3. Los derechos y garantías en Ecuador.....	98
2.3.1. La concepción clásica de los derechos.....	100
2.3.2. Los derechos fundamentales en la actualidad.....	104
2.3.3. Las garantías en Ecuador.....	108
2.3.3.1. ¿Qué son las garantías y qué importancia tienen?.....	111
2.3.3.2. Las garantías normativas, de políticas públicas y jurisdiccionales.....	114
3. Hacia el Estado de Justicia.	117
3.1. La construcción conceptual del Estado de Justicia.....	117
3.1.1. Algunas ideas previas.....	117
3.1.2. El Estado de Justicia <i>Social</i>	123
3.1.3. El Estado de Justicia <i>Judicial</i>	129
3.1.4. El Estado de Justicia en Ecuador.....	134
3.2. ¿Qué es Justicia?.....	137

3.2.1.	Aproximación al concepto de justicia en el Estado de Justicia.....	137
3.2.2.	El concepto de justicia que se desarrolla en el Estado Constitucional..	141
3.2.3.	El rol de los jueces en la construcción del concepto.....	146
3.3.	Los derechos, el derecho y la justicia.....	151
3.3.1.	El derecho y la justicia en el Estado de Justicia.....	151
3.3.2.	El ejercicio de los “derechos justos”.....	156
4.	Conclusiones.	161
	Bibliografía.	170
	Plexo normativo.	175

Introducción.

El concepto de Estado, es uno de los más estudiados y analizados en las distintas facultades de derecho alrededor del mundo. En varios países, se dedican semestres completos para tratar de comprender su noción, sus acepciones jurídicas, y la evolución que ha tenido a lo largo de la historia. Muchas de las ramas que componen al estudio del derecho, necesariamente requieren que se tenga una idea clara del concepto de Estado, y la relación que tiene con el mismo derecho. Así por ejemplo, sería realmente difícil comprender al Derecho Constitucional, al Derecho Administrativo, al Derecho Internacional, o al Derecho Procesal, si de manera previa no se entiende lo que es Estado.

De esa forma, es responsabilidad de los profesores y de los estudiantes de derecho, comprender a cabalidad las propuestas teóricas que los tipos de Estado desarrollan, y a su vez, observar de qué manera ejercen influencia sobre el derecho que cada sociedad adopta como suyo. El ejercicio de mencionada responsabilidad, no debe limitarse, en lo posible, a las discusiones que se desarrollan plenamente en las horas de clase, sino más bien, a dichas clases se las debe tomar como punto de partida para que se hagan estudios objetivos que traten de profundizar acerca de éstos conceptos de suma importancia para el derecho.

Es necesario que se procure aportar con trabajos escritos que impliquen investigaciones serias y que posteriormente sirvan de herramienta para entender de manera adecuada qué implicaciones jurídicas tiene la descripción del modelo de Estado en una Constitución de determinado país, qué ideas teóricas adopta cada modelo de Estado, y cómo se vincula la noción de Estado con derecho. El presente trabajo, más allá de ser un requisito de graduación, espera que represente un ejercicio serio de esa responsabilidad a la que me refiero.

La comprensión teórica del concepto de Estado, y la de los modelos estatales que se desarrollan en relación al derecho de cada país, es trascendental para tener una idea clara sobre lo que enfrentamos cada día en determinada sociedad. Sin mencionada comprensión teórica de tales conceptos jurídicos, no tendría sustento objetivo toda la práctica de los actores jurídicos, que en resumidas cuentas, son los llamados a plasmar la teoría aprendida en las aulas en practica jurídica, con la finalidad de crear derecho diariamente.

El enfocarse en comprender de manera adecuada los conceptos teóricos y filosóficos de Estado, debe ser una constante en los abogados y demás actores jurídicos de cada país. Resulta realmente preocupante que muchas veces en Ecuador no se presta atención a la teoría del Estado, y a otros conceptos teóricos envueltos en esa idea, ya que al parecer puede no influir directamente en el derecho que se produce. De esa forma, el estudio del concepto de Estado, y las distintas corrientes teóricas que tratan de explicarlo, muchas veces terminan siendo olvidadas una vez que los estudiantes han egresado de la facultad de derecho.

En realidad, y como veremos a lo largo del desarrollo del presente trabajo, el derecho se encuentra fuertemente influenciado por los postulados teóricos de los distintos modelos de Estado. Si bien la teoría y los distintos conceptos que encierran la palabra Estado, pueden resultar tediosos y a veces hasta difíciles de comprender, es necesario que los estudiosos del derecho se preocupen por aquellos, ya que a la larga sin su adecuada comprensión muchos conceptos que se aplican en la actividad diaria de los abogados quedarían desprovistos de un contenido teórico fuerte, lo que implica, sin duda, disminuir la calidad del derecho creado en un país.

En nuestro país, la discusión política y jurídica es elevada, sobre todo gracias a la alta inestabilidad que existe, y al incesante anhelo de “cambio” que tienen todas las personas que habitan las distintas regiones del Ecuador. Sin embargo, y a la inversa, es lamentable la escasa producción de trabajos objetivos, que reflejen investigación sobre temas fundamentales como el concepto de Estado. Son contados los trabajos ecuatorianos que representan un verdadero aporte a la explicación teórica del Estado, y de esa forma, las discusiones jurídicas muchas veces son reflejo de esa escasa investigación.

Por esas razones, he decidido que el desarrollo de la presente tesis refleje la importancia que tiene la comprensión de los distintos conceptos que encierra el estudio del Estado. En ese sentido, el trabajo pretende acercarse directamente a la realidad ecuatoriana, con la finalidad de aportar de manera objetiva a la serie de discusiones jurídicas que se han generado sobre todo a partir de los últimos años tras la aprobación de la Constitución del año 2008.

Hecha una pequeña reflexión sobre la importancia que tiene el estudio del concepto de Estado, y el estudio de su relación con el derecho, es necesario referirse de manera directa al contenido de la tesis. Como se menciona en párrafos anteriores, el presente trabajo de investigación pretende profundizar en una serie de conceptos que se

desarrollan alrededor de la palabra Estado, y que son de fundamental importancia para comprender de manera precisa los cambios teóricos que pueden existir al momento en que un país adopte determinado modelo de Estado.

No es propósito de éste trabajo, hacer un análisis de la noción de Estado per se, sino más bien comprender la manera en que el Estado se relaciona con el derecho, particularmente a partir de la subordinación de la actividad estatal a todo el ordenamiento jurídico. Es decir, a lo largo de la presente tesis se exponen conceptos que llegan a desarrollarse y entenderse en el mundo, a partir de que el Estado ha pasado a ser entendido como un Estado de Derecho, una vez que el derecho es concebido como el límite máximo de la actividad de todos los entes estatales.

En ese sentido, vale mencionar que el derecho y el Estado, históricamente han tenido una estrecha relación. Anteriormente, hace mucho tiempo, el Estado, conceptualizado como aquel ente política y jurídicamente organizado, llegó a ser concebido incluso como algo superior al mismo derecho, y sin sujeción a ningún tipo de límite real. Con el paso de los años, ganó la tesis que propone la sujeción del Estado al derecho, ya que necesariamente debe existir un límite palpable para que la actividad del Estado no sea atentatoria contra los intereses de las personas, de esa forma nace el denominado Estado de Derecho.

De esa forma, en Ecuador varios años predominó el concepto de Estado de Derecho, partiendo de la idea de que es necesario que la actividad del Estado se encuentre limitada al imperio de la ley, con la suprema finalidad de procurar que no se llegue a menoscabar los derechos de las personas, y también para brindar seguridad jurídica a todas las relaciones jurídicas que se desarrollan en el país, y que requieren de cierta seguridad.

Ahora bien, tras la aprobación de la Constitución del 2008, cambia sustancialmente la definición conceptual del modelo de Estado en el Ecuador. Como ya se mencionó, bajo la Constitución anterior se definía al Ecuador como un “Estado Social de Derecho”, lo que explicaba claramente los propósitos enunciados con anterioridad. Si embargo, con la aprobación de la nueva carta fundamental, el Estado pasa a ser entendido como un “Estado Constitucional de Derechos y Justicia”, dejando de lado la clásica definición de Estado de Derecho. Tal modificación conceptual, del modelo de Estado ecuatoriano, lejos de ser un simple enunciado retórico, influye radicalmente no sólo en la idea misma de Estado, sino también en todo el derecho que se va desarrollando bajo sus parámetros.

Entender los postulados teóricos del nuevo modelo de Estado, sin duda alguna representa una importancia trascendental para la realidad ecuatoriana, ya que de su teoría se desprende la nueva forma de entender al derecho y a otros conceptos que históricamente han estado vinculados a él. Comprender la modificación teórica de los modelos de Estado tras la aprobación de la Constitución del 2008, es necesario ya que sólo así se puede apreciar de manera objetiva todos los cambios que se proponen en el nuevo ordenamiento constitucional. Si no se hace un estudio objetivo del nuevo modelo de Estado en Ecuador, difícilmente se entenderá con claridad el resto del articulado de la norma constitucional, y el rumbo que ha tomado el derecho ecuatoriano.

El Estado Constitucional de Derechos y Justicia, es un concepto que parece algo rebuscado, ya que no hay otro país en el mundo que constitucionalmente se defina como tal. Por esa razón, muchos juristas observan con escepticismo y algo de preocupación que el Ecuador adopte ese modelo de Estado y se aleje de la propuesta clásica que encerraba el Estado de Derecho. Ciertamente, es cuestionable la definición del modelo de Estado en el Ecuador, pero por esa misma razón, se requiere de trabajos que traten de explicar argumentativamente en qué consiste este moderno modelo de Estado, y de qué forma se diferencia del Estado de Derecho que conocíamos hasta la actualidad.

Analizar conceptualmente al nuevo modelo de Estado en el Ecuador, requiere que se haga un estudio teórico sobre los nuevos conceptos jurídicos que trae consigo el Estado Constitucional de Derechos y Justicia. En ese sentido, se debe hacer un pequeño estudio previo sobre el modelo de Estado que predominaba en Ecuador antes de la aprobación de la Constitución del 2008, y una vez comprendido aquello, empezar a desentrañar las propuestas del actual modelo de Estado. Sólo así, se podrá llegar a una serie de conclusiones que se pretenden alcanzar más allá del esfuerzo teórico objetivo que intenta representar esta tesis.

De esa forma, el presente trabajo pretende demostrar, a través de una investigación objetiva, que el Estado Constitucional de Derechos y Justicia representa un modelo distinto de Estado al que proponía el Estado de Derecho que se encontraba descrito en la Constitución de 1998, ya que es un concepto diferente, con otros postulados, y con otra forma de concebir al derecho. Sin embargo, y para explicar de mejor manera el tema, es necesario confirmar también que el Estado Constitucional de Derechos y Justicia, es un tipo de Estado que reúne tres modelos de Estado distintos (Estado Constitucional, Estado de Derechos, y Estado de Justicia). Por tal razón, para entender adecuadamente el concepto de éste nuevo modelo de Estado, es necesario

hacerlo explicando las propuestas teóricas de cada uno de los modelos de Estado enunciados y que son recogidos en la definición “Estado Constitucional de Derechos y Justicia”.

Analizar las propuestas del Estado Constitucional de Derechos y Justicia, que es la forma de Estado consagrada en la Constitución de Ecuador, es detenerse en uno de los puntos más importantes y fascinantes de la moderna tendencia constitucionalista que cada vez gana más seguidores alrededor del mundo. Para eso, hay que observar las implicaciones teóricas que se generan respecto de éste nuevo concepto de Estado; la influencia que se ha consagrado en una nueva concepción de los derechos fundamentales; la importancia del sistema de garantías que se fortalecen en éste modelo de Estado; entender adecuadamente el proceso de constitucionalización del derecho; la moderna concepción del derecho, en apego a la moral y a la justicia; entre otros conceptos que nos ayudan a entender de qué forma el Ecuador ha superado muchos conceptos básicos que predominaron en la realidad nacional y en la mente del jurista por mucho tiempo.

El trabajo realmente es arduo, y hay que detenerse a observar la definición conceptual que propone el art.1 de la Constitución al determinar que el Ecuador es un “Estado Constitucional de Derechos y Justicia”. Uno de los principales problemas que han tenido los teóricos ecuatorianos para definir el nuevo modelo de Estado, es que no han observado detenidamente la propuesta que encierra la definición de “Estado Constitucional de Derechos y Justicia”, y lo han explicado como un concepto que generalmente refleja un tipo de Estado de Derecho, excluyendo del análisis a otros factores que lo hacen sustancialmente diferente al Estado de Derecho que estaba consagrado en la Constitución de 1998.

Por tal razón, alejándonos de mencionado error, es necesario descomponer el concepto de Estado Constitucional de Derechos y Justicia, en tres modelos de Estado. Primero, explicaré en qué consiste el Estado Constitucional, que dentro del mismo concepto de Estado de Derecho, intenta representar un avance del modelo clásico denominado Estado legal de Derecho. Posteriormente, haré referencia al Estado de Derechos, que es una creación terminológica de la Constitución ecuatoriana, pero que jurídicamente puede ser explicada observando el contenido de la misma carta fundamental. Finalmente, explicaré en qué consiste el Estado de Justicia, que al parecer no es una realidad práctica en ningún país del mundo, pero que pretende ser una realidad utilizando como puente al Estado de Derecho.

En ese sentido, la tesis se compone de tres capítulos en los que se trata de recoger objetivamente la mayor cantidad de propuestas teóricas que han existido a lo largo del mundo en referencia a la definición conceptual de los modelos de Estado en mención. El orden en los que se explicará, es el mismo propuesto por la Constitución, ya que al parecer, es necesario primero entender las propuestas del Estado Constitucional, sin las cuales sería inexplicable el concepto de Estado de Derechos; y, observado esos dos modelos de Estado, se puede hacer finalmente un acercamiento teórico a las propuestas del Estado de Justicia.

De esa forma, en el primer capítulo se hace un análisis sobre la evolución del concepto de Estado de Derecho, partiendo de la idea de que predominó durante mucho tiempo una apreciación formal del concepto, denominada Estado Legal de Derecho, en la que, como se verá, el derecho termina por reducirse a la ley, gracias a los triunfos del positivismo jurídico. Sin embargo, el Estado de Derecho, sobre todo a partir de los años 50 del anterior siglo, empieza a ser concebido de otra forma, menos legalista y dándole mayor importancia a la norma constitucional, dando vida a lo que se denomina Estado Constitucional de Derecho. En el primer capítulo, se explican las propuestas teóricas de cada modelo de Estado de Derecho, y la manera en la que se entiende en el Ecuador.

En el segundo capítulo, y avanzando en el entendimiento del concepto de Estado determinado en el art. 1 de la Constitución del 2008, se hace una aproximación teórica al Estado de Derechos, que ciertamente es uno de los conceptos que más polémica ha generado, y mayores confusiones a causado. De esa forma, se trata de brindar un concepto teórico sobre éste tipo de Estado, haciendo una diferenciación con el Estado de Derecho, y reconociendo una serie de características que pueden ser propias de este moderno modelo de Estado.

Finalmente, en el tercer capítulo, se hace referencia a la idea de Estado de Justicia, y se trata de exponer los argumentos conceptuales que los teóricos han logrado desprender del concepto de este modelo de Estado. Para completar el análisis de ese capítulo, resulta necesario detenerse a reflexionar sobre el concepto de Justicia, ya que de esa forma se puede apreciar cuáles son los propósitos de ese modelo de Estado, que al parecer se perfila como un ideal a alcanzar, o como un paso posterior a todo Estado de Derecho.

La división de los capítulos de la tesis, tal y como se los acaba de describir, pretende que se explique de manera ordenada los componentes teóricos que trae consigo la definición del “Estado Constitucional de Derechos y Justicia”, que junta en uno solo

a tres modelos distintos de Estado, con propuestas y postulados diversos. Con eso, se espera que se explique teóricamente en qué consiste el modelo de Estado consagrado en el art.1 de la Constitución, y se pueda observar la forma en que la hipótesis del presente trabajo es demostrada.

Finalmente, espero que el presente trabajo refleje la objetividad necesaria y represente un aporte importante para la comprensión teórica del nuevo modelo de Estado en Ecuador. A lo largo de sus paginas, éste trabajo intenta reflejar un esfuerzo grande, que incluyen varias horas de dedicación incansable y el estudio de una gran cantidad de fuentes, que han sido el sustento necesario para avalar la propuesta que presenta la presente tesis.

1. Del Estado Legal al Estado Constitucional.

1.1. El Estado Legal de Derecho en Ecuador.

1.1.1. La evolución del concepto de Estado.

1.1.1.1. El Estado soberano.

Antes de iniciar a analizar las nociones elementales sobre el concepto de Estado Legal de Derecho, considero que es de fundamental importancia que previamente se fortalezca los contenidos teóricos de este trabajo recordando de manera breve la evolución del concepto de Estado en el Ecuador. Pues nuestro país, al caracterizarse por una alta inestabilidad constitucional, necesariamente se ha visto sometido a constantes cambios sobre los modelos de Estado.

Los juristas estudiosos de la teoría del Estado, muchas veces han tratado de definir objetivamente el concepto mismo de Estado y de esa forma brindarnos sus apreciaciones acerca de los elementos que lo conforman. Así pues, para Rodrigo Borja, el Estado es “el régimen de asociación humana más amplio y complejo de cuantos ha conocido la historia del hombre. Se caracteriza esencialmente por la ordenación jurídica y política de la sociedad”¹.

Por otro lado, Miguel Marienhoff considera que “un Estado es un conjunto organizado de hombres que extiende su poder sobre un territorio determinado y reconocido como unidad en el concierto internacional”². De esa forma, el jurista argentino, confirma que existen elementos esenciales para el Estado, tales como la población o el territorio.

Para el desarrollo del presente trabajo, nos interesa principalmente tomar la idea de que el Estado y el Derecho están estrechamente vinculados, ya que el primero de los conceptos ineludiblemente necesita de un ordenamiento jurídico capaz de regular las relaciones que se generan en la sociedad. Ahora bien, siguiendo esa línea de ideas, también es preciso entender que no siempre ha existido una relación de subordinación

¹ Rodrigo Borja. *Sociedad, Cultura y Derecho*. Quito: Planeta, 2007, p. 41.

² Miguel Marienhoff. *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I*. 5ta. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2003, p. 385.

por parte del Estado hacia el Derecho. Si bien todo Estado necesita del Derecho, no siempre se encuentra sometido a él; mencionada sumisión, es característica fundamental del denominado Estado de Derecho.

Para corroborar lo confirmado, podemos citar al jurista español Elías Díaz, que a manera de introducción, en su texto *Estado de Derecho y Sociedad Democrática* explica que:

No todo Estado es Estado de Derecho. Por supuesto, es cierto que todo Estado crea y utiliza un Derecho, que todo Estado funciona con un sistema normativo jurídico. Dificilmente cabría pensar hoy un Estado sin Derecho, un Estado sin un sistema de legalidad. Y sin embargo, decimos, que no todo Estado es Estado de Derecho; la existencia de un orden jurídico, de un sistema de legalidad, no autoriza a hablar sin más de Estado de Derecho. Designar como tal a todo Estado, por el simple hecho de que se sirve de un sistema normativo jurídico, constituye una imprecisión conceptual y real³.

Realmente, en las últimas décadas resulta arriesgado afirmar que un Estado no se encuentra subordinado al Derecho, y fruto de eso es el notorio triunfo del Estado de Derecho, sobretodo en las sociedades occidentales. Así pues, avanzando en la construcción del concepto, se puede decir que el Estado es una organización que se encuentra en constante evolución de acuerdo a los requerimientos que cada sociedad imponga. Rodrigo Borja, al respecto explica que:

Por supuesto que el Estado no es un institución inmóvil ni inmutable. Está en permanente transformación. Dado que es un producto histórico de la sociedad cuando ha llegado a un grado de desarrollo determinado, el Estado es una “categoría histórica” que ni existió siempre ni puede aspirar a una vida eterna⁴.

La evolución del concepto de Estado en el Ecuador, por lo menos en teoría, se ve reflejada generalmente en los distintos textos constitucionales que han regido para los ecuatorianos a lo largo de su historia republicana. Así por ejemplo, la Constitución de 1978, en su Art. 1 establecía que “El Ecuador es un Estado soberano”; veinte años después, la Constitución de 1998 en su Art. 1 determinó que “El Ecuador es un Estado Social de Derecho”; para que, finalmente, la Constitución del 2008 en su Art. 1 establezca que “El Ecuador es un Estado Constitucional de Derechos y Justicia”.

³ Elías Díaz. *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*. 6ta. ed. Madrid: Cuadernos para el dialogo EDICUSA, 1975, p. 13.

⁴ Rodrigo Borja. *Enciclopedia de la Política*. 3ra. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 550.

Ahora bien, como se observa, la Constitución de 1978 hace referencia a que el Ecuador es un Estado soberano. En ese sentido, parece que no se determina textualmente en la carta fundamental que el Estado se encuentra sometido al Derecho, ya que, como se vio esa es característica propia del Estado de Derecho. Sin embargo, resulta ciertamente irreflexivo afirmar que en ese momento histórico en Ecuador no había una subordinación por parte del Estado hacia el Derecho.

Se puede aseverar que la definición de Estado del Art. 1 de esa Constitución, fue bastante limitada en comparación a los anhelos democráticos del país. Al respecto, Jorge Zavala Egas nos da una definición de Estado soberano en cuanto a lo que afirmaba la Constitución vigente en esa época, concluyendo que:

El Ecuador de esta forma es un Estado soberano. Nuestra Constitución determina, en consecuencia, que el Estado es la organización suprema que no debe obediencia a ninguna otra y que no admite siquiera una concurrencia jerárquica a su mismo nivel de cualquier forma de asociación humana. No tiene pues el Estado Ecuatoriano relación de subordinación con ningún otro Estado y tampoco, internamente, existe ninguna otra organización que pueda ejercer poder sobre éste y no siquiera concurrencia paritaria en tal poder⁵.

Observamos cómo en ese periodo, al momento de definir el Estado ecuatoriano, se trata de dar gran relevancia a los conceptos de independencia en relación con otros Estados, así como ningún tipo de subordinación interna. Pero, el concepto de Estado soberano no nos faculta a confirmar que existe una sumisión de las autoridades al imperio del Derecho, por lo que, el concepto resultó algo impreciso y surgió la necesidad de reformarlo teóricamente en la Constitución de 1998 que derogó a la de 1978.

1.1.1.2. El Estado de Derecho.

A diferencia de las Constituciones anteriores, la Constitución Política de la República de Ecuador de 1998 (hoy derogada), quizá con el ánimo de corregir los vacíos conceptuales existentes, en su Art. 1 estableció lo siguiente:

“El Ecuador es un Estado Social de Derecho...”

⁵ Jorge Zavala Egas. *Curso Analítico de la Constitución Política de la República del Ecuador*. Guayaquil: EDINO, 1996, p. 12.

Tal afirmación, que no ocupa más de ocho palabras, nos da la pauta del principal punto de estudio. Pero previo al análisis de fondo, es importante expulsar del concepto a la palabra *Social*, ya que no es motivo del presente trabajo desarrollar la significación del Estado Social, ni discutir sobre la evolución de los derechos sociales, ni hablar de la evolución histórica del Estado Liberal hacia el Estado Social, ni el triunfo del Constitucionalismo Social. Por lo que nuestra investigación se limitará a entender el concepto del puro Estado de Derecho.

¿Qué implica que un Estado sea considerado Estado de Derecho? El jurista ecuatoriano Diego Pérez Ordóñez, expone que “el Estado de Derecho se caracteriza por la aplicación del Derecho para cumplir con los fines de la sociedad, y no por la mera existencia de un ordenamiento jurídico”⁶. Es decir que, y como lo habíamos confirmado párrafos atrás, la mera existencia de un ordenamiento jurídico no es elemento determinante o suficiente para el Estado de Derecho.

La construcción del concepto, la podemos desarrollar en concordancia con lo expuesto por Elías Díaz, quien trata de presentarnos de la manera más clara posible, la relación entre Estado y Derecho en un Estado de Derecho, afirmando que “El Estado de Derecho es el Estado sometido al Derecho, o mejor, el Estado cuyo poder y actividad vienen regulados y controlados por la ley. El Estado de Derecho consiste así fundamentalmente en el imperio de la ley”⁷. De igual manera, Rodrigo Borja confirma que “el Estado de Derecho, es en su más simple acepción, el Estado sometido al derecho, ósea el Estado sujeto a la acción omnicompreensiva de la ley”⁸.

Sin duda, y siguiendo lo expuesto por los autores citados, la característica fundamental de un Estado de Derecho es la subordinación del Estado al imperio de la ley. Concepto que, como veremos a lo largo del presente trabajo, ha ido modificándose y “evolucionando” conforme a las exigencias de las sociedades. En ese sentido, el jurista ecuatoriano Julio Cesar Trujillo, pretende ir más allá al momento de construir un concepto de Estado de Derecho, y trata de describir algunas de sus características, aduciendo que:

⁶ Diego Pérez Ordóñez. “Sobre el Estado de Derecho”. *El juego de la democracia*. Quito: Taurus, 2005, p. 139.

⁷ Elías Díaz. *Op.Cit.* p. 13.

⁸ Rodrigo Borja. *Sociedad, Cultura y Derecho*. Quito: Planeta, 2007, p. 146.

El Estado de Derecho se caracteriza, a diferencia de la dictadura, por el reconocimiento de derechos de los gobernados anteriores al Estado; por el establecimiento de garantías de que los gobernados pueden hacer uso para defender esos derechos cuando fueren conculcados; por la existencia de órganos investidos de facultades que no pueden ejercerlas sino dentro de los límites y de acuerdo con los procedimientos prescritos en el derecho. Los autores suelen denominar al Estado de Derecho con el nombre de “gobierno de las leyes”⁹.

Observamos que Trujillo, en su definición introduce la importancia del reconocimiento de los derechos de los gobernados, que son derechos naturales a ellos, y que necesariamente un Estado de Derecho esta obligado a respetarlos, y ahora también a garantizarlos. Sin embargo, no escapa de la anteriores definiciones y afirma radicalmente que el Estado de Derecho es el gobierno de las leyes, es decir que las actuaciones del poder público se limitarán a lo establecido previamente por una ley.

Como lo habíamos expresado con anterioridad, al momento de definir Estado, encontramos que éste es un concepto en constante evolución histórica. Necesariamente, en la misma tendencia, la noción de Estado de Derecho también ha sido y es vulnerable a los cambios, conforme el progreso de las sociedades. Las más clásicas y simples concepciones de Estado de Derecho, ahora resultan algo limitativas ya que han sido rebasadas por las pretensiones de los ciudadanos y los cambios sociales que se han dado. Por lo que, Iván Vila Casado, jurista colombiano, prefiere afirmar que en cuanto a la definición de Estado de Derecho, han existido dos corrientes que tienen o tuvieron vigencia, las que nos brindan por un lado un concepto material y por otro, un concepto formal.

La expresión Estado de Derecho fue creada por la teoría política alemana y ha tenido una afortunada carrera porque se la utiliza universalmente. Al éxito de esa expresión ha contribuido su ambigüedad, pues se utiliza, a la vez como un concepto meramente formal, hueco, sin contenido, y como un concepto que responde a un contenido material¹⁰.

Se podría decir que aquí empiezan a desarrollarse los más importantes postulados del presente trabajo, ya que en este momento interesa confirmar la doble concepción histórica que ha tenido la construcción del concepto de Estado de Derecho a lo largo de su perfeccionamiento, y cómo ha sido concebido para los ecuatorianos. Por

⁹ Julio Trujillo. *Teoría del Estado en el Ecuador*. Quito: Corporación Editora Nacional, 1994, p. 55.

¹⁰ Iván Vila Casado. *Fundamentos del Derecho Constitucional Contemporáneo*. Bogotá: Legis, 2007, p. 385.

un lado, tenemos un concepto formal de Estado de Derecho, que la mayoría de sociedades, incluyendo la ecuatoriana, la adoptaron en su tiempo, pero que poco a poco fue perdiendo su real validez.

El concepto formal de Estado de Derecho, que se reduce a la creación de garantías formales y procedimentales para asegurar la libertad legal y que rechaza de forma categórica toda limitación de la omnipotencia jurídica del legislador, prevaleció en Alemania hasta el vergonzoso final de la República de Weimar por cuenta del nazismo¹¹.

En ese mismo sentido, el excesivo positivismo jurídico, que terminó por caracterizar al concepto formal de Estado de Derecho, se ha visto también afectado por el requerimiento histórico de modificar el precepto en mención. “El imperio de la ley”, “la sumisión del Estado a la ley”, “el gobierno de las leyes”, son concepciones formalistas del Estado de Derecho que sufrieron un traspie histórico con la caída del nazismo en Alemania.

Resultó necesario darle una nueva concepción al Estado de Derecho, y es así que poco a poco se ha abierto paso la definición material de este tipo de Estado. Vila Casado, trata de darnos su apreciación acerca de la definición material de Estado de Derecho, explicando de manera clara que:

El concepto Estado material de Derecho se caracteriza por vincular el poder del Estado a determinados principios y valores superiores del Derecho, y por que el centro de gravedad de la actividad estatal no se entiende orientando sólo a asegurar las garantías formales de la libertad, sino también a establecer una situación jurídica justa en sentido material¹².

Esta evolución histórica del Estado de Derecho, que simplemente hemos mencionado, es la que interesa para el desarrollo del presente capítulo, ya que más adelante se analizará los contenidos teóricos del Estado de Derecho tanto en su acepción formal como en la material. Para el caso ecuatoriano, resulta de evidente importancia el conocimiento profundo de estas concepciones de Estado de Derecho, ya que con la aprobación de la Constitución de la República del año 2008, se abre la posibilidad de discutir teóricamente si en nuestro país se ha introducido la concepción material de Estado de Derecho.

¹¹ *Ibidem*, p. 389.

¹² *Ibidem*, p. 392.

Posiblemente, para descender con mayor profundidad a la realidad ecuatoriana, la construcción de estos conceptos tiene que darse de acuerdo a las descripciones que la misma Constitución nos brinda. Así pues, en Art. 1 de la norma constitucional, se hace referencia a que el Ecuador es un “Estado Constitucional”, descripción que nosotros en un inicio la vincularemos al concepto material de Estado de Derecho; afirmando, por ende, que el concepto formal del Estado de Derecho debe ser entendido como el “Estado Legal”.

En el mismo sentido de esa descripción, el jurista italiano Luigi Ferrajoli, encuentra claramente la distinción formal y material del concepto de Estado de Derecho, y concluye que:

Con la expresión “Estado de Derecho” se entienden habitualmente, en el uso corriente, dos cosas diferentes que es oportuno distinguir con rigor. En sentido lato, débil o formal, Estado de Derecho designa cualquier ordenamiento en el que los poderes públicos son conferidos por la ley y ejercitados en las formas y con los procedimientos legalmente establecidos. (...) en un segundo sentido, fuerte o sustancial, Estado de Derecho designa, en cambio, sólo aquellos ordenamientos en los que los poderes públicos están, además, sujetos a la ley, no sólo en lo relativo a las formas, sino también a los contenidos. (...) Estos dos significados corresponden a dos modelos normativos diferentes: el modelo paleo iuspositivista del *Estado legislativo de derecho* (o Estado legal), que surge con el nacimiento del Estado moderno como monopolio de la producción jurídica, y el modelo neo iuspositivista del *Estado Constitucional de Derecho* (o Estado Constitucional), producto a su vez, de la difusión en Europa, tras la segunda guerra mundial, de las constituciones rígidas y del control constitucional de leyes ordinarias¹³.

A continuación, se tratará de dar una definición teórica de Estado Legal de Derecho, y describir sus principales características. De igual manera, se confirmará que la escuela del positivismo jurídico ha tenido su principal desarrollo bajo este tipo de Estado. Y finalmente, se observará de qué forma sus postulados han ejercido influencia en la realidad del Ecuador hasta que entro en vigencia la Constitución del 2008.

1.1.2. El positivismo jurídico y el principio de legalidad.

Antes de introducirnos al análisis conceptual del Estado legal de Derecho, es necesario detenerse a definir algunos conceptos que parecen ser fundamentales para la

¹³ Luigi Ferrajoli. “Pasado y futuro del Estado de Derecho”. *Estado de Derecho*. México: Siglo Veintiuno, 2002, p. 187.

concepción formal del Estado de Derecho. Por un lado, es preciso que comprender los postulados básicos del positivismo jurídico, que será la escuela jurídica en la que se desenvolverá el Estado Legal. Y por otro lado, con igual importancia, se hará referencia al principio de legalidad, que se convierte en el principio rector para este modelo de Estado.

Ahora bien, los conceptos de Estado Legal, de principio de legalidad y de positivismo jurídico, se encuentran estrechamente vinculados. Gustavo Zagrebelsky, observando la relación de mencionados conceptos, afirma que:

La concepción del derecho propia del Estado de Derecho, del principio de legalidad y del concepto de ley del que hemos hablado era el positivismo jurídico como ciencia de la legislación positiva. La idea expresada por esta fórmula presupone una situación histórica concreta: la concentración de la producción jurídica en una sola instancia constitucional, la instancia legislativa. Su significado supone una reducción de todo lo que pertenece al mundo del derecho –esto es, los derechos y la justicia- a lo dispuesto por la ley¹⁴.

En el párrafo citado, el jurista italiano trata de puntualizar que el Estado Legal de Derecho y el principio de legalidad son una consecuencia necesaria de adoptar al positivismo jurídico como teoría del derecho. Parece prudente entonces, iniciar parte del análisis del Estado Legal de Derecho exponiendo algunas ideas acerca de lo que propone la escuela del positivismo jurídico.

1.1.2.1. El positivismo jurídico.

Hacer un análisis profundo sobre la escuela positivista, nos tomaría mucho trabajo y nos alejaría de los principales propósitos del presente texto. Por tal razón, lo que trataremos de hacer, es exponer algunas concepciones elementales sobre el positivismo jurídico, así como entender también los propósitos que tuvo en su importante construcción sobre la teoría del derecho.

Antes de adentrarnos al análisis del positivismo jurídico como teoría del Derecho, se debe mencionar a Luís Prieto Sanchis, quien en su texto *Teoría del Derecho*, nos explica puntualmente el proceso de desarrollo del positivismo jurídico, al afirmar que:

¹⁴ Gustavo Zagrebelsky. *El Derecho Dúctil*. 3ra. ed. Madrid: Trotta, 1999, p. 33.

El positivismo jurídico es una concepción que alcanza un inusitado desarrollo en el siglo XIX, y ello debe explicarse en el marco de un cierto contexto cultural e institucional que, a mi juicio, viene definido por tres acontecimientos de distinta naturaleza: el agotamiento de la Ilustración y su reemplazo por el historicismo o romanticismo, la ya comentada filosofía positivista y la culminación del proceso de estatización del Derecho¹⁵.

Las sociedades se vieron invadidas por las ideas positivistas que estaban triunfando en oposición al naturalismo previo. Todas las ciencias sociales, empezaron a verse atraídas por estos nuevos preceptos, e indudablemente las ciencias jurídicas no pudieron escapar. Edgar Bodenheimer, nos plantea ordenadamente lo ya mencionado, y afirma que:

El positivismo invadió todas las ramas de las ciencias sociales, incluyendo la jurídica. En el campo de la teoría jurídica asumió varias formas que pueden ser clasificadas, en términos generales, en dos grupos: el positivismo analítico y el positivismo sociológico. Común a ambas formas de positivismo es la tendencia a eliminar de la teoría del derecho la especulación metafísica y filosófica y a limitar el campo de la investigación científica al mundo empírico. La jurisprudencia analítica se ocupa del análisis e interpretación de las reglas jurídicas efectivas, establecidas por los órganos del Estado. Concibe al derecho como un imperativo del poder gubernamental, como un mandato del soberano[...]. El positivismo sociológico, de otro lado, emprende la tarea de investigar y describir las varias fuerzas sociales que ejercen influencia en el desarrollo del Derecho¹⁶.

Al estudiar la teoría del Derecho, en aplicación a los tendencias jurídicas de cada país, y observando lo expuesto por Bodenheimer, es fácil afirmar que los ecuatorianos nos hemos fijado principalmente en la escuela del positivismo jurídico, que ha sido la dominante por mucho tiempo en nuestra historia del Derecho. Por otro lado, Luís Prieto Sanchis, expone que:

El positivismo ofrece respuesta para cuatro grandes capítulos de la teoría del Derecho: el carácter de la norma jurídica, el sistema jurídico, las fuentes del derecho y la interpretación y aplicación del mismo. Básicamente, la norma es concebida como mandato, el sistema, como pleno y coherente, las fuentes bajo la absoluta hegemonía de la ley, y la interpretación, dominada sucesivamente por el mecanismo o deductivismo y por la discrecionalidad¹⁷.

La definición que nos da el autor, se ajusta perfectamente a la realidad jurídica del Ecuador, donde nos educamos generalmente con una mentalidad positivista del Derecho, y muchas veces confundiendo el concepto de Derecho con el de ley. Pero la

¹⁵ Luís Prieto Sanchis. *Apuntes de Teoría del Derecho*. 4ta.ed. Madrid: Trotta, 2009, p. 316.

¹⁶ Edgar Bodenheimer. *Teoría del Derecho*. Bogotá: Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 312.

¹⁷ Luís Prieto Sanchis. *Op.Cit.* p. 323.

escuela positivista, no terminó solamente por vincular al derecho con la ley, sino que el “gran avance” que proponía, fue la preocupación fundamental por establecer la “validez” de la ley, sin importar que sea justa o injusta.

La escuela positivista, dejó de lado la idea iusnaturalista de que la sociedad esta controlada por leyes naturales y que gran parte de los derechos son inherentes a la persona por el simple hecho de serlo. Afirma que son necesarias las leyes creadas a través del ejercicio político soberano del Estado y mediante un procedimiento establecido, y que sus contenidos no necesariamente deben estar vinculados con la ética.

En ese sentido, se puede afirmar que el Ecuador se apego más a la escuela analítica del positivismo jurídico, tal como la describe Bodenheimer, y llegó incluso a “topar con los dedos” la Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen, según la cual todo Estado es Estado de Derecho. De esa forma, resulta necesario citar nuevamente a Bodenheimer, quien nos expone las concepciones que los analíticos tenían del derecho:

El Derecho, es a su juicio, un decreto del supremo poder social dentro de una sociedad dada. Como en la actualidad el poder social supremo es, en todos los países civilizados, idéntico al Estado, los juristas analíticos consideraban primordialmente al Derecho como un mandato del Estado. Para ellos un sistema jurídico es un cuerpo de normas o reglas que son establecidas, reconocidas y en último término aplicadas coactivamente por el Estado.

Los positivistas analíticos, consideran al Derecho como una creación que proviene únicamente del Estado soberano, y que a su vez éste lo aplica coactivamente para regular a la sociedad. Así también lo entiende Plazas Vega, cuando afirma que “el derecho según el positivismo analítico, es fruto del mandato de quien esta habilitado para proferirlo de acuerdo con el ordenamiento”¹⁸, es decir el mismo Estado, y más estrictamente, la función legislativa.

Resultan bastante interesantes las definiciones de Bodenheimer en cuanto al positivismo analítico, ya que hace una observación global de su influencia en todos los actores jurídicos que forman parte de la sociedad. Ecuador, sin duda entra en las concepciones que sobre el derecho manifiestan los positivistas analíticos, y que el jurista mencionado las explica de una manera adecuada. De esa forma, el autor afirma que:

¹⁸ Mauricio Plazas Vega. *Del realismo al positivismo jurídico*. 2da. ed. Bogotá: Temis, 2009, p. 125.

El jurista analítico está normalmente convencido de que el legislador ha establecido una regla general de Derecho para todas y cada una de las situaciones que pueden producirse dentro de un orden jurídico determinado, y que no hay lagunas que tenga que llenar la libre decisión judicial.[...] Si hay una norma jurídica general para cada situación real, la función del juez se agota en subsumir, mediante el razonamiento lógico, los hechos del caso particular en la regla jurídica adecuada.¹⁹

Ciertamente, los postulados del positivismo jurídico históricamente se introducen en el Derecho ecuatoriano, y más precisamente los propósitos del positivismo analítico. La función legislativa, pasa a ser de gran importancia, ya que corresponde a esta función la producción de las leyes, fuente principal del Derecho. El ejecutivo, por su lado, también ha tratado de sumergirse en el mundo de la creación legal, y no ser un “simple” ejecutor de la norma. Y finalmente, la función judicial, en el Estado legal, se limitó a aplicar la ley a los casos concretos.

En este contexto, la ley pasó a ser la principal fuente del Derecho en el Ecuador; y, el Estado de Derecho pasó a ser un Estado de Leyes, un Estado extremadamente positivista, que correspondía a la definición formal del concepto (Estado legal de Derecho). Por tales motivos, es preciso que una vez comprendidas algunas ideas básicas sobre el positivismo jurídico, se pase a analizar las implicaciones que el principio de legalidad ha tenido para este tipo de Estado.

1.1.2.2. El principio de legalidad.

Generalmente, los estudiantes de derecho llegamos a memorizar que dentro de la clásica división del Derecho (Derecho Público y Privado), existen distintas concepciones de aplicarlo. De manera breve, se puede decir que en el Derecho Privado rige la Autonomía de la Voluntad, en la que las personas están facultadas para hacer todo lo que la ley no prohíbe. Y, por otro lado, en Derecho Público, el principio de legalidad ordena que sólo se puede hacer lo que la ley establece explícitamente.

El principio de legalidad, en ese sentido es necesario estudiarlo “con el objeto de recordar su importancia, su utilidad y su vigencia y por ser el principio articulador del Estado de Derecho”²⁰. Estudiar las concepciones básicas del Estado Legal de Derecho, necesariamente tiene que incluir algunas nociones importantes sobre lo que nosotros comprendemos referente al principio de legalidad.

¹⁹ Edgar Bodenheimer. *Op.Cit.* p.327.

²⁰ Patricia Rota. *El principio de legalidad y la forma del acto administrativo*. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2009, p. 15.

La actividad estatal, a lo largo del tiempo, y bajo la concepción formalista del Estado de Derecho, se ve sometida y limitada a este principio. Resulta ilógico afirmar que éste principio, como muchos pueden creer, sólo he tenido plena vigencia para las ramas que comprenden al Derecho Administrativo, o que sólo era efectivo y aplicable para la función ejecutiva. Todas las funciones del Estado, incluyendo a la función legislativa y a la función judicial, se han visto influenciadas por las condicionantes establecidas por el principio de legalidad. En resumen, “el llamado principio de legalidad es hoy, en efecto, completamente insustituible para asegurar el funcionamiento del Estado”²¹.

Comprender la construcción del Estado de Derecho, no se puede limitar a percibir los conceptos distintos de Estado y sus ideales; quizás, la mayor importancia del presente estudio radica en comprender al Derecho, y a la concepción de Derecho que adopta cada modelo de Estado. Por tal razón, en el apartado anterior profundizamos en la escuela positivista, que sin lugar a dudas tiene gran relevancia para el Estado legal de Derecho; pero el estudio de este modelo de Estado nos obliga a verificar la real influencia del principio de legalidad, que ciertamente no se agota en el Estado Legal ni en el positivismo jurídico, ya que los mismos que proponen el triunfo del moderno Estado Constitucional y del neoconstitucionalismo no desechan a este principio, sino que más bien lo fortalecen dándole una nueva concepción.

Ahora bien, en este capítulo compete analizar las concepciones que los juristas le han dado al principio de legalidad en el Estado Legal de Derecho. En este sentido, Ferrajoli afirma que, dentro del Estado legal, “gracias a este principio (...), una norma jurídica es válida no por ser justa, sino exclusivamente por haber sido “puesta” (en vigencia) por una autoridad dotada de competencia normativa”²². En esa afirmación, encontramos que hay una necesaria vinculación del principio de legalidad con el positivismo jurídico, ya que se confirma la validez de la norma por haber sido aprobada a través del procedimiento establecido, sin importar que sea justa. Por otro lado, el jurista italiano reafirma la importancia que tiene que la norma sea “puesta” por la autoridad competente, que en el caso del Estado Legal, generalmente ha sido el parlamento.

²¹ Eduardo García de Enterría. *Justicia y Seguridad Jurídica en el Mundo de las leyes desbocadas*. Madrid: Civitas, 2000, p. 39.

²² Luigi Ferrajoli. *Op.Cit.* p. 190.

Al respecto, Riccardo Guastini nos expone sus apreciaciones sobre el principio de legalidad, y trata de darnos su concepto sobre aquel, afirmando que:

Se llama principio de legalidad aquel en virtud del cual los poderes públicos están sujetos a la ley, de tal forma que todos sus actos deben ser conforme a la ley, bajo la pena de invalidez. Dicho de otra forma: es inválido todo acto de los poderes públicos que no sea conforme a la ley²³.

Como ya lo habíamos afirmado antes, “El principio de legalidad, en general, expresa la idea de la ley como acto normativo supremo e irresistible al que, en línea de principio, no es oponible ningún derecho más fuerte”²⁴. Las definiciones citadas nos dan la pauta del concepto del principio de legalidad, con dos afirmaciones importantes. Por un lado, colocando a la ley como la norma principal, y por otro, sometiendo a todos los poderes públicos a sus postulados.

Es necesario entonces, recordar la definición de Ley para el Estado Legal, y el mismo Guastini, nos acerca a una concepción bastante clara:

Se puede entender al término “ley” en el sentido técnico de “ley formal” ordinaria, o sea como acto del órgano –por lo general representativo- que es titular de la función legislativa. Así entendido, el principio de legalidad es un colorario de la doctrina política que ve en la ley (formal) la expresión de la “voluntad general”, y que ve en los órganos representativos, a los cuales les es atribuida la función legislativa, a los titulares, o al menos a los depositarios, de la “soberanía”²⁵.

La definición formal del Estado de Derecho, es decir un Estado Legal de Derecho, parece que nos acerca a una definición formal de la ley; es decir, la concibe como una norma jurídica con efectos generales, y que es producida por la función legislativa. Esa concepción de ley, es en definitiva la que el principio de legalidad toma, y la que somete a todos los poderes públicos.

Aceptando que el principio de legalidad es el principio rector del Estado Legal de Derecho, todos y necesariamente todos los actos públicos tienen que ser conformes a la ley. Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, refiriéndose al principio de legalidad, afirman de igual manera que todas las funciones del Estado se encuentran inmersas en la sujeción a este principio, y explican que:

²³ Riccardo Guastini. *Estudios de Teoría Constitucional*. México: Doctrina Jurídica Contemporánea. UNAM, 2007, p. 111.

²⁴ Gustavo Zagrebelsky. *Op.Cit.* p. 24.

²⁵ Riccardo Guastini. *Op.Cit.* p. 112.

El Ejecutivo se designa así por que justamente su misión es “ejecutar” la Ley, particularizar sus mandatos en los casos concretos; la distinción entre los poderes Legislativo y Ejecutivo da al primero la preeminencia y limita al segundo a actuar en el marco previo trazado por las decisiones de aquél, esto es, por las Leyes. Lo mismo ocurre con el poder judicial, que deja de ser un poder libre, supuesta expresión directa de la soberanía y con la misma fuerza creadora que el poder normativo supremo, para quedar definitivamente legalizado, sometido a la Ley²⁶.

Ninguna de las funciones del Estado, puede alejarse de las disposiciones de la ley. Posiblemente, y como se señala en la cita, lo más intrigante es que la función judicial también queda limitada en aplicar la ley al caso concreto. Aquí, se centra gran parte del debate, que también lo analizamos al momento de describir los postulados del positivismo jurídico, ya que para muchos, los jueces son los llamados a garantizar la seguridad jurídica y nunca deben salirse de lo que la ley ordene al caso determinado.

En tal sentido, Alejandro Ponce explica que “el principio de legalidad, según Mario Casarino Viterbo, consiste en que los jueces, tanto en la tramitación de procesos, como al dictar los fallos, deben proceder con estricta sujeción a la ley”²⁷. Lo que a mi modo de ver, es una de las principales características del Estado Legal, y a su vez una de las grandes modificaciones que plantea el Estado Constitucional. Ya que justamente, se propone la transición de un juez, que bajo la forma del Estado Legal, simplemente se limita a aplicar la ley al caso concreto, ya que se presume que el Derecho es la ley; a un juez, que bajo la forma de un Estado Constitucional, tiene la posibilidad de crear derecho dentro de sus decisiones. Más adelante, se tratará con mayor detalle este tema.

Una vez que se ha observado ciertos contenidos conceptuales del positivismo jurídico y del principio de legalidad, para cumplir con los propósitos del presente trabajo, resulta necesario pasar a definir lo que se entiende por Estado Legal de Derecho.

1.1.3. El Estado Legal de Derecho.

La mayoría de las definiciones de Estado de Derecho que citamos en el primer subcapítulo, notoriamente se acercan a una definición formal del concepto, es decir al

²⁶ Eduardo García de Enterría, y Tomás Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo I*. Buenos Aires: Civitas- La Ley, 2006, p. 441.

²⁷ Alejandro Ponce Martínez. *Derecho Procesal Orgánico*. Quito: Fundación Antonio Quevedo, 1991, p. 236.

Estado Legal de Derecho. Es comprensible que varios estudiosos del Estado de Derecho hayan optado por una definición formal de este tipo de Estado, tomando en cuenta que en ese momento histórico el excesivo positivismo jurídico había reducido sus postulados a la necesidad del sometimiento del Estado a la ley, consagrando al principio de legalidad como el principio rector de la actividad estatal en los países que adoptaron el Estado de Derecho.

Luigi Ferrajoli, en su texto *Pasado y Futuro del Estado de Derecho*, nos expone con precisión lo que acabamos de afirmar, al decir que:

El Estado de Derecho moderno nace, con la forma del *Estado legislativo de derecho*, en el momento en que esta instancia alcanza realización histórica, precisamente, con la afirmación del principio de legalidad como criterio exclusivo de identificación del derecho válido y antes aún existente, con independencia de su valoración como justo²⁸.

Por otro lado, el jurista ecuatoriano, Ramiro Ávila, afirma que hay tres modelos de Estado y trata de describir cada uno de ellos; en un primer momento se refiere al Estado Absoluto, luego analiza al Estado Legal de Derecho, y finalmente explica el concepto de Estado Constitucional. Para el presente apartado del trabajo, nos interesa conocer su apreciación acerca del segundo modelo de Estado, es decir el Estado Legal, al que le atribuye algunas características:

La ley determina la autoridad y la estructura de poder. Este sistema, en apariencia, es menos autoritario y más democrático que el anterior. El poder se divide en teoría en tres: el poder legislativo, el poder judicial y el poder ejecutivo. Sin embargo, en la práctica, el poder se encuentra concentrado en una clase política que es la que conforma el parlamento [...] los límites del Estado los impone el parlamento: el ejecutivo solo puede hacer lo que establece la ley y el judicial es “boca de la ley”²⁹.

Las definiciones que Ferrajoli y Ávila nos brindan sobre el Estado Legal de Derecho, abren las puertas al análisis del presente subcapítulo. Por un lado, observamos que históricamente el Estado de Derecho adopta en un inicio la forma de Estado Legal, confirmando al principio de legalidad como la principal referencia de este tipo de Estado que finalmente terminó por excluir a la noción de justicia en su definición. Por otro lado, tomando en cuenta que la ley es de fundamental importancia para este tipo de

²⁸ Luigi Ferrajoli. *Op.Cit.* p. 189.

²⁹ Ramiro Ávila. “Ecuador Estado Constitucional de Derechos y Justicia”. *La Constitución del 2008 en el contexto andino*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 20.

Estado, será la función legislativa el eje fundamental sobre el que va a girar la creación jurídica general y vinculante para toda la sociedad.

Así también lo entiende Vila Casado, afirmando que en un Estado Legal de Derecho, “el positivismo formalista se convierte en la teoría jurídico política de la burguesía liberal, eliminando progresivamente del concepto de Estado de Derecho a las exigencias de justicia y bienestar para los ciudadanos, de corte iusnaturalista”³⁰. Pues en el Estado Legal, quizás lo más importante es el respeto al procedimiento de creación de la ley para que alcance su perfecta validez, sin importar que su contenido sea justo o no.

En este momento del trabajo, es posible brindar ciertas apreciaciones propias de lo que implica que un Estado sea Estado Legal de Derecho. Aquí puntualizamos algunas características esenciales:

- El Estado Legal de Derecho es la primera forma de Estado de Derecho, y corresponde a una descripción formal del concepto.
- La escuela analítica del positivismo jurídico, es generalmente la que toma fuerza dentro de un Estado Legal, e impone sus postulados para formar la Teoría del Derecho.
- El principio de legalidad es el principio rector para este tipo de Estado, y todas las actividades del poder público se encuentran sometidas a él.
- La norma más importante es la ley, entendida bajo una definición formal.
- Todas las funciones del Estado encuentran sus limitaciones en la ley, inclusive el judicial que debe limitarse a aplicarla.
- La función legislativa, al ser la creadora de la ley y representante del soberano, pasa a tener la mayor relevancia en este tipo de Estado.

Seguramente, se podrían encontrar más rasgos esenciales respecto al Estado Legal de Derecho, pero para el objeto del presente trabajo estas son las características que más nos interesan. Resultaría innecesario, referirnos a que el Estado Legal de Derecho confirma la división de funciones, o tiene como una de sus grandes finalidades la protección de los derechos de las personas. Esas no son características propias ni del Estado Legal ni del Estado Constitucional, son triunfos históricos por un lado de la democracia y por otro, de todo Estado de Derecho.

³⁰ Iván Vila Casado. *Op.Cit.* p. 388.

Así también lo observa Elías Díaz, quien nos describe brevemente lo siguiente:

Puede muy bien afirmarse que el objeto de todo Estado de Derecho y de sus básicas, que estamos analizando, se centra en la pretensión de lograr una suficiente garantía y seguridad jurídica para los llamados derechos fundamentales de la persona humana³¹.

Resulta impensable sostener que el Estado Legal no luchaba en un inicio por proteger los derechos de la persona humana. Si bien, en un momento determinado ha llegado a ser cuestionable que sus postulados hayan cumplido con el propósito establecido, eso no significa que este tipo de Estado haya tratado de alcanzarlo. Todo Estado de Derecho, desde su nacimiento tiene ese gran propósito.

Ahora bien, también es cierto que en un momento histórico determinado los propósitos iniciales del Estado Legal de Derecho terminaron por desviarse, y por eso como explicaremos después, termina por fracasar. La justificación de los actos públicos, siempre y cuando sean conformes a la ley, termino por destruir al Estado legal; y el excesivo positivismo jurídico, dejó en agonía al derecho.

Algunos juristas, explican que el fracaso del Estado Legal se da históricamente terminada la segunda guerra mundial. Recordemos que previamente en Europa, habían llegado al poder varios regimenes totalitarios, que terminaron por “legalizar” toda la barbarie que ocurrió durante ese tiempo. En ese sentido, Gustavo Zagrebelsky, tajantemente concluye que:

Para los regímenes totalitarios se trataba de cualificarse no como una fractura, sino como la culminación en la legalidad de las premisas del Estado decimonónico. Para los juristas de la continuidad no existían dificultades. Incluso llegaron a sostener que los regímenes totalitarios eran la restauración del Estado de Derecho como Estado que, según su exclusiva voluntad expresada en la ley positiva, actuaba para imponer con eficacia el derecho en las relaciones sociales³².

La concepción inicial de Estado de Derecho va llegando a su fin en el mundo, el Estado Legal no logró alcanzar los propósitos establecidos y terminó siendo de gran ayuda para los regímenes totalitarios, quienes amparados en la ley cometieron una serie de atentados contra los derechos de las personas. De tal forma, resulta incuestionable la necesidad de avanzar a un concepto material de Estado de Derecho.

³¹ Elías Díaz. *Op.Cit.* p. 38.

³² Gustavo Zagrebelsky. *Op.Cit.* p. 22.

Antes de estudiar la concepción material de Estado de Derecho, es necesario analizar puntualmente la crisis del Estado Legal y sus repercusiones en el Ecuador.

1.1.4. La crisis del Estado Legal de Derecho en Ecuador.

El Estado Legal de Derecho, como ya se mencionó, terminó por derrumbarse gracias a los totalitarismos en Europa, ya que éstos se abrazaron de sus teorías para facilitar todos los actos que cometieron y desviar los verdaderos propósitos de un Estado de Derecho. Vila Casado, explica que:

El fascismo no solo destruyó Alemania y Europa, igualmente condujo al aniquilamiento de la teoría formalista del Estado de Derecho y del positivismo jurídico, los que no sólo probaron ser incapaces de evitar tan monstruosa catástrofe, sino que, además sirvieron de cómplices y facilitadores de la misma, como lo demuestra la repudiable conducta de buena parte de los juristas alemanes de la época hitleriana³³.

La definición del autor intenta ser más precisa y afirma que no solo el Estado Legal ha sido superado, también el positivismo jurídico como teoría del derecho se ha visto afectado. Jorge Zavala Egas, citando al profesor Bökenforde, afirma que “el giro hacia un concepto material del Estado de Derecho toma pie en la renuncia del positivismo jurídico que se plantea ya al final de la República de Weimar y que se extiende más allá de Alemania”³⁴. En ese sentido, el replanteamiento del Estado de Derecho, pasando a una definición material del concepto, necesariamente implica una reestructuración teórica del Derecho.

El positivismo jurídico, como teoría del derecho es gran culpable del fracaso del Estado Legal. Así como afirmamos que el Estado Legal decae gracias a los totalitarismos europeos, de igual manera ocurre con el positivismo jurídico. “El positivismo que podríamos compendiar en la lapidaria fórmula de la ley es la ley, dejó a la jurisprudencia y a la judicatura alemanas inermes contra todas aquellas crueldades y arbitrariedades que, por grandes que fueran, fuesen plasmadas por los gobernantes de la hora en forma de ley”³⁵. De tal forma, el positivismo jurídico facilita que la ley sea válida incluso conteniendo disposiciones atentatorias contra los derechos.

³³ Iván Vila Casado. *Op.Cit.* p. 389.

³⁴ Jorge Zavala Egas. *Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica*. Guayaquil: Edilex, 2010, p. 44.

³⁵ Gustav Radbruch. *Introducción a la Filosofía del Derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 2010, p. 178.

Por otro lado, también se puede hablar de la crisis del principio de legalidad, que empezó a perder la vigencia trascendental que tuvo. Aquí, algunos podrán discrepar, por un lado hay la tendencia a afirmar que la crisis del principio de legalidad se da en cuanto a su concepción formal de la ley, y con la crisis del Estado Legal resulta necesario modificar la concepción de ley que tiene mencionado concepto. Por otro lado, también hay juristas que afirman que el principio de legalidad finalmente decae con el Estado Legal, y que le da paso a otros principios, tales como el principio de justicia o el principio de constitucionalidad.

En capítulos siguientes se explicará con mayor detalle qué ocurre en la actualidad con el principio de legalidad, y cómo lo ha concebido el Ecuador. En este momento compete exponer los elementos de la crisis del Estado legal y su afección al principio de legalidad. Al respecto, Ferrajoli de manera precisa confirma que:

la crisis afecta al principio de legalidad, que como se ha dicho es la norma de reconocimiento propia del estado legislativo de derecho. Y tiene su génesis en dos factores: la inflación legislativa y la disfunción del lenguaje legal, frutos de una política que ha degradado la legislación a administración, difuminando la distinción entre ambas funciones tanto en el terreno de las fuentes como en el de los contenidos. Las leyes, en todos los ordenamientos avanzados, se cuentan ahora ya por decenas de miles y están formuladas en un lenguaje cada vez más oscuro y tortuoso, dando lugar a veces a intrincados enredos y laberintos normativos³⁶.

Es decir que, toda la crisis mencionada (crisis del Estado Legal, del positivismo jurídico y del principio de legalidad), se puede resumir en la crisis de la *ley*. El jurista italiano, se refiere a que ésta crisis se genera necesariamente por una inflación desmedida de la legislación, y por la utilización de un lenguaje oscuro en el contenido legal. De tal forma, la ley ya no es la herramienta “creadora” de derechos, como los positivistas lo afirman, sino el instrumento mediante el cual se facilitó la vulneración de una serie de derechos inherentes a los seres humanos.

Se puede decir que precisamente fue la creación desmedida de leyes, la que terminó por deslegitimar al positivismo jurídico y al Estado Legal. García de Enterría, lo entiende de la misma forma, y concluye que “El legalismo exacerbado ha matado definitivamente al positivismo! Consecuencia inesperada del predominio formal

³⁶ Luigi Ferrajoli. *Op.Cit.* p. 194.

absoluto de las Leyes, con el que se pensó llegar a eliminar a todas las demás fuentes del Derecho”³⁷.

Ecuador no puede escapar de ese análisis, la ley en el país pasó a ser la fuente principal del derecho hace mucho tiempo. Si bien históricamente, la ley en sentido formal, se ha encontrado subordinada a la Constitución, es innegable aceptar que mencionada ley ha cumplido el rol de la norma que ha guiado el desarrollo diario del derecho en Ecuador.

Ramiro Ávila, sugiere que la crisis del Estado Legal llega a Ecuador paulatinamente, pero termina por desbordarse en el periodo posterior a la aprobación de la Constitución de 1998. Esto gracias a una serie de hechos, no tan alarmantes como una segunda guerra mundial, pero sin duda determinantes para proponer un nuevo modelo de Estado. Y explica que:

Desde la vigencia de la Constitución de 1998, Ecuador sufre una manifiesta crisis económica, política-institucional y social. En lo económico, en 1999, desde el gobierno se ordenó el congelamiento de los depósitos, se descalabra el sistema bancario y se dolariza la economía, lo que provocó una pauperización de la situación de las ecuatorianas y ecuatorianos, que asumieron los costos de una administración bancaria poco transparente; en lo político-institucional, tres presidentes son derrocados y tenemos ocho gobiernos distintos, tenemos cuatro Cortes Supremas de Justicia que se cesan en sus funciones por intervención de otros poderes, tres tribunales constitucionales que no dejan de tener influencia en sus decisiones por parte del congreso y del ejecutivo, los partidos políticos pierden total legitimidad y son rechazados mayoritariamente por la población; podríamos afirmar que no hay poder ni órgano del Estado, incluyendo al Congreso Nacional y al Tribunal Supremo Electoral, que hayan concluido normalmente sus periodos de designación.[...] En lo social, la protesta en las calles no cesó de manifestarse, tanto en contra de los gobiernos de turno como a favor de mejores condiciones de vida³⁸.

Las crisis del Estado de Derecho ecuatoriano, resulta en un desprestigio generalizado de las instituciones que forman el Estado. Todas las funciones del poder, pierden la credibilidad ante los ciudadanos ya que los derechos inherentes a ellos sufren constantes atropellos.

Por otro lado, el derecho y el positivismo jurídico como eje fundamental de la creación jurídica en Ecuador, también se ven desprestigiados. Mencionada desacreditación, recae finalmente en la ley, que era producida por un Congreso

³⁷ Eduardo García de Enterría. *Justicia y Seguridad Jurídica en el Mundo de las leyes desbocadas*. Madrid: Civitas, 2000, p. 103.

³⁸ Ramiro Ávila. “El Constitucionalismo ecuatoriano, breve caracterización de la Constitución de 2008”. *Tendencias del Constitucionalismo en Ibero América*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2009, p. 959.

Nacional con nula credibilidad. Es decir que, necesariamente, la crisis de las instituciones políticas desembocó en la crisis del derecho, y por ende la crisis de la ley. García de Enterría, analizando el proceso histórico de transformación jurídica que también ocurrió en España, observa que:

El poder legislativo, dominado por los partidos y escenario predominante de sus luchas pugnases, ha dejado de ser el depositario indiscutido y seguro de una voluntad nacional común, y ha sido preciso situar a su lado otra expresión superior del verdadero pacto social básico, receptor y regulador de los verdaderos valores superiores en que una comunidad se funda y sobre los cuales, frente a cualquier otra instancia, ha de funcionar³⁹.

Lo mismo ocurre en Ecuador, donde el poder legislativo, bajo el nuevo paradigma constitucional, pierde la importancia que alguna vez tuvo. La nueva Constitución, como veremos más adelante, propone una nueva división de funciones y crea un ente dotado de poderes casi “divinos”, la Corte Constitucional. En ese sentido, con la crisis institucional, que incluye al legislativo, hay una clara crisis de la ley, en su significación formal.

No se podrá continuar reduciendo el derecho a la ley, lo que de alguna manera afecta a los postulados del positivismo jurídico, ya que se vuelve a revalorizar a la jurisprudencia como fuente relevante en el Ecuador. Por otro lado, Peces-Barba observa que ya “no es posible, a la altura de finales del siglo XX, mantener la identificación del Derecho con la ley, ni la afirmación de que el juez solo debe ser la boca muda que pronuncia las palabras de la ley”⁴⁰.

La función legislativa, pierde la hegemonía que tuvo durante la vigencia del Estado Legal; La función ejecutiva, ya no debe limitarse a ejecutar la ley, sino más bien a garantizar los derechos de los ciudadanos a través de políticas públicas eficaces; y, la función judicial, ya no puede seguir siendo “la boca de la ley”, ahora incluso esta facultada para crear normas.

Así cae históricamente el Estado Legal en el mundo y en Ecuador, gracias a procesos históricos que demostraron las falencias de la adopción del concepto formal de Estado de Derecho. De esta forma, resulta evidente y necesario el avance a un Estado Constitucional, que involucra la definición material de Estado de Derecho, y que realza

³⁹ Eduardo García de Enterría. *Op.Cit.* p. 42.

⁴⁰ Gregorio Peces-Barba. *Derechos sociales y positivismo jurídico*. Madrid: Dukinson, 1999, p. 84.

los propósitos con los que nació el Estado de Derecho: la protección de los derechos de las personas y la sujeción de la actividad estatal al Derecho.

1.2. El Estado Constitucional de Derecho en Ecuador

1.2.1. La construcción conceptual del Estado Constitucional de Derecho.

1.2.1.1. A manera de introducción.

La materialización del concepto de Estado de Derecho, se da a partir de la República de Weimar en Alemania; sin embargo, en la práctica siguió predominando el Estado Legal de Derecho. De esa forma, es a partir de la finalización de la Segunda Guerra Mundial cuando las propuestas del Estado Constitucional se perfeccionan y obtienen más seguidores a lo largo del continente europeo. En ese momento histórico, resultó necesario dejar atrás los postulados teóricos del Estado Legal, que terminó siendo cómplice de las barbaridades cometidas por los regímenes totalitarios en Europa. A partir de ese hecho y hasta la actualidad, el Estado Constitucional de Derecho ha ido ganando un importante terreno en los distintos Estados de ese continente.

Corroborando lo mencionado, el jurista español Joseph Aguiló Regla, desarrolla una apreciación interesante acerca de la evolución de Europa hacia el Estado Constitucional y la superación histórica del Estado Legal. De esta forma, afirma que:

En estos momentos es ya un lugar común hablar del “Estado constitucional de derecho” como algo diferente del “Estado legal de Derecho” y referirse a los cambios que esta transición está suponiendo en la concepción del derecho y de la política. Si el modelo clásico del Estado de Derecho (o Estado legal de Derecho) operaba con una separación fuerte entre derecho y política, de forma que jurídicamente gravitaba en torno a la idea del imperio de la ley (o reserva de ley) y políticamente, en torno a la de soberanía (las leyes eran plenamente revisables), el modelo del Estado constitucional acaba con esa separación y gravita en torno a las nociones de constitución normativa o regulativa⁴¹.

Las afirmaciones del autor citado, interesan en cuanto a la mención que hace sobre la nueva concepción del derecho en un Estado Constitucional. Lo referente a la evolución política en Europa, que también lo señala y es innegable, no concierne a los

⁴¹ Joseph Aguiló Regla. “Sobre las contradicciones (tensiones) del constitucionalismo y las concepciones de la Constitución”. *El Canon Neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 231.

propósitos del presente trabajo, por lo que no se lo desarrollará de esa forma, sino que más bien se tratará de enmarcarse en los límites de lo jurídico.

Por otro lado, en América Latina la evolución de un Estado Legal a un Estado Constitucional ha tenido un proceso distinto y tardío. Finalmente, las causas de la evolución de modelo de Estado, se ha venido dando por la incesante inestabilidad general en la región. El Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni, haciendo una crítica al retraso jurídico en América Latina, afirma que:

Es alarmante comparar el curso institucional de América Latina con el de Europa. En líneas generales, las últimas décadas nos están mostrando que los países europeos culturalmente más próximos a nosotros van marchando del Estado de derecho legal al Estado de derecho constitucional, quedando relegado el anterior a un modelo de preguerra [...] América Latina parece encaminarse en dirección opuesta⁴².

Zaffaroni logra ser muy crítico en cuanto a la realidad del continente latinoamericano, pero no se puede negar que incluso es hasta frustrante encontrar rasgos del Estado Legal en la actualidad. Por lo que, a pesar de los grandes avances constitucionales en la región, es difícil hablar propiamente que todos los países han evolucionado a un modelo de Estado Constitucional.

En Ecuador, y como ya se señaló en el subcapítulo anterior, recién en el año 2008, con la aprobación de la nueva Constitución, se puede confirmar la existencia teórica de un Estado Constitucional. No solo el reconocimiento textual en la Constitución lo confirma, sino que todo el contenido teórico del nuevo ordenamiento jurídico y las decisiones de la Corte Constitucional están encaminados a alcanzarlo.

Hablar en la actualidad propiamente de un Estado Constitucional, implica dejar de lado los contenidos teóricos del Estado Legal, incluyendo al positivismo jurídico estricto. Así lo entiende Zagrebelsky, afirmando que:

Quien examine el derecho en nuestro tiempo seguro que no consigue descubrir en él los caracteres que constituían los postulados del Estado de derecho legislativo. La importancia de la transformación debe inducir a pensar en un auténtico cambio genético, más que en una desviación momentánea en espera y con la esperanza de una restauración⁴³.

Un verdadero Estado Constitucional, deja atrás los postulados del Estado Legal, y pasa a abrazarse de nuevos principios y teorías. Resulta necesario preguntarse si el

⁴² Eugenio Raúl Zaffaroni. *Dimensión Política de un Poder Judicial Democrático*. Quito: Corporación Latinoamericana para el Desarrollo, p. 18.

⁴³ Gustavo Zagrebelsky. *Op.Cit.* p. 33.

positivismo jurídico, tal y como fue concebido para el Estado Legal, puede subsistir en este tipo de Estado; o, si el principio de legalidad, sigue siendo el principio rector, y se sigue limitando toda actividad pública a lo expresado por la ley.

Ahora, toca definir el concepto de Estado Constitucional de Derecho, tal y como se lo concibe en la actualidad. Para lo que, en un primer momento se dará la concepción y características esenciales de este modelo de Estado; y se continuara con el desarrollo y las implicaciones de la constitucionalización del derecho.

1.2.1.2. El Estado Constitucional actual.

La simple existencia de una Constitución, como norma suprema en un Estado, no es determinante para afirmar que ese es propiamente un Estado Constitucional de Derecho. Es preciso recordar que el Estado legal, como modelo de Estado dominante por mucho tiempo, también cuenta con una Constitución como norma suprema. En ese sentido, y adentrándonos en el primer punto de análisis, vale resaltar que una de las grandes diferencias entre Estado legal y Estado Constitucional, radica en la concepción e importancia que tiene la Constitución para los distintos modelos de Estado.

Vidal Perdomo, cuando trata de definir al concepto material de Estado de Derecho, nos hace un acercamiento en los siguientes términos:

Bajo esta referencia se quiere mencionar el Estado moderno, no solamente sometido a una constitución, como lo están normalmente los Estados, sino a una normatividad constitucional en que ya se han producido los cambios sobre el concepto de constitución que se han querido registrar acá⁴⁴.

Ahora bien, el autor propone que por un momento se desvíe el debate, y se trate de definir qué es lo que entienden por Constitución los diferentes modelos de Estado. Brevemente, se puede decir, que por un lado, para el Estado Legal de Derecho, la Constitución es una simple carta política de orden jerárquico superior, y la ley pasa a ser la norma más importante. Por otro lado, en el Estado Constitucional, el concepto de Constitución cambia radicalmente, y empieza a ser concebida como una norma jurídica directamente aplicable y “entrometida” en todo el ordenamiento jurídico.

⁴⁴ Jaime Vidal Perdomo. *Introducción al Control Constitucional*. Bogotá: Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2009, p. 40.

La Corte Constitucional de Ecuador, en sentencia interpretativa dictada el 10 de Diciembre de 2008, indica el concepto de Constitución que interesa a un Estado Constitucional, y afirma que:

A partir de la irrupción del modelo constitucional garantista en el mundo entero, es obvio que importa el contenido antes que la forma; y la garantía de ese contenido, pasa por tener una Constitución escrita, rígida, normativa y axiológicamente potente. No en vano, como señalamos más arriba, en este tipo de Estado, la Constitución es en sí misma una norma jurídica vinculante y directamente aplicable, que contiene principios y valores estrechamente relacionados con la promoción de la democracia sustancial y asegurado a través de garantías judiciales que permiten controlar la constitucionalidad - materialidad del ordenamiento jurídico⁴⁵.

Como se observa, es importante que un Estado Constitucional cuente con una Constitución que cumpla con las características expuestas por la Corte. De ninguna manera se puede hablar de un Estado de Derecho, en sentido material, si es que la Constitución no tiene estas particularidades y si además no se cuenta con un órgano encargado de verificar que se de cabal cumplimiento a las disposiciones constitucionales.

Ramiro Ávila, también entiende que en un Estado Constitucional, es necesaria la existencia de una Constitución como norma jurídica, y sobretodo la existencia de un órgano que se encargue de verificar el cumplimiento de las disposiciones constitucionales. El autor concluye que:

La Constitución determina el contenido de la ley, el acceso y el ejercicio de la autoridad y la estructura de poder. La Constitución es material, orgánica y procedimental. [...] es, además, norma jurídica directamente aplicable por cualquier persona, autoridad o juez. Al considerarse norma vinculante requiere de una autoridad competente para sancionar su incumplimiento. Esta autoridad es la Corte Constitucional, que tiene facultades para sancionar la inconstitucionalidad de los actos que emanan del poder público en cualquier forma⁴⁶.

Las disposiciones constitucionales, como bien señala el autor, quedarían desprovistas de protección si no existiera un órgano encargado de verificar que todo el sistema jurídico sea acorde a la Constitución. Ávila, se refiere a una Corte Constitucional, lo que es aplicable directamente al Ecuador y a otros países, pero no excluye la existencia de otros órganos que se encarguen de realizar esas funciones. Así

⁴⁵ Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia Interpretativa 002-08-SI-CC. Quito D. M., 10 de diciembre de 2008. Registro Oficial Suplemento 487 de 12 de Diciembre del 2008.

⁴⁶ Ramiro Ávila. "Ecuador Estado Constitucional de Derechos y Justicia". *La Constitución del 2008 en el contexto andino*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 22.

por ejemplo, en algunos países las funciones de una Corte Constitucional las tiene el poder judicial, y más específicamente, la Corte Suprema de Justicia.

Lo importante en este aspecto, es concluir que un Estado Constitucional, para ser considerado como tal, necesita de una Constitución “jurídica” o material, que busque entrometerse en todo el sistema jurídico, con la finalidad de unificarlo. Y, a la par, no se puede negar que es necesaria la presencia de un órgano encargado de observar que las disposiciones constitucionales se cumplan por todos los entes sociales (privados y públicos).

Sin embargo de eso, y para seguir avanzando en la construcción del concepto, no se puede afirmar que la sola presencia de una Constitución como norma jurídica confirma la existencia de un Estado Constitucional. Resulta necesaria la verificación de otras características, para que todas juntas finalmente lleguen a formar el concepto de Estado Constitucional.

Vila Casado, en su texto previamente citado, confirma lo mencionado en el presente trabajo respecto a la necesidad de una Constitución “jurídica”. Sin embargo, no se queda ahí, y trata de hacer un aporte interesante a la construcción del concepto de Estado Constitucional, aduciendo que:

El concepto Estado material de Derecho se caracteriza por vincular el poder del Estado a determinados principios y valores superiores del derecho, y porque el centro de gravedad de la actividad estatal no se entiende orientada sólo a asegurar las garantías formales de la libertad, sino también ha establecer una situación jurídica justa en sentido material⁴⁷.

Es decir que, en un Estado Constitucional, la carga valorativa y los principios vuelven a tomar relevancia para el poder del Estado, y que la idea de justicia reaparece necesariamente con la finalidad de cumplir los propósitos reales del Estado de Derecho. Ahora bien, algunos teóricos podrán considerar que esas afirmaciones pueden llevar a una ambigüedad general en cuanto a la seguridad que viene preestablecida por el estricto apego a la ley como norma que regula los parámetros por los que se guía una sociedad. No ocurre así, ya que los valores y la justicia que trata de revalorizar el Estado Constitucional, se encuentran descritos en la misma Constitución, y será esa norma la que imponga una idea general de lo justo para toda la sociedad.

⁴⁷ Iván Vila Casado. *Op.Cit.* p. 392.

El jurista citado, observando la tendencia moderna del Estado Constitucional, continúa en su afirmación y concluye que:

el concepto material del Estado de Derecho fundado en valores ha venido ganando un amplio consenso en el Derecho Constitucional contemporáneo, en la medida en que crece el rechazo a la idea de un Estado de derecho meramente formal y desprovisto de contenido material⁴⁸.

Justamente, fue la excesiva formalidad la que terminó por confundir los propósitos reales de un Estado de Derecho. En contraposición, el Estado Constitucional ha encontrado la vía adecuada para alcanzar sus fines máximos, y propone que los actores sociales muchas veces tendrán que saltarse las formalidades legales para alcanzar la justicia y cumplir con los principios de protección de los derechos establecidos en la Constitución.

No es de extrañarse en ese sentido, que el jurista alemán Peter Häberle, llegue a verificar que un Estado Constitucional, puede ser concebido de manera distinta por las sociedades, ya que su construcción se va desarrollando en apego con la cultura que caracteriza a cada país. Así concluye que:

El Estado constitucional de cuño común europeo y atlántico se caracteriza por la dignidad humana como premisa antropológico-cultural, por la soberanía popular y la división de poderes, por los derechos fundamentales y la tolerancia, por la pluralidad de los partidos y la independencia de los tribunales⁴⁹

Un Estado que adopte el modelo de Estado Constitucional de Derecho, necesariamente encontrará inmerso en su actividad diaria una carga de valores y principios que vienen dados y confirmados por la tendencia cultural de la sociedad. De esa forma, se trata de alcanzar los fines máximos del Estado de Derecho, que como bien indica el autor alemán, pretenden alcanzar la dignidad humana por sobre todas las cosas.

Con las ideas expuestas, ya podemos hablar de un concepto material de Estado de Derecho, recordando previamente que la formalidad del concepto proponía la separación de esa justicia y la estricta vinculación con la ley. En la actualidad, el Estado Constitucional, verificando las falencias de su antecesor, revive la importancia de los conceptos de justicia y de los valores, tratando de hacerlos una realidad y ajustándolos a lo establecido por la Constitución jurídica.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 393.

⁴⁹ Peter Häberle. *El Estado Constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 2007, p. 83.

Todo lo mencionado lleva a un punto de análisis crucial, ya que los postulados teóricos de un Estado Constitucional quedarían incompletos si no se profundiza acerca de la postura que va tomando el Derecho en este tipo de Estado. En ese sentido, el concepto de Derecho, va transformándose gracias a que se da la adopción de una Constitución concebida como una norma jurídica, y se revaloriza la justicia y los principios constitucionales.

Al respecto, Ferrajoli de manera precisa afirma que “la subordinación de la ley a los principios constitucionales equivale a introducir una dimensión sustancial, no sólo en las condiciones de validez de las normas, sino también en la naturaleza de la democracia”⁵⁰. Es decir, la concepción clásica de ley, que nos proponía su validez por el simple hecho de ser aprobada a través del procedimiento legislativo queda superada, y pasa a ser importante una validez sustancial de la norma que apunta a verificar que su contenido sea conforme a los principios constitucionales.

El Estado Legal, que se caracterizó por adoptar los postulados del positivismo jurídico, terminó por reducir a todo el derecho en la ley, dándole potestades muy importantes y relegando la supremacía de la Constitución a un mero enunciado político. “El Estado constitucional se basa, en cambio, en que los actos públicos y privados están sometidos a la Constitución, incluso la ley”⁵¹, pero ahora, sí se alcanza una sumisión real, ya que la Constitución no sólo establece la manera de creación de la ley, sino que limita los contenidos que ésta va a poseer.

De esa forma, el derecho pasa a ser una garantía para la protección de los derechos de los ciudadanos, ya no le interesa simplemente regular las relaciones de la sociedad, sino que pretende guiar esas relaciones en armonía para alcanzar la dignidad humana a la que se refería Häberle. El jurista Luigi Ferrajoli, corroborando lo mencionada trata de describir esta nueva función del derecho, y dice que:

Esta función de garantía del derecho resulta actualmente posible por la específica complejidad de su estructura formal, que, en los ordenamientos de constitución rígida, se caracteriza por una doble artificialidad; es decir, ya no sólo por el carácter positivo de las normas producidas que es el rasgo específico del positivismo jurídico, sino también por su sujeción al derecho, que es el rasgo específico del Estado constitucional de

⁵⁰ Luigi Ferrajoli. *Op.Cit.* p. 193.

⁵¹ Ramiro Ávila. “El Constitucionalismo ecuatoriano, breve caracterización de la Constitución de 2008”. *Tendencias del Constitucionalismo en Ibero América*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2009, p. 962.

Derecho, en el que la misma producción jurídica se encuentra disciplinada por normas, tanto formales como sustanciales de derecho positivo⁵².

En tal sentido, el Estado Constitucional, si bien en pos de protección de los derechos, muchas veces faculta a los actores sociales a saltarse las formalidades preestablecidas, esa no es una regla general. Ferrajoli es claro al afirmar que debe existir un respeto a la formalidad y a la materialidad de las normas; ya que en un Estado Constitucional, no se puede alegar que una norma es válida por el simple hecho de haber cumplido con las formalidades previstas, tiene que ser también materialmente (o sustancialmente) válida. El salto de las formalidades se da solamente cuando una norma pretende imponer sus postulados, atentando incluso contra los derechos.

La función del Estado quizá más “afectada” es la legislativa, ya que se acostumbro a dictar leyes que en algún momento determinado incluso se iban contra los postulados básicos de la Constitución política. Ahora bien, tomando en cuenta lo mencionado acerca de la nueva concepción de las leyes en el Estado Constitucional, corresponde a la función legislativa la labor de crear leyes que respeten los procedimientos constitucionales, y además que sean conformes con los principios de protección de derechos establecidos en la Constitución. Al respecto, Ferrajoli afirma que:

En el Estado Constitucional de Derecho la Constitución no sólo disciplina las formas de producción legislativa sino que impone también a ésta prohibiciones y obligaciones de contenido, correlativas unas a los derechos de libertad y las otras a los derechos sociales, cuya violación genera antinomias o lagunas que la ciencia jurídica tiene el deber de constatar para que sean eliminadas o corregida⁵³.

Por otro lado, la función ejecutiva, que simplemente ejecutaba la norma en el Estado legal de Derecho, también se encuentra modificada en cuanto a sus finalidades esenciales, y como la función legislativa, ésta también pasa ser un agente fundamental al momento de considerar al derecho como un sistema de garantías. Finalmente, la función judicial, que en algún momento era un simple “aplicador” de la ley para el caso concreto, ahora también tiene la responsabilidad de “aplicar la ley sólo si es constitucionalmente válida”⁵⁴.

⁵² Luigi Ferrajoli. *Derechos y Garantías*. 6ta. ed. Madrid: Trotta, 2009, p. 19.

⁵³ Luigi Ferrajoli. “Pasado y futuro del Estado de Derecho”. *Estado de Derecho*. Mexico: Siglo Veintiuno, 2002, p. 192.

⁵⁴ *Ibidem*.

En ese sentido, se empieza a modificar las concepciones clásicas de las funciones del Estado, y pasan a ser agentes garantes de los máximos fines del Estado de Derecho. Más adelante se profundizará acerca de esta moderna concepción de las funciones del Estado, ya que es un Estado de Derechos cuando empiezan a tomar fuerza estos postulados. Ahora, solo se lo ha mencionado en cuanto a la nueva concepción que tiene el derecho para un Estado Constitucional.

Volviendo al punto de análisis y siendo más pragmático, Zagrebelsky afirma que en el Estado Constitucional lo que se busca es la unidad del ordenamiento jurídico, respetando la separación de las fuentes. “Lo que caracteriza al Estado constitucional actual es ante todo la separación entre los distintos aspectos o componentes del derecho que en el Estado de derecho del siglo XIX estaban unificados o reducidos en la ley”⁵⁵. Es decir, que el Estado Constitucional, al proponer una nueva concepción del derecho, y alejándose de los postulados positivistas sobre la reducción del derecho a la ley, separa los distintos aspectos que componen todo un sistema jurídico, pero a su vez, la Constitución los abraza y unifica.

Lo mencionado, corresponde al principio de constitucionalidad, que finalmente destrona a la concepción clásica del principio de legalidad, y propone que la Constitución sea la herramienta unificadora del ordenamiento jurídico, respetando su separación que alguna vez se vulneró y redujo el derecho a la ley. En este sentido, vale aclarar que, en un Estado Constitucional, todas las actividades públicas y privadas se encuentran subordinadas a las disposiciones que establece la Constitución.

Para concluir esta parte del presente trabajo, se pueden puntualizar las principales características de un Estado Constitucional de la siguiente forma:

- En un Estado Constitucional, es necesaria la presencia de una Constitución que tenga el carácter de norma jurídica y que se entrometa en todas las actividades públicas y privadas.
- El Estado Constitucional actual propone los valores, la justicia y los principios constitucionales sean retomados. La Constitución será el límite de esos valores y principios.
- Se reafirma la finalidad máxima del Estado de Derecho, que consiste en alcanzar la dignidad humana a través de la protección de los derechos.

⁵⁵ Gustavo Zagrebelsky. *Op.Cit.* p. 40.

- El derecho pasa a tener una nueva concepción, ya no es solamente la herramienta que regula las relaciones sociales, sino que pretende convertirse en un sistema de garantías que logre alcanzar la dignidad humana.
- La Constitución y el principio de constitucionalidad, cumplen una función unificadora del derecho, respetando su separación y confirmando que ya no se encuentra reducido a la ley.

Una vez desarrollado el concepto actual del Estado Constitucional, y descritas sus características fundamentales, es preciso que se pase a observar de qué forma este tipo de Estado ha sido concebido en Ecuador.

1.2.1.3. El Estado Constitucional en Ecuador.

La adopción del Estado Constitucional como modelo de Estado en Ecuador, se expresa textualmente en el Art. 1 de la Constitución de la República del 2008. A partir de esa disposición, se puede afirmar que el propósito del constituyente fue la de abandonar el clásico modelo de Estado Legal e integrar al Ecuador en el bloque de países que han pretendido evolucionar a este modelo de Estado.

Para confirmar teóricamente que el Ecuador ha avanzado a un concepto material del Estado de Derecho, es necesario hacer un análisis completo y verificar si el Estado en el Ecuador cumple con las características que se han descrito de un Estado Constitucional moderno.

Ciertamente la disposición primera de la Constitución del 2008, junta al Estado Constitucional con otros modelos de Estado, como el Estado de Derechos y el Estado de Justicia, afirmando que Ecuador es un “Estado Constitucional de Derechos y Justicia”. Esa unificación ha provocado que la gran mayoría de teóricos e incluso los agentes del poder público (incluyendo la Corte Constitucional) lleguen a confundir los postulados de cada modelo de Estado en uno solo. Lo que este trabajo pretende es analizar las características de cada Estado por separado, por lo que en esta parte del trabajo corresponde analizar solamente los postulados del Estado Constitucional de Derecho.

Se intenta en este apartado, verificar si en el Ecuador se cumple con las características que ya se mencionaron acerca del Estado Constitucional, y cómo las han ido entendiendo y desarrollando los distintos actores jurídicos, sobre todo la Corte

Constitucional, que tiene la compleja tarea de introducir definitivamente, al Ecuador a través de sus resoluciones, en un Estado Constitucional.

Para iniciar el análisis del Estado Constitucional en Ecuador, es necesario hacerlo de la misma forma que se empezó a describir al actual Estado Constitucional en el mundo, es decir referirse a la presencia de una Constitución como norma jurídica, para posteriormente describir los demás caracteres de este modelo de Estado.

En cuanto a la concepción de Constitución que se ha adoptado en Ecuador, resulta evidente que esa norma ya no es más una carta política, así como lo fue la Constitución de 1998 y sus antecesoras. Así también lo entiende Ramiro Ávila, analizando el contenido de la Constitución del 2008, cuando afirma que:

La Constitución del Ecuador es fuertemente materializada, emana de una Asamblea Constituyente, se reconoce a los derechos como límites y vínculos, y se establece una Corte Constitucional que resuelve, en última instancia, los conflictos que se generan por violación de los preceptos constitucionales. En este sentido, la Constitución de Ecuador se enmarca dentro del paradigma actual del derecho constitucional⁵⁶.

La Constitución del 2008, tiene una gran carga de principios y derechos, y no solamente limita el poder político sino que trata de orientar sus actividades para que estén encaminadas a garantizar los derechos de las personas. La Corte Constitucional, en su primera jurisprudencia vinculante, confirma que en el Estado Constitucional de Derecho ecuatoriano se da “el reconocimiento de la Constitución como norma vinculante, valores, principios y reglas constitucionales”⁵⁷. La Constitución vigente, cumple con todas las características necesarias para ser considerada una Constitución propia de un Estado Constitucional.

La misma Corte Constitucional, confirma que la Constitución de 1998, si bien pretendió dar un salto cualitativo en materia de derechos, ésta quedó limitada en el sistema del Estado Legal y en el estricto apego a las formalidades. El paso de un Estado Legal a un Estado Constitucional, se da con la Constitución del 2008.

Muestra de ello es el tránsito de garantías constitucionales extremadamente formales, meramente cautelares, legalistas, con un ámbito material de protección reducido a la justiciabilidad de derechos civiles y políticos, a garantías jurisdiccionales de conocimiento,

⁵⁶ Ramiro Ávila. “Ecuador Estado Constitucional de Derechos y Justicia”. *La Constitución del 2008 en el contexto andino*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 23.

⁵⁷ Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia 001-10PJO-CC. Sentencia de Jurisprudencia vinculante. Quito, D.M., 22 de Diciembre del 2010. Gaceta Constitucional N. 001. Registro Oficial segundo suplemento 351 de 29 de Diciembre de 2010.

libres de formalidades desde su activación, y lo más importante, protectoras y reparadoras de todos los derechos constitucionales⁵⁸.

Por otro lado, esta además mencionar a la misma Corte Constitucional, que en el Estado Constitucional pasa a ser uno de los principales agentes de creación del derecho. Ya se vio, cuando se conceptualizó al Estado Constitucional, que la sola Constitución no era suficiente para afirmar sus postulados y es por eso que se crea un órgano suficientemente capaz de verificar que todos los agentes sociales, tantos públicos como privados, actúen de manera conforme con la Constitución. De esa forma, el Ecuador ha incorporado a su estructura estatal a una Corte Constitucional, con atribuciones y competencias realmente importantes que la misma Constitución las delimita en su Art. 436; y con dos objetivos claros: “salvaguardar y defender el principio de la supremacía constitucional y proteger los derechos, garantías y libertades públicas”⁵⁹.

Avanzando en el análisis, se puede afirmar que el Ecuador, al adoptar el modelo de Estado Constitucional, retoma los valores y los principios constitucionales necesarios para alcanzar los fines máximos persigue el Estado de Derecho. Se puede observar en la misma Constitución, un importante bloque de principios constitucionales que pretenden la protección máxima de los derechos fundamentales (Art. 11); de igual forma esto ha implicado dotarle a la Constitución de una carga valorativa fuerte, y retomar la idea de justicia real.

Como se señaló con anterioridad, el Estado Constitucional tiene un desarrollo diverso en los distintos países, ya que su consolidación se va dando en base a los arraigos culturales propios de cada sociedad. Sin embargo, la principal carga valorativa que impone este nuevo modelo de Estado se enmarca en la dignidad humana (ver preámbulo de la Constitución) como finalidad propia del Estado de Derecho, al igual que lo conciben en Europa. Ahora bien, esa dignidad humana puede tener distintos significados para los Estados, Ecuador en este caso, reafirma los valores democráticos y propone alcanzar la dignidad humana a través del “buen vivir” o “sumak kawsay”, que es un concepto muy apegado a las raíces ancestrales indígenas de este país (ver preámbulo de la Constitución).

⁵⁸ Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia 001-10PJO-CC. Sentencia de Jurisprudencia vinculante. Quito, D.M., 22 de Diciembre del 2010. Gaceta Constitucional N. 001. Registro Oficial segundo suplemento 351 de 29 de Diciembre de 2010.

⁵⁹ Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia 0011-09-SEP-CC. Registro Oficial Suplemento 637 de 20 de Julio de 2009.

Haciendo referencia a la inclusión de los valores y la justicia en el quehacer jurídico del Ecuador, la Corte Constitucional, citando a Peña Freire, señala que “frente al imperio de la ley, surge ahora el imperio de la justicia como una forma de compaginar la ley y la praxis jurídico con los principios y valores constitucionales”⁶⁰. Esa disposición de la Corte Constitucional, no solo confirma lo mencionado acerca de la inclusión de los valores y los principios en la realidad jurídica ecuatoriana, sino que también introduce el siguiente punto de análisis que es la modificación sustancial sobre el Derecho propiamente.

Como se vio, la ley se encuentra influenciada directamente por este cambio de paradigma, y en el Estado Constitucional ecuatoriano debe no solo tener una validez formal, sino también material acorde a los principios y derechos constitucionales. Todo el ordenamiento jurídico pasa a ser influenciado directamente por la Constitución, y se convierte en un sistema de garantías.

Todas las funciones del Estado, tienen la obligación de que en su actuar se garantice la no vulneración de los derechos. De esa forma, la función legislativa y la ejecutiva, por ejemplo, tienen que “adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución” (Art. 84). Esa adecuación “formal y material”, introduce un cambio sustancial en la concepción del Derecho que se tenía en el Estado Legal, donde principalmente interesaba el cumplimiento de las formalidades.

La función garantista de los entes estatales, no logra desarrollarse plenamente sino en un Estado de Derechos. Por lo que, se continuará desplegando esos conceptos en el capítulo siguiente. En cuanto a la función judicial, también se observa una modificación sustancial, ya que pasa a ser una función importante para alcanzar los fines del Estado.

La Corte Constitucional, en su jurisprudencia vinculante, menciona tres características esenciales para el Estado Constitucional, la una ya la mencionamos y es respecto al reconocimiento de la Constitución como norma vinculante. Las otras dos, considera la Corte, se refieren directamente a los jueces, y afirma que en un Estado Constitucional es necesario:

⁶⁰ Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia 0011-09-SEP-CC. Registro Oficial Suplemento 637 de 20 de Julio de 2009.

El tránsito de un juez mecánico aplacador de reglas a un juez garante de la democracia constitucional y de los contenidos axiológicos previstos en la Constitución; y, La existencia de garantías jurisdiccionales vinculantes, adecuadas y eficaces para la protección de todos los derechos constitucionales⁶¹.

El juez en un Estado Constitucional, al igual que el legislativo y el ejecutivo, tiene una función garantizadora, y es quizá el principal agente encargado de verificar que el Derecho cumpla con su nueva función de ser un “sistema de garantías”. La Corte Constitucional considera que:

Los actores judiciales tienen la obligación de hacer respetar las normas constitucionales sustanciales, las mismas que no son otra cosa que los derechos fundamentales, siendo todos nosotros titulares de aquellos derechos, radicando en esa titularidad la verdadera esencia de la democracia y de la soberanía popular y no en ficciones como la representatividad legislativa⁶².

Es decir que, en el Estado Constitucional, necesariamente la función judicial ya no es más aquella función que por mucho tiempo fue relegada y limitada por la misma ley, ahora cumple un papel importante inclusive en la creación diaria del Derecho. Al igual que las otras funciones, la función judicial, en un Estado de Derechos es cuando logra consolidarse como agente garantista, pero sobre todo alcanza su máxima importancia en un Estado de Justicia. Temas que se profundizarán en los siguientes capítulos.

De esta forma, se puede afirmar que el Ecuador cumple con todas las características teóricas necesarias para ser considerado como un Estado Constitucional de Derecho. A partir de la Constitución del 2008, es innegable que se ha superado el Estado Legal, y que toca a los actores jurídicos hacer realidad en la práctica los postulados del nuevo Estado Constitucional. Algunos juristas, con formación positivista, han criticado la adopción de este nuevo modelo de Estado, aduciendo que llega a ser incluso ambiguo y atentatorio contra la seguridad jurídica en Ecuador. En este sentido, vale citar nuevamente a la Corte Constitucional, que trata de contestar directamente a los que opinan que el Estado legal debería mantenerse. La Corte afirma que:

⁶¹ Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia 001-10PJO-CC. Sentencia de Jurisprudencia vinculante. Quito, D.M., 22 de Diciembre del 2010. Gaceta Constitucional N. 001. Registro Oficial segundo suplemento 351 de 29 de Diciembre de 2010.

⁶² Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia 0011-09-SEP-CC. Registro Oficial Suplemento 637 de 20 de Julio de 2009.

Históricamente, se ha demostrado que la mejor, o por lo menos la menos mala de las formas de Estado, es el Estado de Derecho, en tanto se contraponen eficazmente al ejercicio arbitrario del poder. Lo que no aceptan estos intérpretes críticos de la Constitución, y en lo que radica su equivocación, es en la convicción de que el único Estado de Derecho posible e históricamente dado es el Estado legicéntrico o de legalidad, propio de la Europa del siglo XIX. El Estado de Derecho hace tiempo, después de la primera post guerra mundial, abandonó en casi todo el mundo la forma de Estado de legalidad, como una manera de salir de la crisis social derivada de las carencias del Estado policial, que solo garantizaba la igualdad formal de los ciudadanos a través de la ley, pero que mantenía intactas las desigualdades e inequidades sociales⁶³.

No se puede negar que la realización en la práctica de un Estado Constitucional, es realmente complicada. Si bien los propósitos de este trabajo están encaminados a hacer una apreciación teórica de este nuevo modelo de Estado, cabe detenerse por un momento a pensar si es posible que el Estado Constitucional sea una realidad en Ecuador.

Recordando al jurista alemán Peter Häberle, se observa que la evolución del Estado Constitucional se encuentra estrechamente ligada a la cultura de cada país. En ese sentido, el autor hace un análisis acerca de la posibilidad de que los “países en desarrollo” (como Ecuador), puedan incluirse en el contexto de un Estado Constitucional. Al respecto señala que:

los países en desarrollo, lo mismo que la labor científicamente asesorada y comparativa de sus constituyentes, no sólo asimilan los textos constitucionales europeos, sino que además condensan la realidad constitucional y administrativa de los antiguos países modelo en nuevas y diferenciadas formas y etapas textuales, lo que en sí mismo ya constituye una aportación codificadora. En todo caso, tal conquista comunitaria universal respecto del tipo del Estado constitucional es un logro que posee tanto mayor valor, por cuanto es frecuente que los países en desarrollo se atrevan más a enfrentar la “pobre” realidad, que los viejos países, que viven en un elevado bienestar [...] Los altos riesgos que corren aquéllos son evidentes, ya que los textos constitucionales pueden ser descartados por su falta de credibilidad, como simples promesas o utopías, lo que dañaría la idea misma del Estado constitucional⁶⁴.

El autor considera de gran valor que un Estado “en desarrollo”, como el Ecuador, adopte al Estado Constitucional como su modelo de Estado. Sin embargo, existe el gran riesgo de que en la práctica se altere la idea teórica del Estado Constitucional, ya que muchas veces los agentes encargados de ese cambio no logran

⁶³ Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia Interpretativa 002-08-SI-CC. Quito D. M., 10 de diciembre de 2008. Registro Oficial Suplemento 487 de 12 de Diciembre del 2008.

⁶⁴ Peter Häberle. *Op.Cit.* p. 93.

entender cuál es la vía a seguir, y siguen repitiendo las mismas prácticas del Estado Legal.

Es una responsabilidad inmensa la que recae sobre todos los actores jurídicos ecuatorianos, ya que si bien en un momento fueron formados para aplicar los postulados de un Estado Legal, ahora deben necesariamente ser los principales responsables de promover y consolidar un Estado Constitucional.

1.2.2. La Constitucionalización del derecho.

Un espacio aparte merece la mención de la constitucionalización del derecho en un Estado Constitucional, ya que como se vio uno de los efectos más importantes al momento de adoptar los postulados teóricos de este modelo de Estado recae justamente sobre la intromisión de las normas constitucionales en todo el ordenamiento jurídico.

Revisando los escritos de varios juristas que confirman lo mencionado, la gran mayoría de ellos coinciden en lo que el jurista Riccardo Guastini considera sobre la constitucionalización del derecho y cómo se va desarrollando paulatinamente en un Estado Constitucional⁶⁵. De tal forma, el presente trabajo adopta los conceptos que el autor italiano propone, y desarrolla las características necesarias que debe cumplir una constitucionalización.

La constitucionalización del derecho, es un proceso gradual que se da en un Estado Constitucional de Derecho, y que explica la transformación sobre la concepción del derecho que se tenía en un Estado Legal. Así lo entiende también el jurista chileno Jaime Bassa, afirmando que “La constitucionalización tanto de los derechos como de los principios significa la completa superación del Estado de Derecho legislativo, constatándose la diferencia entre reglas y principios”⁶⁶.

Es decir que, el proceso de constitucionalización se da únicamente en un Estado Constitucional y reafirma la superación de la concepción clásica del Derecho. Se va desarrollando paulatinamente y condiciona la actuación de las distintas funciones del Estado. De esta forma, Pablo Comanducci afirma que la constitucionalización:

⁶⁵ Incluso el Tribunal Constitucional de Ecuador, en su polémica resolución en la que asume la calidad de Corte Constitucional, cita de manera textual la concepción que tiene Riccardo Guastini acerca de la constitucionalización del derecho. (Registro Oficial suplemento 451. Quito 22 de Octubre de 2008).

⁶⁶ Jaime Bassa Mercado. *El Estado Constitucional de Derecho*. 2da. ed. Santiago: Legal Publishing, 2009, p. 102.

se trata de un proceso al término del cual el derecho es “impregnado”, “saturado” o “embebido” por la Constitución: un derecho constitucionalizado se caracteriza por una construcción invasiva, que condiciona la legislación, la jurisprudencia, la doctrina y los comportamientos de los actores políticos⁶⁷.

El proceso de constitucionalización, justamente pretende que la Constitución como norma jurídica se impregne en todo el ordenamiento jurídico ocasionando una “real” subordinación de las normas inferiores a las disposiciones constitucionales. Finalmente, cabe citar a Riccardo Guastini, quien afirma que:

Por constitucionalización del ordenamiento jurídico propongo entender un proceso de transformación de un ordenamiento, al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente impregnado por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos así como las relaciones sociales⁶⁸.

Una vez comprendido el concepto de constitucionalización, considerado como un proceso a través del cual el ordenamiento jurídico se ve “impregnado” por las normas constitucionales, es necesario que se pase a describir las siete condiciones que el jurista italiano propone como de mayor importancia para verificar que se ha dado la constitucionalización. Por lo que para efectos del presente trabajo, se describirá las condiciones que propone el autor, en vinculación con la realidad constitucional de Ecuador.

a) *Una Constitución rígida.*

La primera condición para que se de la constitucionalización, es la presencia de una Constitución rígida en el ordenamiento jurídico. La rigidez de la norma suprema, debe cumplir algunas características innegables. Al respecto, Guastini afirma que:

Una constitución es rígida si, y solo si, en primer lugar, es escrita; en segundo lugar, está protegida (o garantizada) contra la legislación ordinaria, en el sentido de que las normas constitucionales no pueden ser derogadas, modificadas o abrogadas si no es mediante un procedimiento especial de revisión constitucional (más complejo respecto del procedimiento de formación de leyes)⁶⁹.

⁶⁷ Pablo Comanducci. “Constitucionalización y Neoconstitucionalismo”. *El Canon Neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 175.

⁶⁸ Riccardo Guastini. *Op.Cit.* p. 147.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 149.

Verificando lo descrito por Guastini, se observa que la Constitución de Ecuador cumple con todas las características mencionadas y puede ser considerada como una norma rígida. Así, la Constitución del 2008, y todas sus antecesoras, son escritas; por otro lado, también es una norma que se encuentra protegida contra la legislación ordinaria, confirmando el principio de supremacía constitucional.

En cuanto a la modificación de las disposiciones constitucionales, ciertamente tiene un proceso especial y distinto al de las normas inferiores. El art. 441 de la Constitución ecuatoriana (CE), dispone que la enmienda de uno o varios artículos puede darse siempre que no se altere su estructura fundamental o los elementos constitutivos del Estado, y que no se establezca restricciones a los derechos y garantías. Mencionada enmienda, sólo podrá darse a través de un referéndum solicitado por el Presidente de la República; o por iniciativa de un número no inferior a la tercera parte de los miembros de la Asamblea Nacional, quienes tratarán el proyecto en dos debates, y aprobarán la enmienda no con menos de las dos terceras partes de los miembros de la Asamblea.

Por otro lado, para una reforma constitucional que implique la restricción de derechos, el procedimiento es más complicado, y solamente será aprobado a través de referéndum (Art. 442 CE). En cualquiera de los dos casos, la Corte Constitucional calificará si el procedimiento es el adecuado (Art. 443 CE).

b) La garantía jurisdiccional de la Constitución.

Riccardo Guastini, cuando habla sobre la garantía jurisdiccional de la Constitución, se refiere al control de constitucionalidad de las leyes y demás normas inferiores. Y afirma que, “en la mayor parte de los ordenamientos contemporáneos, el órgano competente para ejercer tal control es un órgano jurisdiccional o semijurisdiccional”⁷⁰.

El autor afirma que la adopción de cualquier modelo de control constitucional, es adecuado para cumplir con el segundo requisito de constitucionalización. De esta forma distingue tres modelos distintos, por un lado, el estadounidense, que propone un control concreto ejercido por los jueces; por otro lado, el clásico francés que es un control abstracto, ejercido generalmente por un Tribunal Constitucional, que se encarga de hacer una revisión previa de constitucionalidad de las leyes; y, finalmente, el

⁷⁰

Ibidem, p. 150.

moderno europeo, que es un control, ejercido por un Tribunal Constitucional, que se da después de la entrada en vigencia de la ley.

Ecuador, se acerca mucho al último de los modelos descritos por Guastini, ya que la Constitución del 2008 otorga a la Corte Constitucional la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las normas que ya se encuentran vigentes (Art. 436 CE).

c) La fuerza vinculante de la Constitución.

La fuerza vinculante de la Constitución, hace referencia a la concepción de esa norma como una norma jurídica, superando la clásica definición de Constitución como carta política. Se observó con anterioridad, que una de las características esenciales de un Estado Constitucional, es la presencia de una Constitución jurídica que se “entrometa” en todo el ordenamiento jurídico y que sea de aplicación directa. Al respecto, Guastini considera que:

Uno de los elementos esenciales del proceso de constitucionalización es precisamente la difusión, en el seno de la cultura jurídica, de la idea opuesta, es decir, de la idea de que toda norma constitucional –independientemente de su estructura o de su contenido normativo- es una norma jurídica genuina, vinculante y susceptible de producir efectos jurídicos⁷¹.

En Ecuador, como ya se mencionó, la misma Constitución y varias de las resoluciones de la Corte Constitucional, han confirmado que la Constitución ahora es considerada una norma jurídica. A manera de ejemplificación, se puede observar que el num. 3 del Art. 11 de la Constitución, dispone que “los derechos y las garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte”.

En la citada disposición constitucional, se ven rasgos que confirman a la Constitución como norma jurídica, y además se confirma la posibilidad de su aplicación directa, que es otra de las condiciones de la constitucionalización, que se verá más adelante.

d) La “sobreinterpretación” de la Constitución.

⁷¹

Ibidem, p. 152.

La sobreinterpretación de la Constitución hace referencia, a que muchas veces es necesario que los jueces y demás actores públicos hagan una interpretación extensiva de las disposiciones constitucionales, y se alejen de la estricta interpretación literal. Riccardo Guastini, concluye que:

Si se está inclinando por una interpretación extensiva (y por el argumento a *simili*), la Constitución puede ser interpretada -o más bien, sobreinterpretada- de manera tal que se extraigan innumerables normas implícitas, no expresas, idóneas para regular cualquier aspecto de la vida social y política⁷².

Mencionada sobreinterpretación, se la puede entender como necesaria recordando que en un Estado Constitucional de Derecho, se vuelve a dar importancia a los valores y principios constitucionales, por lo que muchas veces las disposiciones de la Constitución pueden parecer insuficientes para alcanzar los fines máximos del Estado.

Continuando con el análisis, y acercándonos a la condición f) de la constitucionalización, Guastini considera que la sobreinterpretación de la Constitución necesariamente se extiende a la ley, y afirma que:

No existe ley que pueda escapar al control de legitimidad constitucional. En otras palabras, no existe espacio para ninguna discrecionalidad legislativa: no hay cuestión de legitimidad constitucional de la cual se pueda decir que sea sólo una *political question*, una cuestión puramente política, ajena al conocimiento del juez de la legitimidad constitucional de las leyes⁷³.

La sobreinterpretación de la Constitución en Ecuador, es una facultad que tienen las autoridades públicas, siempre que este encaminada a la protección de los derechos consagrados en la misma Constitución (Art. 11 num. 5; Art. 427 CE).

e) *La aplicación directa de las normas constitucionales.*

Como ya se señaló con anterioridad, al momento de verificar que la norma constitucional ahora es considerada también norma jurídica, ésta tiene efectos directos y puede ser aplicada directamente por los distintos entes estatales (Art. 11 num. 3 CE).

⁷² *Ibidem*, p. 153.

⁷³ *Ibidem*, p. 154.

Guastini, haciendo un análisis sobre el cumplimiento de esta condición, observa que:

En el constitucionalismo de nuestros días se tiende a pensar que la función de la Constitución es moldear las relaciones sociales. Por consecuencia, también se tiende a pensar que las normas constitucionales –sobre todo los principios generales y las normas programáticas- pueden producir efectos directos y ser aplicadas por cualquier juez en ocasión de cualquier controversia⁷⁴.

Lo que ocurre claramente en el Estado Constitucional de Ecuador, ya que la misma Constitución determina la posibilidad de que los jueces apliquen de manera directa las disposiciones constitucionales en el caso concreto. Es decir, no es necesario que exista una ley previa para poder aplicar directamente la Constitución, y se pueda considerar protegido un derecho.

Por otro lado, si bien previamente se consideraba a la Constitución como límite de la ley, esto ya no ocurre en un Estado Constitucional, donde “la legislación no es (no debe ser) sino el desarrollo de los principios constitucionales o la ejecución de los programas de reforma trazados en la Constitución”⁷⁵.

f) La interpretación conforme de las leyes.

Una vez analizada la interpretación de la Constitución, Guastini considera que otra condición necesaria para la constitucionalización es la interpretación de la ley, que siempre debe darse en conformidad con las disposiciones constitucionales. El jurista italiano afirma que:

la interpretación de las leyes debe ser *in concreto* es decir, en ocasión de una controversia específica. A esta interpretación que se la suele llamar “conforme”, el juez observa que la ley sea conforme a la constitución. Esta forma de interpretación es en suma, aquélla que adecua, armoniza la ley con la Constitución (previamente interpretada, se entiende), eligiendo [...] el significado que evite toda contradicción entre la ley y la Constitución. El efecto de tal interpretación es, obviamente, el de conservar la validez de una ley que, de otra forma, debería ser declarada inconstitucional⁷⁶.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 155.

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 156.

Resulta de suma importancia la función del juez en este aspecto, ya que es él quien esta encargado de verificar que las leyes sean conformes a la Constitución. Guastini considera que la interpretación de la ley debe tener como propósito armonizarla con la Constitución, para lo cual, el juez deberá elegir el significado que más acerque a las dos normas.

Hay que recordar que la interpretación conforme de las leyes, es otro de los aspectos característicos del Estado Constitucional, ya que la concepción material de ley implica que en su contenido sea un desarrollo de las disposiciones constitucionales.

g) La influencia de la Constitución sobre relaciones políticas.

Finalmente, Guastini considera que la última condición de la constitucionalización del derecho, es verificar la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas. Esta influencia, tiene tres elementos: “el contenido mismo de la Constitución, la postura de los jueces (sobretudo del tribunal constitucional, cuando existe tal tribunal), la postura de los órganos constitucionales y de los actores políticos”⁷⁷. Es necesario analizar cada una de ellas, para confirmar que se cumple con esta última condición.

En cuanto al primer elemento, que se refiere al contenido mismo de la Constitución, el autor afirma que “en algunos ordenamientos ciertos conflictos puramente políticos pueden ser resueltos por un órgano jurisdiccional, haciendo uso de normas constitucionales”⁷⁸. Es decir, cuando exista algún conflicto político, como un conflicto sobre las competencias de los distintos órganos, es un órgano jurisdiccional el que lo resuelve, aplicando la Constitución.

En el caso de Ecuador, es la Corte Constitucional la que se encarga de “dirimir conflictos de competencias o de atribuciones entre funciones del Estado u órganos establecidos en la Constitución” (Art. 436 CE).

El segundo elemento, se refiere a la postura de los jueces frente a las decisiones de las otras funciones del Estado. De esta forma, se puede confirmar que:

⁷⁷ *Ibidem*, p. 157.

⁷⁸ *Ibidem*.

Entre los instrumentos argumentativos empleados más frecuentemente por los jueces constitucionales para controlar la discrecionalidad política de los Parlamentos, vale la pena mencionar especialmente por un lado, el principio de igualdad, sobre todo reconstruido como principio de razonabilidad de las distinciones y clasificaciones legislativas, y por el otro, la ponderación de los principios constitucionales (cuando están en conflicto)⁷⁹.

En este sentido, los jueces, y sobre todo la Corte Constitucional, tienen la facultad de juzgar si una ley es legítima de acuerdo a lo establecido por la Constitución. Es decir, se verificará, que el legislador haya cumplido con las disposiciones constitucionales al momento de haber dictado esa norma.

Finalmente, en cuanto al tercer elemento, “las normas constitucionales pueden ser más o menos usadas en la argumentación política (de los órganos y de los actores) para justificar sus acciones y decisiones”⁸⁰. Siempre tendrá que tomarse en cuenta a las disposiciones constitucionales, pero la utilización gradual de ellas, es discrecional. Cumplidas con los tres elementos descritos, se puede afirmar que la última condición ha sido alcanzada por el sistema que se ha constitucionalizado.

Como se ve, la constitucionalización del derecho, es un proceso que abarca varios sectores de la realidad jurídica, y que pretende aumentar gradualmente sus parámetros. El cumplimiento de todas las condiciones descritas, autorizan a un Estado considerar que su ordenamiento jurídico esta siendo constitucionalizado. Ecuador, con la adopción del modelo de Estado Constitucional, ha iniciado un proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico, que con el paso del tiempo seguramente alcanzará mayor fuerza.

1.3. El Neoconstitucionalismo en Ecuador.

1.3.1. ¿Qué es el neoconstitucionalismo?

1.3.1.1. Algunas ideas sobre el neoconstitucionalismo.

⁷⁹ *Ibidem.*

⁸⁰ *Ibidem*, p. 158.

Con la aprobación de la Constitución del año 2008, y la inmersión del Ecuador en un Estado Constitucional, gran parte del debate en la esfera nacional se ha centrado en entender qué es esto del neoconstitucionalismo, cuáles son sus propósitos, y de qué manera se lo aplicará en Ecuador.

Lamentablemente, muchas veces el debate que se ha generado gracias al neoconstitucionalismo en Ecuador, ha perdido objetividad y ha sido mal entendido por una gran cantidad de actores jurídicos, que lo observan como una herramienta de poca credibilidad e inapropiada para un país que históricamente ha adoptado al positivismo jurídico como su teoría del derecho. El propósito de éste trabajo en el presente apartado, es conceptualizar objetivamente al neoconstitucionalismo y desarrollar sus propósitos, entendiéndolo como una teoría, ideología y metodología del derecho.

De esta forma, podemos iniciar diciendo que “el neoconstitucionalismo, entendido como el término o concepto que explica un fenómeno relativamente reciente dentro del Estado Constitucional contemporáneo, parece contar cada día con más seguidores”⁸¹. No solo la ciencia jurídica en Ecuador tiene la responsabilidad de entender los propósitos de esta moderna tendencia, varios constitucionalistas a lo largo del mundo han tratado de definir el concepto de neoconstitucionalismo, ya que la realidad de sus Estados que adoptaron al Estado Constitucional como su modelo teórico a seguir proponen la superación histórica del positivismo jurídico como teoría del derecho.

Así, es necesario afirmar que “el neoconstitucionalismo es una doctrina, que según sus partidarios, surge justamente en conexión con el desarrollo del proceso de constitucionalización del derecho y que pretende superar y, en un sentido, suplantar sea al positivismo jurídico, sea al iusnaturalismo”⁸². Según esa aseveración, es posible concluir que para el neoconstitucionalismo, la constitucionalización del derecho (como se la explicó anteriormente) una vez alcanzada, pretende destronar al positivismo clásico como teoría del derecho. Lo que propone el neoconstitucionalismo es explicar la nueva forma de entender al derecho, una vez que todo el ordenamiento jurídico ha sido constitucionalizado.

De la misma forma lo entiende Luís Cueva Carrión, aduciendo que:

⁸¹ Miguel Carbonell. *Neoconstitucionalismo y Derechos Fundamentales*. Quito: Cevallos, 2010, p.

23.

⁸² Pablo Comanducci. *Op.Cit.* p. 176.

Para esta nueva teoría, la Constitución es un instrumento que no sólo organiza el poder, sino que, además, es fundamentalmente normativa y sus normas deben aplicarse en forma inmediata y directa; su interpretación difiere de la tradicional: es sistémica, se usa el método de la ponderación, que se auxilia del test de proporcionalidad, el método de la unidad de la Constitución y el de la armonización; todo el sistema constitucional debe funcionar y ser interpretado desde una nueva perspectiva: la de los derechos fundamentales⁸³.

Para el autor citado, el neoconstitucionalismo solo es posible en un sistema jurídico constitucionalizado bajo la forma de un Estado Constitucional. Es decir, la idea de neoconstitucionalismo y constitucionalización del derecho, van estrechamente ligadas y la primera trata de explicar teóricamente los propósitos de la segunda.

Por otro lado, para Susana Pozzolo, el neoconstitucionalismo es un término que se ha utilizado para indicar dos fenómenos diferentes. Afirma que:

El termino neoconstitucionalismo indica el constitucionalismo *tout court*, es decir, el constitucionalismo en general [...] y ha sido empleado para indicar un modelo de sistema jurídico dotado de características específicas (una constitución larga y densa), denominado también “Estado constitucional de Derecho”⁸⁴.

De las afirmaciones citadas, se puede concluir que el neoconstitucionalismo no es más que una corriente del pensamiento jurídico que trata de explicar los efectos jurídicos y las implicaciones de la constitucionalización del derecho, dentro de un Estado Constitucional de Derecho.

1.3.1.2. El desarrollo histórico del neoconstitucionalismo.

Ahora bien, por lo expuesto anteriormente, también se puede afirmar que el neoconstitucionalismo tiene un desarrollo histórico que va a la par con la adopción del Estado Constitucional de Derecho como modelo de Estado en los distintos países. La evolución del derecho, necesariamente se encuentra vinculada con el desarrollo de los requerimientos sociales dentro de determinados Estados. Así también lo entiende Ferrajoli, quien hace una observación de la evolución de las distintas escuelas jurídicas adoptadas en diversos momentos históricos. Y concluye que:

⁸³ Luís Cueva Carrión. *Acción Constitucional Ordinaria de Protección*. Quito: Ediciones Cueva Carrión, 2009, p. 132.

⁸⁴ Susana Pozzolo. “Reflexiones sobre la concepción neoconstitucionalista de la Constitución”. *El Canon Neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 209.

El iusnaturalismo en sus muchas variantes fue la filosofía jurídica dominante de la época premoderna, mientras faltó el monopolio estatal de la producción jurídica; el iuspositivismo lo ha sido a partir de las codificaciones y el nacimiento del Estado moderno; el constitucionalismo lo es hoy, o en todo caso, está llegando a serlo, después de la introducción de la garantía jurisdiccional de la rigidez de las constituciones⁸⁵.

Se analizó anteriormente, las implicaciones teóricas de adoptar al positivismo jurídico como teoría del derecho dentro de un Estado legal de Derecho, y los avances que propuso con la finalidad de alcanzar los fines máximos del Estado de Derecho apeándose estrictamente al formalismo legal. La historia, ya es conocida, y el positivismo jurídico lamentablemente terminó siendo una herramienta facilitadora para la vulneración de varios derechos inherentes a los seres humanos dentro de los Estados totalitarios.

Actualmente, en un Estado Constitucional, ya “no es sostenible la tesis de la Teoría Pura del Derecho, expresión más perfilada del positivismo clásico, de que se puede obtener un concepto del Derecho prescindiendo de su justicia y de su substrato social”⁸⁶. No solo eso, ya no es sostenible incluso el positivismo jurídico de la escuela analítica moderada que no era tan estricto, en cuanto a la reducción del derecho a la ley. Ha resultado necesario redimensionar los propósitos que tiene el derecho dentro de la sociedad y bajo éste nuevo modelo de Estado, se supera toda forma de positivismo jurídico, y se pasa a adoptar al neoconstitucionalismo como teoría, ideología y metodología.

En ese sentido, para Miguel Carbonell, es posible entender el desarrollo histórico del neoconstitucionalismo juntando varios aspectos. En un primer momento, es necesaria la adopción de un texto constitucional material, que corresponde a los acogidos por los Estados constitucionales. Y aduce que:

El neoconstitucionalismo pretende explicar a un conjunto de textos constitucionales que comienzan a surgir después de la Segunda Guerra Mundial y sobretodo a partir de los años 70 del siglo XX. Se trata de Constituciones que no se limitan a establecer competencias o a separar a los poderes públicos, si no que contienen altos niveles de normas “materiales” o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines objetivos⁸⁷.

⁸⁵ Luigi Ferrajoli. *Op.Cit.* p. 194.

⁸⁶ Gregorio Peces-Barba. *Op.Cit.* p. 84.

⁸⁷ Miguel Carbonell. *Op.Cit.*p. 24.

En los subcapítulos anteriores ya se explicó las implicaciones teóricas que genera la adopción de una Constitución como norma jurídica, con altos niveles de normas materiales. Y eso es lo que justamente busca el neoconstitucionalismo, brindar las herramientas teóricas que faciliten la comprensión de ese grupo de Constituciones, lo que a la larga impone una nueva concepción del derecho para todos los actores jurídicos, que ahora se encuentran inmersos en un sistema constitucionalizado.

Por otro lado, Carbonell encuentra que el neoconstitucionalismo no solo ha verificado su desarrollo gracias a las Constituciones de la “post-guerra”, sino que más bien, y quizá más importante, ha sido y es la actividad diaria de los jueces la que confirma que esta moderna teórica se está aplicando. El jurista mexicano concluye que:

los jueces constitucionales han tenido que aprender a realizar su función bajo parámetros interpretativos nuevos, a partir de los cuales el razonamiento judicial se hace más complejo. Entran en juego las técnicas interpretativas propias de los principios constitucionales, la ponderación, la proporcionalidad, la razonabilidad, la maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales, el efecto irradiación, la proyección horizontal de los derechos, el principio *pro personae*, etc⁸⁸.

La tarea de los jueces es bastante compleja, ya que si bien en muchos casos fueron formados bajo los parámetros clásicos del positivismo jurídico, ahora en el Estado Constitucional tienen una función seguramente más importante, y están obligados a adoptar en su práctica diaria, los modernos métodos que impone la constitucionalización del derecho.

Carbonell continúa su análisis, y observa que, así como la Constitución del Estado Constitucional tiene que ser “entrometida” en todo el ordenamiento jurídico, los jueces cumplen un rol parecido al “entrometerse” directamente en varios aspectos de la vida política y social. Tal afirmación, el autor la expone en los siguientes términos:

Del mismo modo que la Constitución del neoconstitucionalismo es una Constitución “invasora” o “entrometida” (según la correcta observación de Riccardo Guastini), también la tarea judicial tiene que ver con muchos aspectos de la vida social. El neoconstitucionalismo genera una explosión de la actividad judicial y comporta o requiere de algún grado de activismo judicial, en buena medida superior al que se había observado anteriormente⁸⁹.

De esa forma, la actividad judicial tiene una revalorización importante para el neoconstitucionalismo, representa para sus postulados lo que la función legislativa llegó

⁸⁸ *Ibidem*, p. 25.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 26.

a ser para el positivismo jurídico. Los jueces, en sus decisiones van desarrollando al neoconstitucionalismo de cada país, ya que tienen la obligación de confirmar, entre otras cosas, la constitucionalización del derecho.

Finalmente, otro aporte importante para la construcción del neoconstitucionalismo es la aportación que los teóricos hacen acerca de su concepción sobre el derecho en un Estado Constitucional. Tales aportes, se van desarrollando por los juristas gracias a la existencia de las Constituciones mencionadas por un lado, y por otro a los aportes que la jurisprudencia va creando en el nuevo modelo de Estado. Carbonell, al respecto concluye que:

Un tercer eslabón dentro del conjunto de fenómenos que abarca el neoconstitucionalismo consiste en desarrollos teóricos novedosos, los cuales parten de los textos constitucionales fuertemente sustantivos y de la práctica jurisprudencial recién enunciada, pero también suponen aportaciones de frontera que contribuyen en ocasiones no solamente a explicar un fenómeno jurídico, sino incluso a crearlo⁹⁰.

Evidentemente, se puede coincidir con las afirmaciones del autor cuando aduce que la ciencia jurídica o directamente los aportes teóricos de los juristas son herramienta indispensable para el neoconstitucionalismo, y de hecho llegan a ser un aporte elemental a la hora de crear derecho. En tal sentido, Ferrajoli ha llegado a afirmar que los aportes de los teóricos, son una “meta-garantía en relación con las garantías jurídicas eventualmente inoperantes, ineficaces o carentes, que actúa mediante la verificación y la censura externas del derecho inválido o incompleto”⁹¹.

Ha sido notorio que en muchas ocasiones (y es una práctica que toma más fuerza en la actualidad), los jueces hagan referencias textuales a trabajos jurídicos y a diversos autores, con la finalidad de fortalecer sus argumentos.

Lo importante para el desarrollo del neoconstitucionalismo, es que todos los componentes históricos mencionados se junten en la realidad diaria del derecho de cada país. De esa forma, y comprendido el concepto y la evolución histórica del neoconstitucionalismo, es necesario que se pase a describir su teoría, su ideología y su metodología.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 28.

⁹¹ Luigi Ferrajoli. *Derechos y Garantías*. 6ta. ed. Madrid: Trotta, 2009, p. 33.

1.3.2. La teoría, ideología y metodología del neoconstitucionalismo.

1.3.2.1. El neoconstitucionalismo teórico.

Una vez comprendido el concepto de neoconstitucionalismo, resulta sencillo describirlo como teoría del derecho, ya que su principal postulado teórico se basa en la constitucionalización del derecho. Pablo Comanducci, lo entiende así, y concluye que:

El neoconstitucionalismo como teoría del derecho, aspira a describir los logros de la constitucionalización, es decir, de ese proceso que ha comportado una modificación de los grandes sistemas jurídicos contemporáneos respecto de los existentes antes del despliegue integral del proceso mismo⁹².

La teoría del derecho neoconstitucionalista, se enmarca directamente en la constitucionalización del derecho dentro del Estado Constitucional, que debe cumplir una serie de condiciones descritas perfectamente por el jurista italiano Riccardo Guastini, y que en los apartados anteriores del presente trabajo ya fueron descritas.

Continúa Comanducci describiendo la teoría del derecho neoconstitucionalista, como una alternativa distinta a la que proponía el positivismo jurídico, y afirma que:

Como teoría, el neoconstitucionalismo representa por tanto una alternativa respecto de la teoría iuspositivista tradicional: las transformaciones sufridas por el objeto de investigación hacen que ésta no refleje más la situación real de los sistemas jurídicos contemporáneos. En particular, el estatalismo, el legicentrismo y el formalismo interpretativo, tres de las características destacadas del iuspositivismo teórico de matriz decimonónica, hoy no parecen sostenibles⁹³.

En ese sentido, parece obvio que los aportes del neoconstitucionalismo sean distintos al positivismo, ya que con el Estado Constitucional cambia de manera radical la concepción clásica del derecho, que termino siendo reducido por la ley. Ahora, esa reducción termina, y lo que se pretende es una unidad de todos los componentes del derecho a través de una Constitución “entrometida”, y específicamente mediante una constitucionalización de todo el sistema jurídico.

1.3.2.2. El neoconstitucionalismo ideológico.

⁹² Pablo Comanducci. *Op.Cit.* p. 177.

⁹³ *Ibidem.*

Adoptada la visión neoconstitucionalista como teoría del derecho, el siguiente paso es que definitivamente todos los actores jurídicos la tomen como su “ideología” a la hora de hacer efectivos sus postulados. Es decir, si bien el neoconstitucionalismo como teoría trata de explicar, y solamente eso, la constitucionalización del derecho en un Estado Constitucional; como ideología se propone valorar y defender que mencionada constitucionalización es la adecuada para alcanzar los fines máximos del Estado, y de protección de los derechos fundamentales.

Comanducci, lo ve de la misma forma y aduce que:

El neoconstitucionalismo ideológico no se limita por tanto a describir los logros del proceso de constitucionalización, sino que los valora positivamente y los defiende. En particular subraya la importancia de los mecanismos institucionales de tutela de los derechos fundamentales [...] pero, más todavía, destaca la exigencia de que las actividades del legislativo y del judicial estén directamente encaminadas a la concreción, la actuación y la garantía de los derechos fundamentales previstos en la Constitución⁹⁴.

El neoconstitucionalismo ideológico, propone un cambio en el comportamiento de los actores sociales, sobre todo de los entes estatales, que deben estar convencidos que sus actuaciones sean las adecuadas para garantizar la protección de los derechos de las personas. Es decir, el neoconstitucionalismo intenta afirmar que la constitucionalización del derecho, y la misma Constitución, son necesarias para que finalmente se cumplan con los postulados de un Estado de Derecho.

El neoconstitucionalismo ideológico, toma fuerza cuando las instituciones creadas por la Constitución respetan los propósitos de un Estado Constitucional; y cuando la constitucionalización del derecho ha logrado que todo el sistema jurídico se vea impregnado por los valores y principios constitucionales.

1.3.2.3. El neoconstitucionalismo metodológico.

Finalmente, el neoconstitucionalismo metodológico afirma que la herramienta adecuada para asegurar los fines de protección de los derechos inherentes a la persona, es la vinculación entre el derecho y la moral. Refiriéndose a esto, Comanducci afirma que:

⁹⁴ *Ibidem*, p. 179.

el neoconstitucionalismo metodológico sostiene, [...] –al menos respecto de situaciones de derecho constitucionalizado, donde los principios constitucionales y los derechos fundamentales constituirían un puente entre derecho y moral-, la tesis de la conexión necesaria, identificativa y justificativa, entre derecho y moral⁹⁵.

Los neoconstitucionalistas, defienden la idea de que la constitucionalización del derecho necesariamente justifica la vinculación entre el derecho y la moral. De esa forma, pretenden alejarse de las ideas del positivismo jurídico acerca de la autonomía necesaria del derecho respecto de la moral.

En ese sentido, ya no se puede observar al derecho como una ciencia autónoma desprovista de cualquier contenido que imponga la moral. Los entes estatales, e incluso los privados, al momento de realizar cualquier actividad jurídica deben observar que se encuentre dentro de los parámetros establecidos por la moral en la sociedad. Precisamente, “la tesis neoconstitucionalista es que cualquier decisión jurídica, y en particular la decisión judicial, está justificada si se deriva, en última instancia, de una norma moral”⁹⁶.

Ahora bien, estos postulados neoconstitucionalistas, se ven reforzados con la idea materialista del derecho, que incluye a los valores y a los principios constitucionales en todo el ordenamiento jurídico, a través del proceso de constitucionalización. Es decir, la moral a la que se refieren los que defienden al neoconstitucionalismo, necesariamente es la que se encuentra preestablecida en la misma Constitución, y en las leyes que adoptan ese sentido material.

Por tal razón, “el neoconstitucionalismo ve la moral como uno de los criterios de validez del derecho, de modo que el juicio externo sobre la justicia del derecho positivo se transforma en juicio interno sobre validez”⁹⁷. Lo que confirma, la idea acerca de la validez sustancial de las normas en el Estado Constitucional.

En la práctica diaria, tiene gran importancia para el neoconstitucionalismo la actividad de los jueces, por lo que, serán ellos sobre todo, en sus decisiones, los que vayan desarrollando la vinculación entre el derecho y la moral respecto de los anhelos de la sociedad y lo establecido por la Constitución. Así también lo describe Cueva Carrión, quien expone brevemente que:

⁹⁵ *Ibidem*, p. 181.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 187.

⁹⁷ Susana Pozzolo. *Op.Cit.* p. 217.

Serán los jueces los encargados de descubrir la verdad jurídico-moral, con lo que esta doctrina termina entregándoles una mayor discrecionalidad en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas y en la solución de los casos sometidos a su conocimiento: ellos serán, entonces, quienes implanten y garanticen la vigencia de la verdadera moral y de la autentica justicia⁹⁸.

En conclusión, el neoconstitucionalismo metodológico, al verificar previamente el proceso de constitucionalización del derecho, propone una vinculación necesaria entre el derecho y la moral, ya que aquella permitirá la plena vigencia de las disposiciones constitucionales y la real protección de los derechos fundamentales.

⁹⁸Luís Cueva Carrión. *Op.Cit.* p. 133.

2. El Estado de Derechos.

2.1. Del Estado de Derecho al Estado de Derechos

2.1.1. La doble acepción del Estado de Derechos.

Con la aprobación de la Constitución del 2008, el Ecuador no sólo adoptó la figura de un Estado Constitucional como modelo de Estado. Si habría ocurrido aquello, el presente trabajo no tendría la necesidad de describir mayores aportes teóricos y lo expuesto en el capítulo anterior sería suficiente para conceptualizar el nuevo tipo de Estado en Ecuador.

Ahora bien, el art. 1 de la norma constitucional, afirma que el Ecuador es un “Estado Constitucional de Derechos”. En base a esa descripción, se ha generado una de las mayores controversias y debates por parte de los juristas, ya que Ecuador es el único país en el mundo que constitucionalmente se define como un Estado de Derechos. De esa forma, muchos sostienen que el asambleísta constituyente, al momento de redactar el art. 1 de la Constitución, cometió un error, ya que la letra *s* parece estar demás, y la definición apropiada debió haber sido “Estado Constitucional de Derecho”.

Otros, incluyendo a los mismos asambleístas, afirman que el propósito fue justamente definir al Estado ecuatoriano, no sólo como un Estado Constitucional, sino también como un Estado de Derechos, lo que parece no estar claro en ese sentido es el concepto teórico de este modelo de Estado. Por su parte, La Corte Constitucional, en sus resoluciones, también confirma que el modelo de Estado en Ecuador es el de un Estado Constitucional de Derechos, aunque muchas veces la definiciones que brindan al momento de conceptualizarlo, se limitan a describir los postulados del Estado Constitucional de Derecho.

Las dos corrientes de la discusión generada, pueden tener cierto grado de razón. Sin embargo, para la realización del presente trabajo, ha sido necesario investigar si existe alguna referencia teórica clara acerca del Estado de Derechos, y si los mismos que proponen la evolución del Estado de Derecho a su concepto material, también hablan de la posible existencia de un Estado de Derechos. En ese sentido, intentando ser lo más objetivos posible, se puede afirmar que hay dos acepciones correspondientes al término Estado de Derechos.

Para la primera de ellas, el Estado de Derechos puede ser entendido como un sinónimo del Estado Constitucional de Derecho. Así lo afirma Zagrebelsky, quien hace un análisis sobre la evolución teórica de un Estado Legal a un Estado Constitucional, y concluye que algunos juristas en la actualidad llaman Estado de Derechos al Estado Constitucional, y lo tratan como sinónimos que pretenden describir lo mismo. El jurista italiano, lo explica de la siguiente forma:

Aunque no siempre con un significado perfectamente coincidente, es indudable que en la ciencia constitucional actual el lenguaje de los derechos ha tomado la delantera a cualquier otro lenguaje. Hasta tal punto es así que, para establecer una diferencia con el Estado de Derecho decimonónico, hoy se habla a veces de Estado de Derechos⁹⁹.

Es justificable que al Estado Constitucional también se lo defina como Estado de Derechos, ya que justamente, es en base a los derechos de las personas que ése nuevo modelo de Estado desarrolla sus características. Hablar de Estado de Derechos, y no de Estado de Derecho, es utilizado por algunos teóricos para describir la evolución del Estado Legal al Estado Constitucional, y no representa propiamente un aporte nuevo o postulados distintos, sino que facilita la comprensión de los propósitos del moderno Estado de Derecho.

Siguiendo ese concepto de Estado de Derechos, se puede afirmar que el asambleísta constituyente en Ecuador, ha caído en un “pleonismo jurídico” al momento de definir al Estado como “Constitucional de Derechos”. Es decir, comete un error juntando dos términos que son redundantes, y que significan lo mismo. Ocurre generalmente, que muchas personas al momento de hablar o redactar sus ideas, juntan palabras que expresan algo idéntico, como por ejemplo: “estoy subiendo arriba”, “salió afuera”, entre otras.

El asambleísta, cuando redactó la Constitución, bien podría haber descrito en el art. 1 que Ecuador es un Estado Constitucional de Derecho, o simplemente afirmar que Ecuador es un Estado de Derechos. Los efectos, postulados y propósitos del nuevo modelo de Estado no cambiarían en lo absoluto ya que son sinónimos y expresan lo mismo.

Para los que aceptan que el Estado de Derechos es lo mismo que el Estado Constitucional, podrán afirmar que la Constitución ecuatoriana, al momento de juntar

⁹⁹ Gustavo Zagrebelsky. *Op.Cit.* p. 65.

los dos términos, y definir al Estado como un Estado Constitucional de Derechos, cae en un error grave de redacción.

Ahora bien, hay otra acepción de Estado de Derechos, que se ha ido desarrollando en base a la misma definición de Estado que propone la Constitución de Ecuador. Se parte de la idea de que el asambleísta constituyente, no ha caído en un pleonasma ni ha cometido ningún error al momento de redactar el art.1 de la norma fundamental, sino que su propósito ha sido darle nombre a un modelo de Estado que al parecer intenta superar los postulados del Estado Constitucional de Derecho.

Para los que defienden esta acepción, encuentran que el Estado de Derechos, si bien tiene su base esencial en los postulados del Estado Constitucional, posee algunas características que no fueron desarrolladas por ese modelo anterior de Estado. Entre esas características especiales, se destaca principalmente: por un lado, la evolución de un monismo o centralismo jurídico a un pluralismo jurídico; y por otro, una nueva concepción de los derechos fundamentales, que invaden todo el texto constitucional, superando la clásica distinción entre la parte dogmática y orgánica de la Constitución. Ramiro Ávila, defendiendo la necesaria existencia de un Estado de Derechos, concluye que:

Se podría considerar que el Estado Constitucional es suficiente para comprender a los derechos, dado que las Constituciones contemporáneas son materiales. Sin embargo, el énfasis en los derechos resalta la importancia superior a la parte orgánica y, por otro lado, se podría afirmar que puede existir un Estado Constitucional pero sin reconocer la pluralidad jurídica¹⁰⁰.

De esa forma, la definición de Estado de Derechos, parte de la idea de que el Estado se encuentra en constante evolución, y al parecer los propósitos del Estado Constitucional no bastan para definirlo. Es un proceso histórico, que en la actualidad finaliza en la construcción de un Estado de Derechos. Así lo entiende Ramiro Ávila, quien hace un estudio evolutivo de los modelos de Estado, aduciendo que:

Si hiciéramos un esquema de la evolución histórica del Estado, en relación al derecho, tendríamos tres modelos: el Estado sobre el derecho (Estado Absoluto), el Estado de Derecho, el Estado de Derechos. En el Estado Absoluto, el derecho está sometido al poder; en el Estado de Derecho, el poder está sometido al derecho bajo dos modalidades. En la una, el derecho es entendido exclusivamente como la ley; en la otra, el derecho tiene una concepción más amplia y se la podría entender como el sistema

¹⁰⁰Ramiro Ávila. *Op. cit.* p. 37.

jurídico formal o como el sometimiento a la Constitución, que es lo que L. Ferrajoli llamaría “estricta legalidad”. En el Estado de Derechos, finalmente, todo poder público y privado, está sometido a los derechos¹⁰¹.

Siguiendo las apreciaciones del autor, se observa una innegable evolución histórica de los modelos de Estado en relación con las distintas apreciaciones del derecho en cada una de ellas. Por otro lado, el mismo Ávila, para completar su análisis, y justificar la creación del Estado de Derechos, no sólo observa mencionada evolución histórica en la relación Estado-Derecho, sino que también trata de vincularla con la transición en cuanto a los entes que ostentan el poder en cada modelo de Estado, y concluye que:

En el Estado Absoluto, quien ostenta el poder es la autoridad, que somete al sistema jurídico a su voluntad. En el Estado legislativo de Derecho, el parlamento es quien somete, a través de la ley, al Estado. En el Estado constitucional de Derecho, la asamblea constituyente somete a través de la Constitución a todos los poderes constituidos. Finalmente, en el Estado de Derechos, los derechos que son creaciones y reivindicaciones históricas, anteriores y superiores al Estado, someten y limitan a todos los poderes incluso al constituyente¹⁰².

El autor ecuatoriano, afirma que en un Estado de Derechos, ninguna autoridad constituyente o constituida determina los parámetros por los que van a actuar los demás órganos de poder. Son los mismos derechos, los que toman forma de “autoridad” y someten a todo poder, incluyendo al mismo constituyente, que al momento de redactar la norma constitucional, si bien tiene “plenos poderes”, deberá limitarse a actuar conforme lo permitan los derechos inherentes a la persona, que son previos a cualquier modelo de Estado.

Observando esa doble apreciación (tanto histórica del derecho y del poder) de la evolución de los modelos de Estado, es necesario recordar que el principal propósito de un Estado de Derecho siempre ha sido la realización efectiva de los derechos de las personas. En ese sentido, se justificó la transición de un Estado Legal a un Estado Constitucional, tratando de corregir los errores cometidos bajo la primera forma de Estado de Derecho. Ahora bien, y como lo afirma Zagrebelsky, el lenguaje de los derechos fue ganando bastante terreno dentro del Estado Constitucional, de esa forma,

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 28.

¹⁰² *Ibidem*, p. 29.

parece ser que los mismos postulados teóricos de este modelo de Estado van resultando escasos a la hora de observar las exigencias de las distintas sociedades.

Hablar de un Estado de Derechos, no significa dejar de lado al Estado Constitucional, todo lo contrario, su construcción teórica se desarrolla en base a las propuestas de este último. El Estado de Derechos, en ese sentido, representa una modalidad más avanzada del Estado de Derecho, ya que fortalece los propósitos con los que inició su camino como modelo de Estado.

Los derechos de las personas y su protección, han sido y son la guía elemental para la construcción teórica de los diversos modelos de Estado de Derecho, incluyendo obviamente también al Estado de Derechos. Justamente, en este tipo de Estado, como ya se explicó con anterioridad, es donde alcanzan su mayor fuerza, y llegan a ser considerados incluso como una “autoridad” que subordina a todas las demás autoridades del Estado. Ávila, observa la importancia que tienen los derechos en el Estado de Derechos, de la siguiente manera:

En el Estado de derechos, los puntos de referencia y análisis cambian profundamente. Por un lado, 1) el Estado está sometido a los derechos, 2) el derecho del que éste emana está sometido a los derechos de las personas y colectividades. Por otro lado, 3) el punto de referencia ya no es exclusivamente el Estado sino el poder. [...] Finalmente, para reforzar la idea de que los derechos están por sobre el Estado, el derecho y cualquier poder, se desarrollan de manera integral las 4) garantías¹⁰³.

Los derechos alcanzan su mayor fuerza en el Estado de Derechos, lo que se facilita gracias a los triunfos dados por el Estado Constitucional. Un Estado de Derechos, no podría coexistir con un Estado Legal, ya que necesita de la existencia de una Constitución cargada materialmente de derechos, y que invada a todo el ordenamiento jurídico.

Con lo expuesto, y siguiendo su segunda acepción, se puede afirmar que el Estado de Derechos es un modelo de Estado, basado en los postulados teóricos del Estado Constitucional, pero que a su vez tiene algunas características propias que explican de mejor manera la moderna concepción de los derechos.

Al igual que como se hizo con los modelos anteriores de Estado, se puede puntualizar las características más importantes del Estado de Derechos, de la siguiente forma:

¹⁰³ Ramiro Ávila. “El Constitucionalismo ecuatoriano, breve caracterización de la Constitución de 2008”. *Tendencias del Constitucionalismo en Ibero América*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2009, p. 967.

- El Estado de Derechos, tiene su construcción teórica en base a lo expuesto por el Estado Constitucional.
- El Estado de Derechos, es la evolución máxima de los distintos modelos de Estado que se han desarrollado a lo largo del tiempo.
- Se confirma la transición del monismo jurídico al pluralismo jurídico.
- Los derechos, pasan a tener una nueva concepción en la que aparecen como la “autoridad” máxima, limitando la actuación de todos los poderes constituyentes y constituido.
- Las garantías permiten que el Estado de Derechos se desarrolle con plenitud.

Una vez entendido el concepto de Estado de Derechos, merece mención aparte la explicación acerca de la aparente crisis del Estado Constitucional en el mundo, que se da en base a la necesidad de encontrar nuevas vías para la protección de los derechos fundamentales.

2.1.2. La crisis del Estado Constitucional actual respecto de los derechos.

Para entender con mayor exactitud la necesidad de la construcción de un Estado de Derechos, es preciso que se tome en cuenta que los postulados del Estado Constitucional van resultando limitados a los anhelos de algunas sociedades que exigen dentro de la elaboración teórica de su modelo de Estado, la inclusión de otras características.

El jurista italiano Luigi Ferrajoli, quien explica los postulados del Estado Constitucional, también se refiere a la inminente crisis de ese modelo de Estado, ya que las exigencias sociales van evolucionando rápidamente, y lo analiza de la siguiente forma:

Hoy en día también el paradigma del Estado Constitucional de Derecho que nos fue heredado por la tradición occidental ha entrado en crisis. Han cambiado las coordenadas estatales que conforman su presupuesto. Se ha reducido la soberanía externa de los Estados nacionales, tanto en el plano jurídico por su sujeción a la Carta de la ONU y a las grandes convenciones internacionales de derechos humanos, como en el plano de los hechos por su generalizado carácter de “soberanía limitada”, primero por las dos grandes potencias y hoy por la superpotencia norteamericana. Pero sobre todo se ha reducido, en todos los ordenamientos, el monopolio estatal de la producción jurídica y, en consecuencia, se ha resquebrajado la unidad del sistema de las fuentes, sustituida

en la actualidad por una pluralidad de fuentes, ya no solo nacionales sino también supranacionales¹⁰⁴.

El autor, analiza dos importantes hechos históricos que lo llevan a pensar en la crisis del Estado Constitucional de Derecho. Por un lado, la crisis se genera por la real globalización mundial, que ha obligado a los Estados a acudir a fuentes del derecho internacionales, y que no son fruto de su propia creación. Hay que resaltar que la mencionada crisis no es nueva, y ha tenido un desarrollo bastante largo, sobretodo, como bien se explica, a partir de la creación del sistema de Naciones Unidas.

La creación de un derecho regional o internacional, lleva a pensar en la formación o en el nacimiento de un Estado Internacional, y a su vez en la estructuración de un constitucionalismo internacional, no propiamente característica de un Estado de Derechos. Por otro lado, el autor hace principal énfasis, en que la crisis del Estado Constitucional, se genera sobretodo a partir de la reducción del monopolio estatal en la creación de normas jurídicas, dándole protección constitucional al derecho que no ha sido creado por el mismo Estado.

De esa forma, el pluralismo jurídico, que no fue incluido en los postulados del Estado Constitucional, asume una fuerza relevante en la actualidad, y se genera lo que la Constitución ecuatoriana del 2008 ha llamado Estado de Derechos. En resumidas cuentas, la crisis del Estado Constitucional se produce por la inclusión constitucional de la necesaria coexistencia entre el derecho producido por el Estado, y el derecho producido por otros organismos o instancias que conforman la sociedad mundial y la nacional.

El Estado de Derechos, tiene un aporte interesante en cuanto a la inclusión del pluralismo jurídico con la finalidad de proteger los derechos inherentes a todos los ciudadanos. En ese aspecto, si bien el derecho generado por los organismos internacionales, puede llevar a pensar en un Estado Internacional, no excluye que el Estado de Derechos también lo recoja como suyo, aunque propiamente no sea de su creación teórica. Por tales motivos, las distintas facetas de reconocimiento de derecho internacional o regional, también son incluidas en lo que se conoce como pluralismo jurídico.

Por otro lado, la crisis del Estado Constitucional también puede ser entendida dentro de los parámetros de la creación del derecho en el mismo Estado. Es decir, “la

¹⁰⁴ Luigi Ferrajoli. “Derecho y Dolor. La crisis actual del paradigma constitucional”. *El Canon Neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 153.

crisis afecta al papel garantista de la Constitución en relación con la legislación, que es el rasgo distintivo del Estado Constitucional de Derecho”¹⁰⁵. Con la finalidad de brindar una eficaz protección a los derechos, se promueve ya no solo la necesidad de una ley que sea conforme a la Constitución, sino también la inclusión de otras fuentes de carácter obligatorio. De esa forma, puede ser posible que un órgano no legislativo, tenga la facultad de crear “leyes” de carácter general obligatorio. Así, por ejemplo, las otras funciones del Estado, si tienen una atribución constitucional, pueden generar derecho de esa manera.

En el Ecuador, por ejemplo, la Corte Constitucional, ya no es solamente un legislador negativo, ya no se limita a observar que las leyes y demás normas sean conformes a la Constitución. El num. 6 del art. 436 de la Constitución la República de Ecuador, establece claramente que la Corte Constitucional tiene la facultad de expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de todas las garantías constitucionales. En ese sentido, la Corte Constitucional puede en sus resoluciones crear reglas y directrices a seguir, con la finalidad de precautelar los derechos de las personas.

Más adelante se tratará con mayor detalle este tema, por lo pronto interesa aclarar que la crisis del Estado Constitucional, se da justamente por que no previó la posibilidad de que otras funciones del Estado puedan crear “leyes” con carácter general y obligatorio, lo que genera que se pase de un centralismo jurídico a un pluralismo, dentro de la misma creación jurídica del Estado.

El Estado de Derechos, se percata de las falencias mencionadas en las que cae el Estado Constitucional, y de esa forma, propone una integración general de todo lo que en la actualidad compone al derecho. Ferrajoli, concluye que:

La única alternativa al ocaso del Estado de Derecho es la promoción de una integración jurídica e institucional, complemento de la integración económica y política, hoy ya es irreversible, y por tanto el desarrollo de un constitucionalismo sin Estado, a la altura de los nuevos espacios, ya no estatales sino supraestatales, a los que se han desplazado el poder y las decisiones¹⁰⁶.

Es decir, Ferrajoli entiende que la crisis del Estado Constitucional, tiene dos consecuencias. Por un lado, la construcción de un Estado Internacional, donde los países pierden cierta soberanía y se integran a normas que no son creaciones propias del

¹⁰⁵ Luigi Ferrajoli. “Pasado y futuro del Estado de Derecho”. *Estado de Derecho*. México: Siglo Veintiuno, 2002, p. 195.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 199.

Estado soberano. Y, Por otro, se genera lo que Ecuador ha llamado un Estado de Derechos, que cómo ya se explicó con anterioridad, es donde se promueve la inclusión y el reconocimiento de otras fuentes del derecho, lo que se denomina: el pluralismo jurídico.

2.2. El pluralismo jurídico

2.2.1. El pluralismo jurídico en la actualidad.

El Estado de Derechos, propone entre sus principales postulados el reconocimiento de sistemas jurídicos y normas que no son creaciones propias del Estado soberano. A ese fenómeno se lo ha denominado pluralismo jurídico, e indica la posibilidad de que coexista el derecho creado por el Estado con el derecho generado por otros organismos o entes que no necesariamente le pertenecen.

Ahora bien, desde la creación histórica del Estado de Derecho, se puede afirmar que ha predominado un monismo jurídico o una visión monista del derecho. Es decir que, el único derecho válido para la sociedad ha sido y es el que proviene del Estado. “Una visión monista del derecho presupone que un sistema jurídico existe cuando las normas jurídicas son un producto exclusivo del Estado. Todas aquellas normas que están fuera del derecho estatal no pueden ser consideradas como derecho”¹⁰⁷.

Para el monismo jurídico todo derecho que no sea creación estatal, no puede ser considerado como tal. Y justamente, uno de los propósitos del Estado de Derecho ha sido mantener el monopolio de la creación jurídica, para brindar seguridad jurídica a los ciudadanos, y establecer adecuadamente las reglas por las que se va a regir toda la sociedad. Incluso en el Estado Constitucional de Derecho, que propone una evolución en cuanto a la comprensión de los derechos, no se aparta de la idea del monismo jurídico, más bien la confirma en sus postulados cuando propone la constitucionalización del sistema jurídico, en base a la Constitución, que es la principal norma jurídica creada por la asamblea constituyente. Así también lo entiende, John Griffiths, quien afirma que:

¹⁰⁷ Alfredo Sánchez Castañeda. “Los orígenes del pluralismo jurídico” . *Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morineau. Tomo I Derecho Romano e Historia del Derecho*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2006, p. 475.

De acuerdo con lo que denominaré la ideología del centralismo jurídico, el derecho es y debería ser el derecho del Estado, uniforme para todas las personas, excluyentes de cualquier otro tipo de derecho y administrado por un conjunto único de instituciones estatales¹⁰⁸.

Con el paso del tiempo, la visión monista del derecho ha ido perdiendo la vigencia que alguna vez alcanzó. En la actualidad, resulta arriesgado hablar de una estricta sujeción al monismo o centralismo jurídico por parte de las distintas sociedades. Un claro ejemplo de eso, es el reconocimiento del Derecho Internacional que muchas veces brinda normas que no son creaciones propias del Estado soberano, y sin embargo son reconocidas y aplicadas.

Otro ejemplo, es el derecho propio de las comunidades indígenas que viven en los distintos países. Mencionadas comunidades, muchas veces cuentan con sistemas jurídicos propios, y el derecho estatal históricamente lo ha excluido de sus postulados, sobretodo basado en la idea de que necesariamente solo puede existir un derecho válido en el país. Con el transcurso del tiempo, la sociedad internacional y varios países, han ido reconociendo la importancia que tiene darle valor al derecho generado por las comunidades indígenas, ya que sus normas son parte importante de su cultura y costumbres. La protección y el reconocimiento de la diversidad, dentro de determinados países, representa un avance trascendental hacia la construcción del pluralismo jurídico.

Por tales razones, en la actualidad, con la finalidad de integrar jurídicamente a todos los ciudadanos, se ha propuesto la necesidad de pasar de un monismo a un pluralismo jurídico, a través de la aceptación de sistemas jurídicos o normas que puedan coexistir con el derecho creado por el Estado. De esa forma, los que defienden al pluralismo jurídico, esperan que se alcance a cubrir los más importantes propósitos del Estado, que es la protección de los derechos de todas las personas.

Para iniciar a conceptualizar al pluralismo jurídico, es necesario aclarar que “por pluralismo se entiende la doctrina según la cual hay más de una realidad, o más de un tipo de realidad, en contraposición al monismo, doctrina que sólo admite una realidad, o sólo un tipo de realidad”¹⁰⁹. Es decir, el pluralismo necesariamente nace con el reconocimiento de distintas realidades dentro de las sociedades, y ese reconocimiento lleva a pensar que existe una realidad jurídica diversa.

¹⁰⁸ John Griffiths. “¿Qué es el pluralismo jurídico?”. *Pluralismo Jurídico*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2007, p. 148.

¹⁰⁹ Iván Vila Casado. *Op.Cit.* p. 453.

El análisis del pluralismo jurídico, parte de la idea que expone Vila Casado acerca del pluralismo en general. Es decir, se hace un estudio de la sociedad y se acepta que la coexistencia de distintas realidades sociales dentro de un mismo Estado, puede llevar implícito el reconocimiento de un derecho que no sea creación propia del ente estatal. Lo mencionado, puede inducir a concluir que:

El pluralismo jurídico es concomitante al pluralismo social: *la organización jurídica de la sociedad es congruente con su organización social*. El pluralismo jurídico se refiere a la heterogeneidad normativa generada por el hecho de que la acción social siempre tiene lugar en un contexto de “campos sociales semiautónomos”, múltiples y superpuestos, lo cual, podría añadirse, es en la práctica una condición dinámica¹¹⁰.

El pluralismo jurídico, es una derivación de la concepción pluralista de una sociedad. Por lo que, la existencia de realidades diversas, o de grupos que históricamente se han regido por normas propias dentro de una sociedad, lleva a sugerir la necesidad de otorgar un reconocimiento y protección a esas normas, como consecuencia de respetar las costumbres y cultura de mencionados grupos.

En ese sentido, se puede afirmar que “por pluralismo jurídico se entiende la posibilidad de que en un mismo momento coexistan varios sistemas jurídicos, lo que supone un pluralismo de sistema y no una pluralidad de mecanismos o de normas jurídicas”¹¹¹. El reconocimiento de una sociedad compuesta por diversas realidades, implica que se respeten los sistemas jurídicos de esos grupos que alguna vez se vieron excluidos por el derecho creado por el Estado.

En el Estado de Derechos, tal y como lo ha llamado Ecuador, el pluralismo jurídico debe ser reconocido en la norma constitucional. Es decir, el reconocimiento de otro derecho, como el creado por los pueblos indígenas, debe ser protegido y determinado textualmente por la Constitución, de no ser así, puede haber pluralismo jurídico, pero no un Estado de Derechos.

Hay que recordar que en el Estado Constitucional de Derecho, se genera una intromisión de la norma constitucional en todo el sistema jurídico, lo que se conoce como constitucionalización del Derecho. En el Estado de Derechos, que tiene su base esencial en el Estado Constitucional, mencionada constitucionalización también se produce en los sistemas jurídicos que no son propias creaciones del Estado. Es decir, la

¹¹⁰ John Griffiths. *Op.Cit.* p. 214.

¹¹¹ Alfredo Sánchez Castañeda. *Op.Cit.* p. 475.

Constitución del Estado de Derechos, no solo reconoce la necesidad de una coexistencia entre sistemas jurídicos, sino que se impregna en todos ellos. Más adelante, cuando se explique específicamente el caso ecuatoriano, se profundizara en el tema.

Ahora bien, para concluir el presente apartado, una vez comprendido el concepto de pluralismo jurídico, es necesario puntualizar en algunos aspectos que resultan trascendentales para comprender de mejor manera sus propósitos. La jurista Sally Engle Merry, explica de manera adecuada sobretodo tres aspectos inherentes al pluralismo jurídico, y se los puede ordenar de la siguiente manera.

La autora, en un primer momento, propone que el pluralismo jurídico necesariamente implica una concepción del derecho alejada del monismo o centralismo jurídico, tal y como ya se expuso en líneas anteriores. De esa forma, concluye que:

la preocupación por el pluralismo jurídico nos aleja de la ideología del centralismo jurídico, de la predisposición a pensar que toda la ordenación jurídica se basa en el derecho estatal, y sugiere prestar atención a otras formas de ordenación y a su intersección con el derecho estatal. Subraya los órdenes antagonistas, conflictivos y a veces contradictorios que están por fuera del derecho estatal y sus relaciones recíprocamente constitutivas con él¹¹².

Es decir, el pluralismo jurídico, observa la realidad que existe por fuera del derecho estatal, intenta incluir y reconocer esa realidad, y finalmente crea un entorno adecuado para que coexistan los distintos sistemas jurídicos dentro del mismo país. Esta nueva forma de comprender al derecho, necesariamente debe brindar los mecanismos adecuados para que en la práctica no se excluya al derecho que no ha sido generado por la actividad del Estado.

Por otro lado, la jurista menciona que la transición del centralismo al pluralismo jurídico, lleva a pensar en una forma distinta de conceptualizar al derecho. Lo importante para el pluralismo jurídico, es observar el desarrollo histórico de los diversos sistemas jurídicos en cada país, ya que de esa manera se puede entender cómo se ha creado el derecho, y cómo ha sido entendido por las personas.

Ciertamente, la evolución de las sociedades, lleva implícita la evolución de su derecho, lo que de alguna forma, bajo la concepción monista del derecho, desembocó en la exclusión de normas que reflejaban las costumbres de las distintas personas que formaban parte de la sociedad. El pluralismo jurídico, propone la revisión histórica del

¹¹² Sally Engle Merry. "Pluralismo Jurídico". *Pluralismo Jurídico*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2007, p. 126.

derecho de cada país, con la finalidad de alcanzar una verdadera integración y respeto a los derechos de todos.

Esta perspectiva exige un cambio conceptual y exige pasar, también, de una definición esencialista del derecho a una comprensión histórica, pues cualquier situación del pluralismo jurídico se desarrolla a lo largo del tiempo mediante una dialéctica entre ordenamientos jurídicos, cada uno de los cuales constituye y reconstituye al otro de alguna forma¹¹³.

Finalmente, la jurista hace énfasis en que el pluralismo jurídico propone un examen cultural del derecho, ya que de esa forma se puede entender todos los elementos que deben ser incluidos en su conceptualización. Al respecto, explica que es importante estudiar las normas que componen al ordenamiento jurídico, pero más importante resulta observar la forma en que las personas entienden y aplican mencionadas normas. De esa manera, la autora concluye que:

Ver las situaciones como plurales jurídicamente conduce a un examen de naturaleza ideológica o cultural del derecho y de los sistemas de ordenación normativa. En lugar de concentrarnos en las normas concretas que se aplican en situaciones de conflicto, esta perspectiva examina las formas como los grupos sociales conciben la ordenación de las relaciones sociales y las maneras de determinación de la verdad y la justicia¹¹⁴.

Las personas que forman una misma sociedad, por el simple hecho de ser diferentes, o tener distintas costumbres o tradiciones, no entienden de igual forma al derecho, o a los principios que lo conforman. Por ejemplo, el concepto de justicia, que tiene una persona indígena que vive en un sector rural del Ecuador, puede ser distinto al concepto de justicia que tiene una persona mestiza de clase media que vive en la ciudad. El pluralismo jurídico, propone estudiar esa realidad y la diversidad de concepciones que acerca del derecho tienen las personas en una misma sociedad, para poder protegerla e integrarla.

Una vez estudiado el concepto de pluralismo jurídico, es necesario que en el apartado siguiente se haga una explicación acerca de su aplicación en el Estado de Derechos ecuatoriano, ya que de esa forma se podrá entender de mejor manera cómo se entiende al pluralismo jurídico en la Constitución del 2008.

2.2.2. El pluralismo jurídico en Ecuador.

¹¹³ *Ibidem*.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 127.

El Ecuador, al adoptar la figura de un Estado de Derechos, confirma la transición de un centralismo jurídico a un pluralismo jurídico. Es decir, se reconoce constitucionalmente la posibilidad de que coexista el derecho creado por el Estado, con el derecho que no es fruto de su propia creación. En ese sentido, se puede afirmar que el pluralismo jurídico se introduce en el derecho ecuatoriano, y propone el reconocimiento de normas que se han visto excluidas a lo largo del tiempo bajo la visión monista del derecho.

Al respecto, el jurista ecuatoriano Ramiro Ávila, afirma que el pluralismo jurídico en Ecuador propone la diversificación del sistema jurídico y de las fuentes. En ese sentido, encuentra que el pluralismo puede ser entendido gracias al reconocimiento de normas que no son producción jurídica del Estado, y también gracias al reconocimiento de otras normas dentro de la misma producción jurídica del Estado. De esa forma, el autor brinda cinco aspectos explicativos del pluralismo jurídico ecuatoriano, y los ordena de la siguiente manera:

1. La autoridad que ejerce competencia constitucional crea normas con carácter de ley (precedentes nacionales),
2. Las instancias internacionales dictan sentencias que también son generales y obligatorias (precedentes internacionales),
3. El ejecutivo emite políticas públicas que tienen fuerza de ley por ser actos administrativos con carácter general y obligatorio,
4. Las comunidades indígenas tienen normas, procedimientos y soluciones a conflictos con carácter de sentencia y, finalmente,
5. La moral tiene relevancia en la comprensión de textos jurídicos¹¹⁵.

Es decir, el paso de un centralismo jurídico a un pluralismo jurídico, en Ecuador tiene tres variantes. Por un lado, la Constitución al ser la norma jurídica de mayor importancia, determina que dentro de la creación jurídica de carácter general y obligatorio, la ley deja de ser la única fuente y reconoce a los precedentes constitucionales y a las políticas públicas, dándoles una importancia parecida. Por otro lado, la misma Constitución, reconoce la coexistencia del sistema jurídico estatal, con el derecho que no es creación propia del Estado. De esa forma destaca sobre todo la inclusión del derecho internacional y del derecho indígena, que tienen un trato especial según las disposiciones de la norma constitucional. Finalmente, las normas morales,

¹¹⁵ Ramiro Ávila. “Ecuador Estado Constitucional de Derechos y Justicia”. *La Constitución del 2008 en el contexto andino*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 30.

pueden coexistir con las normas jurídicas, y brindar herramientas útiles para la protección de los derechos.

No se puede afirmar que el derecho creado por el Estado es el único que tiene validez para la sociedad, ya que existe un reconocimiento constitucional a otras fuentes y sistemas normativos. Ahora bien, siguiendo las apreciaciones de Ávila, acerca de los cinco aspectos que explican el pluralismo jurídico en Ecuador, es necesario que se haga una aproximación a cada uno de ellos para comprender la manera en que la Constitución y los actores jurídicos lo han ido comprendiendo.

2.2.2.1. La jurisprudencia vinculante de la Corte Constitucional.

Bajo la forma de un Estado Constitucional, como ya se analizó en el capítulo anterior, la actividad de los jueces alcanza una importancia trascendental, ya que son ellos los que a través de sus decisiones van generando derecho. Ya no son simples aplacadores de la ley, como lo eran en el Estado Legal, sino que tienen la responsabilidad de interpretarla conforme a los postulados y principios constitucionales. Sin embargo, sus resoluciones, incluso en el Estado Constitucional, muchas veces han carecido de fuerza vinculante, o no representaban un precedente constitucional.

En sus inicios, la Corte Constitucional, fue concebida como un “legislador negativo”, que se encargaba de observar que las leyes y demás normas sean conformes a la Constitución, a través de lo que se conoce como control constitucional. A la par de esa función controladora, se han ido desarrollando otras funciones inherentes a la Corte, que hacen hincapié en la importancia que tiene como máximo órgano garante de los derechos de las personas, y se han ido formando las garantías constitucionales.

Esas dos históricas funciones de la Corte Constitucional, pueden ser explicadas bajo la forma de un Estado Constitucional de Derecho. Ahora bien, la transición a un Estado de Derechos, implica que se deje de observar a la Corte como un “legislador negativo”, y se reconozca constitucionalmente su función como un “legislador positivo” capaz de crear precedentes constitucionales con fuerza vinculante. Así también lo entiende Bernal Pulido, quien afirma que:

El sistema de fuentes del derecho se modifica por que se atribuye fuerza vinculante y el carácter de fuente del derecho a la jurisprudencia de la Corte Constitucional; y se transforma el equilibrio de los poderes porque, por una parte se acepta que la Corte Constitucional no puede concebirse únicamente como un legislador negativo, tal como

lo pensó Kelsen en los años 20 del siglo pasado, sino como un órgano activo, que colabora con el Legislativo y el Ejecutivo en la labor de producción de normas. Por otra parte, se eleva a la Corte Constitucional a la cúspide del poder jurisdiccional y se establece la sujeción de los jueces ordinarios, incluidas las altas cortes, a la jurisprudencia de dicha Corte¹¹⁶.

Es decir, en un Estado de Derechos no se desconoce las históricas atribuciones que tiene la Corte Constitucional, sino que también se le otorga la facultad constitucional de crear precedentes vinculantes, que son derecho objetivo con el mismo rango de una ley. Una sentencia de la Corte Constitucional derivada de mencionada facultad, tiene importancia relevante para los jueces de la misma Corte, quienes deben observarla como un precedente obligatorio. De igual forma, los demás actores jurídicos tienen que estar informados acerca de las decisiones vinculantes de la Corte, ya que su desconocimiento equivale al desconocimiento de una ley.

Al respecto, el jurista colombiano Bernal Pulido entiende que:

una sola sentencia de la Corte Constitucional constituye un precedente, es decir, se tiene como “jurisprudencia” que vincula a la propia Corte Constitucional para lo solución de casos posteriores –éste es el llamado precedente horizontal-, a los jueces de otras jurisdicciones y a jueces inferiores –precedente vertical-, y a los demás operadores jurídicos¹¹⁷.

La atribución de “legislador negativo” de la Corte Constitucional, es la que se deriva del control constitucional que ejerce por sobre las leyes y demás normas que forman parte del ordenamiento jurídico. En ese sentido, la Corte es la llamada a verificar que todas las normas sean conformes con los postulados de la Constitución, ya que de no serlo, serán declaradas inconstitucionales y por ende expulsadas del ordenamiento jurídico.

Ahora bien, como ya se menciona, existe otra función histórica inherente a la Corte Constitucional, que es la que se encamina a proteger los derechos de las personas en casos concretos. En base a esa otra función de la Corte, en el Estado de Derechos finalmente se le atribuye la facultad de ser un “legislador positivo”, otorgándole la posibilidad de dictar precedentes jurisprudenciales obligatorios con la finalidad de brindar la mayor seguridad posible a las personas y establecer los parámetros en que los jueces ordinarios han de resolver los casos concretos.

¹¹⁶ Carlos Bernal Pulido. *El Derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 149.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 150.

Al respecto, la Constitución de la República del Ecuador, es clara y en su art. 436, donde describe las atribuciones de la Corte Constitucional, agrega en el numeral 6 que la Corte debe “expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de las acciones de protección, cumplimiento, habeas corpus, habeas data, acceso a la información pública y demás procesos constitucionales, así como los casos seleccionados por la Corte para su revisión”.

En ese sentido, se observa que en materia de procesos constitucionales, la Corte tiene la atribución de establecer parámetros obligatorios para la misma Corte, así como para los demás actores jurídicos. Textualmente, la Constitución supera el histórico centralismo jurídico que colocaba a la ley (material y formal) como la principal fuente que desarrollaba los postulados constitucionales, e incluye a los precedentes constitucionales como una fuente de igual jerarquía con carácter general y obligatorio.

La Corte Constitucional de Ecuador, en su primera jurisprudencia vinculante, de una manera equivocada explica que su atribución de “legislador positivo” proviene de los postulados teóricos del Estado Constitucional de Derecho. Más allá de esa confusión conceptual, también expone importantes aportes acerca de cómo entiende mencionada facultad, y de qué manera la aplicará en sus siguientes jurisprudencias vinculantes.

En un primer momento, la Corte confirma que los precedentes constitucionales se tienen que dictar en estricto apego a la disposición constitucional que ya se cito, y concluye que:

resulta tan relevante la función que debe desempeñar la Corte Constitucional en ejercicio de la competencia prevista en el numeral 6 del artículo 436 de la Constitución, esto es, el desarrollo de la jurisprudencia vinculante –horizontal y vertical- respecto a los derechos y garantías jurisdiccionales con los que deben lidiar diariamente usuarios y operadores de justicia constitucional del país¹¹⁸.

Una jurisprudencia vinculante de la Corte Constitucional, no puede extenderse más allá de lo que le permite la misma Constitución. Solamente, en lo referente a las garantías jurisdiccionales son vinculantes las decisiones que tome la Corte, por lo que se encuentra fuera de sus atribuciones “legislar” en otros campos. En ese sentido, la facultad “legislativa” de la Corte, es extremadamente limitada, pero no deja de representar un avance importante para la consolidación de un Estado de Derechos.

¹¹⁸ Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia de Jurisprudencia vinculante 001-10PJO-CC. Quito, D.M., 22 de Diciembre del 2010. Gaceta Constitucional N. 001. Registro Oficial segundo suplemento 351 de 29 de Diciembre de 2010.

Continuando en la revisión de la primera jurisprudencia vinculante, la Corte sigue en su análisis teórico y expone que:

La jurisprudencia, en tanto fuente generadora de derecho objetivo, puede cumplir diversas funciones dependiendo de las circunstancias de los casos que se susciten: a) podría desarrollar una regla legislativa; b) interpretar la norma ante ambigüedades, insuficiencias o antinomias; o, c) ante un vacío o laguna normativa, podría, en ejercicio de la competencia que fundamenta este precedente, regular un escenario determinado directamente sin necesidad de acudir al órgano legislativo¹¹⁹.

De la citada afirmación, se pueden extraer ciertas apreciaciones acerca de lo que representa y representará para el Ecuador la jurisprudencia vinculante de la Corte Constitucional. En un primer momento, la Corte destaca que la jurisprudencia vinculante podría desarrollar una regla legislativa, de la misma manera que lo hace una ley. Agrega también que, dependiendo de las circunstancias del caso, existe la posibilidad de hacer una interpretación de una norma que presente ambigüedades, o que presente postulados poco claros.

Finalmente, la Corte podrá, ante un vacío legal, regular ciertas circunstancias que no se encuentran reguladas por una ley, con la finalidad de disminuir los vacíos legales existentes en el ordenamiento jurídico. Para hacer lo mencionado, la Corte no necesita acudir en ningún momento ante el órgano legislativo, pero deberá limitarse a lo establecido en la Constitución.

2.2.2.2. Las sentencias dictadas por los organismos internacionales.

El derecho internacional ha tenido un gran avance en los últimos tiempos, debido sobretodo a la inminente globalización y a la necesidad de establecer parámetros claros para las relaciones jurídicas que se generan en ese ámbito. En la actualidad, la mayoría de países constitucionales reconocen a los tratados internacionales como fuente del derecho; de igual forma, mencionados países se sujetan a las decisiones o resoluciones que adopten ciertos órganos internacionales, con la finalidad sobretodo de proteger los derechos de sus ciudadanos.

En el Estado de Derechos, se recoge mencionada evolución, y se la entiende como parte del pluralismo jurídico que se inserta en el Estado. Si bien, debe existir un

¹¹⁹ Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia de Jurisprudencia vinculante 001-10PJO-CC. Quito, D.M., 22 de Diciembre del 2010. Gaceta Constitucional N. 001. Registro Oficial segundo suplemento 351 de 29 de Diciembre de 2010.

reconocimiento expreso a las fuentes internacionales para que sean de carácter obligatorio en determinado país, no se debe desconocer que mencionadas fuentes no son creación propia del Estado soberano. Al respecto, hay que recordar que el pluralismo jurídico, como ya se expuso con anterioridad, empieza a imponerse por sobre el monismo jurídico justamente gracias al desarrollo y reconocimiento del derecho internacional.

Es innegable que la evolución mundial en cuanto a la protección y reconocimiento de los derechos de las personas, se debe justamente al desarrollo del derecho internacional, que en una relación de bilateralidad con el derecho local, crea los mecanismos adecuados para comprender las mejores vías de protección de los derechos. En ese sentido, Luigi Ferrajoli entiende que la crisis del Estado, como único productor del derecho, debe resolverse de una forma que permita comprender y adoptar como suyos los presupuestos del derecho internacional. El jurista italiano, lo expone de la siguiente manera:

La crisis de los Estados puede ser superada en sentido progresivo tan sólo admitiendo su decadencia cada vez mayor y reconduciendo (también) en el ámbito internacional los aspectos tradicionalmente estatales del constitucionalismo: no sólo la enunciación de principios, tal como ya ha sucedido con la Carta de la ONU y con las Declaraciones y Convenciones sobre derechos, sino también en sus concretas garantías¹²⁰.

En ese sentido, un adecuado reconocimiento del derecho internacional por parte de los Estados debe encaminarse, por un lado, a entender y adoptar la enunciación de los principios y los derechos que se van desarrollando en la sociedad internacional. Y por otro lado, a reconocer las garantías internacionales de protección de esos derechos, y en el mejor de los casos, a crear garantías también en el derecho interno. Sólo de esa forma, se entenderá que existe una real integración del derecho internacional con el derecho propio de cada país.

El Estado de Derechos de Ecuador, que tiene su principal sustento en el pluralismo jurídico, debe cumplir con todos los enunciados descritos para que se considere que ha reconocido al derecho internacional. La Constitución de un Estado de Derechos, debe reconocer en sus postulados la importancia que tienen las decisiones que se elaboran en el ámbito internacional, y crear los mecanismos que garanticen el fiel cumplimiento de dichas decisiones.

120

Luigi Ferrajoli. *Derechos y Garantías*. 6ta. ed. Madrid: Trotta, 2009, p. 152.

La Constitución ecuatoriana del 2008, significa un avance importante en este tema, ya que en materia de derechos reconoce explícitamente la relevancia que tiene el derecho internacional. En ese sentido, el art. 11 del texto constitucional, describe en su numeral 3 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”.

En ese sentido, hay que recordar que uno de los avances más importantes del Estado Constitucional de Derecho es que, gracias al proceso de Constitucionalización, todos los órganos que forman las distintas funciones del Estado deben aplicar de manera directa e inmediata los postulados de la norma constitucional, sin necesidad de que los derechos sean desarrollados por una ley. Ahora bien, en un Estado de Derechos, no solo se reconoce la aplicación directa de la Constitución, sino que también resulta de trascendental importancia la directa aplicación de los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Por otro lado, y avanzando en el análisis, la misma Constitución entiende que el catálogo de derechos reconocidos en sus postulados y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, pueden en algún momento resultar un limitante a los anhelos de las personas en cuanto a la lucha por alcanzar la dignidad. Siguiendo lo dicho, el numeral 7 del art. 11 de la carta fundamental, afirma 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”.

En el Estado de Derechos, se reconoce constitucionalmente la posibilidad de que hayan quedado excluidos del catálogo de derechos, algunos derechos inherentes a las personas. Esto, de alguna manera implica un avance a favor de la inclusión del derecho internacional, ya que es en ese ámbito donde evolucionan con mayor velocidad los derechos de las personas. De esa forma, por ejemplo, un juez podría reconocer favorablemente un derecho a una persona, sin necesidad de que ese derecho se encuentre determinado en la Constitución ni en los instrumentos internacionales de derechos humanos a los que se haya adherido el país.

Por otro lado, uno de las falencias del sistema internacional de protección de derechos, es que no ha logrado encontrar los mecanismos adecuados para la ejecución de sus decisiones o resoluciones, y muchas veces los Estados terminan inaplicándolas.

Al respecto, con la finalidad de garantizar el fiel cumplimiento a las decisiones internacionales, Ecuador ha incorporado dentro de sus garantías jurisdiccionales a la Acción de Incumpliendo.

Mencionada garantía, se describe en el art. 93 de la Constitución como la acción encaminada a avalar “el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos, cuando la norma o decisión cuyo cumplimiento se persigue contenga una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible”. La acción de incumplimiento, constituye un avance teórico en cuanto a la creación de garantías locales que permitan una adecuada ejecución de las resoluciones de los organismos internacionales. De esa forma, se espera que las resoluciones internacionales tengan la misma importancia que las resoluciones nacionales en Ecuador.

Finalmente, resulta interesante seguir observando la Constitución, que en su art. 424 se refiere a la supremacía constitucional. Al respecto, es notorio el avance que tiene el reconocimiento del derecho internacional, ya que mencionado artículo no solo determina que la Constitución prevalece sobre cualquier otra norma jurídica, sino que también confirma que en Ecuador tienen jerarquía constitucional los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado, siempre que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución.

El Estado Constitucional de Derecho se ve afectado, porque en sus postulados no propuso específicamente la inclusión del derecho internacional como un elemento fundamental para alcanzar las finalidades del Estado. En la actualidad, el Estado de Derechos reconoce la importancia del derecho internacional, y entiende que un Estado que no observe la tendencia internacional sobre la protección de derechos, simplemente no se brindará una adecuada valorización a los derechos de las personas en su país.

Es en este aspecto, Ferrajoli observa que las dificultades diarias con las que se encuentran las personas en los distintos países, pueden ser entendidas de mejor manera gracias al derecho internacional. Y, haciendo un análisis sobre el futuro de los derechos, el autor entiende que:

Ninguno de los problemas que afectan al futuro de la humanidad puede ser efectivamente resuelto, y ninguno de los valores de nuestro tiempo puede ser realizado fuera del horizonte del derecho internacional: no sólo la paz, sino también la igualdad, la tutela de los derechos de libertad y a la subsistencia, la protección frente a la

criminalidad, la defensa del ambiente como patrimonio de la humanidad, incluyendo en ella a las generaciones futuras¹²¹.

El derecho internacional, bajo las perspectivas descritas por el pluralismo jurídico, puede ser entendido como un sistema jurídico que puede convivir en armonía con el sistema propio de cada Estado, y de esa forma brindar a los ciudadanos las herramientas adecuadas para la protección de sus derechos.

2.2.2.3. Las políticas públicas.

Si se hace un estudio íntegro de la Constitución, se podrá observar que las políticas públicas cumplen un rol fundamental a la hora de garantizar la fiel protección a los derechos las personas. En ese sentido, gracias a la integración de las políticas públicas como parte del derecho ecuatoriano, la función ejecutiva alcanza un rol de relevancia dentro del Estado ya que mencionadas políticas en la actualidad cumplen con las características propias de una ley, y determinan los parámetros a seguir para el pleno desarrollo de los derechos.

En base a lo anterior, y para comprender de mejor manera el concepto de políticas públicas, el autor ecuatoriano Ramiro Ávila expone lo siguiente:

Las políticas públicas, que se materializan en planes, programas y proyectos, definen objetivos, actividades, destinatarios, recursos responsables y cronogramas. En las políticas públicas se manejan márgenes de discrecionalidad que no están expresamente determinadas en la ley. Le ley ya no establece mandatos concretos sino parámetros de actuación. Dentro de esos parámetros y márgenes de discrecionalidad, el ejecutivo toma decisiones que tienen características propias de la ley¹²².

Las decisiones que toma la función ejecutiva, con características propias de la ley, son las políticas públicas que están encaminadas a materializar todos los planes y objetivos del Estado. Mencionadas políticas, como bien resalta el autor citado, se manejan sobre márgenes de discrecionalidad que no están expresamente limitados por la ley. Ahora bien, en ese sentido, los límites para la función ejecutiva, a la hora de crear las políticas públicas, son los derechos y específicamente la misma Constitución.

El art. 85 de la Constitución de la República de Ecuador, reconoce textualmente a las políticas públicas como una garantía constitucional que se orienta a hacer efectivo

¹²¹ *Ibidem*, p. 151.

¹²² Ramiro Ávila. *Op.Cit.* p. 33.

el “buen vivir” y en general todos los derechos. Vale recordar que el buen vivir, debe ser entendido como uno de los valores fundamentales del Estado ecuatoriano, y es la principal guía para entender la moral a la que hace referencia el neoconstitucionalismo metodológico.

Las políticas públicas tienen una carga valorativa fundamental, que en el caso ecuatoriano está marcada, como ya se mencionó, por lo que imponga el concepto de “buen vivir”. Por otro lado, para contrarrestar definitivamente la discrecionalidad que tiene el ejecutivo en su elaboración, se entiende que las políticas públicas están limitadas por los derechos determinados en la Constitución, y más bien su función es brindar a todo el aparato estatal el camino a seguir para hacer efectivo el pleno cumplimiento de los derechos.

La Corte Constitucional, en una de sus resoluciones, concuerda con lo mencionado y hace una interesante explicación de la políticas públicas, concluyendo que:

Políticas públicas y servicios públicos, los que tanto en la formulación, ejecución y evaluación, como en su control, garantizarán el buen vivir, y todos los derechos, serán reformuladas en caso de que sus efectos vulneren o amenacen vulnerar derechos o se adoptarán medidas alternativas que concilien los derechos en conflicto; se realizarán con garantía de distribución equitativa y solidaria del presupuesto, y que en todas las fases de las políticas y servicios públicos se contará con la participación de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades¹²³.

Vale enfatizar en lo último que menciona la Corte, ya que otra de las características fundamentales de las políticas públicas, es garantizar la participación de todas las personas en su formación hasta su ejecución. De manera obligatoria, tal como lo dispone la Constitución (art. 85), el Estado garantizará que las personas tengan una participación activa ya que son ellos los principales beneficiarios de los efectos que llegue a tener una política.

En ese sentido, la Corte Constitucional se a pronunciado favorablemente, y entiende que la participación de la ciudadanía en las políticas públicas es fundamental, ya que de esa forma se busca lograr una eficacia directa y concreta, y que exista el mayor aprovechamiento de este recurso. De esa forma, la Corte expone que:

Además de la participación del Estado como ente regulador, la ciudadanía debe

¹²³ Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia No. 013-09-SEP-CC. Quito, D. M., 14 de julio de 2009. Registro Oficial Suplemento 638 de 21 de Julio del 2009.

inmiscuirse en las distintas políticas públicas no solo bajo el rol de establecer una legitimación democrática transparente sino para lograr una eficacia directa y concreta, pues la responsabilidad de las decisiones que se adopten deben ceñirse no solo al Estado como ente regulador sino a la población como beneficiario del aprovechamiento de este recurso¹²⁴.

Las políticas públicas, bajo el Estado de Derechos, le otorgan al ejecutivo una facultad constitucional equivalente a la de legislar, ya que a través de mencionadas políticas produce efectos generales y vincula a todos los ciudadanos. De esa forma, se confirma que existe una innovadora fuente del derecho, que rompe con el clásico esquema del centralismo jurídico y nos acerca a observar la posibilidad de que dentro del mismo Estado, se produzcan normas obligatorias, que sin necesidad de ser leyes, tengan sus mismos efectos.

2.2.2.4. El derecho indígena.

Una de las justificaciones más importantes por las que el Ecuador considera necesario el tránsito de un monismo jurídico a un pluralismo jurídico, es la existencia de una diversidad cultural substancial dentro de su territorio. Hay que recordar, que el pluralismo jurídico se entiende sobretodo en situaciones donde prima el pluralismo social, ya que de esa forma es fácil aceptar la existencia de normas distintas a las creadas por el Estado, y a demás, la innegable posibilidad de que el derecho sea entendido de manera diversa por todos los actores sociales.

A lo largo de la historia republicana de Ecuador, muchos sectores de la sociedad se han visto excluidos en todos los campos que la conforman, obviamente incluyendo al derecho (desde su formación hasta su práctica diaria). Con el paso del tiempo, Ecuador y gran parte de la comunidad internacional, han visto la necesidad de crear mecanismos de inclusión que permitan una real y justa integración de las personas que alguna vez se vieron excluidas, con la finalidad de proteger los derechos de todas esas personas sin discriminación alguna.

En ese sentido, los grupos excluidos que más a interesado e interesa al Ecuador son los grupos indígenas, ya que representan una parte importante de la sociedad ecuatoriana y tienen una influencia cultural relevante que refleja el mestizaje en el

¹²⁴ Corte Constitucional de Ecuador. Resolución 627. Quito, D. M., 14 de Octubre de 2009. Registro Oficial Suplemento 24 de 11 de Diciembre del 2009.

país. La aceptación y el respeto a sus tradiciones, necesariamente desemboca en el respeto e integración de su derecho propio que es fruto de su cultura.

Mencionada integración, comporta una nueva forma de entender y aceptar el derecho que producen los grupos indígenas, y el Estado está en la obligación de crear o brindar los mecanismos necesarios para que la integración se dé adecuadamente y el derecho estatal se produzca en armonía con el derecho producido por las comunidades indígenas.

La Corte Constitucional, encuentra que la creación de garantías jurisdiccionales que incluyen la revisión de decisiones llevadas a cabo en comunidades indígenas, representa un avance en cuanto a la formación del pluralismo jurídico, y es una vía acertada para integrar al derecho indígena. De esa forma, la Corte concluye que:

Por otro lado, el reconocimiento de garantías, y particularmente "garantías jurisdiccionales" que hace el texto constitucional de derechos colectivos a favor de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, montubias y afroecuatorianas, materializa el pluralismo jurídico y el reconocimiento del Estado ecuatoriano plurinacional¹²⁵.

Es decir, la Constitución no sólo ha establecido un catálogo de derechos colectivos, sino que también ha determinado las garantías encaminadas a verificar o restablecer los derechos de todas las personas, incluyendo a las comunidades indígenas. Ahora bien, con la consolidación de las garantías jurisdiccionales se espera que dentro del derecho estatal se respete los derechos colectivos inherentes a los grupos que conforman las personas indígenas.

Sin embargo, el pluralismo jurídico no descansa en la idea mencionada, sino que pretende y busca el respeto total de un sistema jurídico distinto al que emana del Estado. La Constitución, debe ser utilizada como herramienta unificadora del derecho generado por el Estado con el derecho que no es de su creación. Así se logra que el pluralismo jurídico se desarrolle adecuadamente en el país, y por ende se cumple con los postulados del Estado de Derechos.

En otra resolución de la Corte Constitucional, se explica que el pluralismo jurídico implica que dentro del territorio estatal puedan convivir en armonía diferentes sistemas jurídicos. Mencionada idea, se propone en los siguientes términos:

La validación constitucional a la práctica de los usos, costumbres y nociones indígenas,

¹²⁵ Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia 001-10-SIN-CC. Quito, D. M., 18 de Marzo del 2010. Registro Oficial Suplemento 176 de 21 de Abril del 2010.

trae consigo el establecimiento de la diversidad epistémica y del pluralismo jurídico en el Ecuador, lo cual implica que en un mismo ámbito territorial conviven diferentes sistemas de derecho y de nociones que deben ser consideradas al momento de resolver un asunto puesto en conocimiento de alguna autoridad¹²⁶.

Una vez aclarada la importancia que tiene la inclusión del derecho indígena en el país, como medio que confirma la transición hacia el pluralismo jurídico, hay que pasar a analizar qué es lo que se entiende por derecho indígena, y de qué forma se lo integrará y respetará en un Estado de Derechos donde la Constitución se convierte en la herramienta que unifica a los sistemas jurídicos. Al respecto, Ramiro Ávila entiende que “El derecho indígena siempre ha existido y siempre se ha aplicado en el Ecuador. El derecho indígena, como cualquier sistema jurídico, está compuesto por principios, normas, procedimientos, autoridades legitimadas para aplicarlo y formas de ejecución”¹²⁷.

Tiene razón el autor al afirmar que el derecho indígena siempre ha existido y siempre se ha aplicado en Ecuador, incluso se reconoce que es un derecho previo al creado por el Estado y que se maneja por distintos principios, propios de las tradiciones y costumbres indígenas. Ahora bien, la importancia que trae consigo el pluralismo jurídico es que se reconoce constitucionalmente a todo el sistema jurídico de los grupos indígenas, y se lo integra de una forma que puede convivir “pacíficamente” con el derecho generado por el Estado.

El derecho indígena, como ya se mencionó, es distinto al derecho estatal, ya que se produce principalmente reconociendo a la costumbre, y se lo desarrolla bajo otros principios y bajo parámetros que caracterizan los anhelos de las personas indígenas. Así, por ejemplo:

Las formas de validez y de vigencia del derecho indígena son distintas a la del derecho que emana del Estado; entender esas formas de verificación de la existencia del derecho y las formas de coordinar con el derecho hegemónico, es una deuda del derecho occidental. El Ecuador, además, al reconocer la plurinacionalidad y la interculturalidad está expresamente reconociendo la pluralidad jurídica¹²⁸.

Al respecto, interesa sobretodo afirmar que la comprensión del derecho para los grupos indígenas es distinta a la forma en que comprenden el derecho las demás personas. Incluso, señala el autor, las formas de validez y vigencia de ese derecho, son

¹²⁶ Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia 0008-09-SAN-CC. Quito, D. M., 09 de Diciembre del 2009. Registro Oficial Suplemento 97 de 29 de Diciembre del 2009.

¹²⁷ Ramiro Ávila. *Op.Cit.* p. 34.

¹²⁸ *Ibidem.*

entendidas de una manera diversa a las que se conocen en el derecho estatal. En ese sentido, para alcanzar una armonización con el derecho estatal, resulta necesario que la Constitución imponga el respeto a la diversidad jurídica que se genera por el reconocimiento de ese derecho.

Así por ejemplo, tienen la misma importancia las decisiones tomadas por un juez penal ordinario y por un juez indígena, que ejerce jurisdicción dentro de su comunidad. En un caso de asesinato, los dos pueden aplicar los principios pertinentes que consideren necesarios y resolver el caso a su manera. La decisión que tome cada uno de ellos tiene el mismo rango y es perfectamente válida, siempre que se haya respetado los procedimientos establecidos en cada uno de sus sistemas, y sobretodo siempre que se haya respetado los derechos consagrados en la Constitución.

El art. 57 de la Constitución de Ecuador, en su numeral 10 reconoce como derecho colectivo que los grupos indígenas podrán “crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes”. Es decir, se hace un reconocimiento textual a la posibilidad de que el derecho indígena tenga el mismo peso que el derecho estatal en las jurisdicciones donde se acentúan las comunidades indígenas, siempre que sus postulados se limiten a las disposiciones de la Constitución.

En ese sentido, la Constitución del 2008 en su afán de desarrollar un Estado de Derechos, determina en su art. 171 que las comunidades indígenas “ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales”.

La norma constitucional, reconoce textualmente la jurisdicción indígena, donde el derecho generado por sus comunidades es perfectamente aplicable y sin intromisión del derecho estatal. Sin embargo, al igual que el derecho producido por el Estado, el derecho indígena se sujeta y limita a los derechos que la misma Constitución reconoce, y las decisiones que tomen sus jueces no podrán menoscabar de ninguna manera esos derechos.

Verificar que la justicia indígena cumpla con lo determinado por la Constitución es tarea de la Corte Constitucional, que lo hace mediante la acción Constitucional

denominada Acción extraordinaria de Protección (Art. 94 CE). Así también lo entiende Fernando García, quien afirma que:

Todo sistema de justicia, indígena u ordinario, está sujeto a excesos de poder. Por eso es indispensable que los mismos sistemas se regulen en el caso que esto suceda, las dos justicias están sometidas a control a través del respeto a los derechos humanos y de la acción de la Corte Constitucional, se vuelve indispensable establecer cómo y en qué casos de excepción esta Corte deberá actuar¹²⁹.

De esa forma, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en su art. 65 desarrolla la manera en que se podrá presentar esta acción contra las decisiones de autoridades indígenas que supuestamente atentan contra los derechos fundamentales. Y, en su art. 66 incluye que uno de los principios rectores en los que se basa mencionada acción es el pluralismo jurídico, entendiendo que “el Estado ecuatoriano reconoce, protege y garantiza la coexistencia y desarrollo de los sistemas normativos, usos y costumbres de las nacionalidades, pueblos indígenas y comunidades de conformidad con el carácter plurinacional, pluriétnico y pluricultural del Estado”.

Finalmente, cabe mencionar que si bien en base al reconocimiento del derecho indígena, se va produciendo la elaboración del pluralismo jurídico en Ecuador, eso no excluye a que se proteja de la misma forma los derechos inherentes a los pueblos afroecuatorianos y montubios del país. Como ya se menciono con anterioridad, Ecuador es un país que se reconoce como una sociedad donde conviven distintas realidades y personas que se desenvuelven conforme a sus tradiciones y costumbres.

El pluralismo jurídico, que reconoce las distintas realidades sociales y por ende la diversidad jurídica, puede en algún momento llegar a extender sus propósitos en el Estado de Derechos ecuatoriano, y de esa forma crear también algún mecanismo que permita entender si los pueblos afroecuatorianos y montubios poseen sistemas jurídicos propios que deba ser reconocidos.

2.2.2.5. La moral.

Finalmente, Ávila señala que la moral explica también otra forma de pluralismo jurídico en Ecuador. El jurista ecuatoriano, entiende que la moral está compuesta por normas que de alguna manera guían la construcción del derecho en Ecuador, y que debe

¹²⁹

Fernando García. “La justicia indígena: del monismo jurídico a la interlegalidad”. *La transformación de la Justicia*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 497.

reconocerse como un avance del pluralismo jurídico. Respecto a este punto, es necesario discrepar con el autor y afirmar que la moral de ninguna forma puede ser entendida como parte del pluralismo jurídico, ya que no constituye otro sistema jurídico.

Como se explico con anterioridad, el pluralismo jurídico entiende la posibilidad de que distintos sistemas jurídicos puedan convivir en armonía dentro de una misma sociedad. En relación a eso, hay que aclarar que la moral no es un sistema jurídico, y mucho menos merece reconocimiento por parte del Estado como tal.

Se debe recordar que, las normas morales, bajo el paradigma del Estado Constitucional de Derecho, constituyen herramienta fundamental para ir construyendo el derecho propio del Estado, por lo que necesariamente debe entenderse como parte del mismo sistema jurídico, no como un sistema de normas apartado. Es decir, la construcción del derecho estatal, necesariamente debe observar los parámetros que impone la moral y que se limitan en los valores constitucionales.

En el presente trabajo, ya se hizo una referencia expresa al papel que tiene la moral en el Estado Constitucional de Derecho, y se la explica gracias a los avances del neoconstitucionalismo metodológico, que forman parte de la teoría constitucional moderna. Cuando se desarrollo los propósitos del neoconstitucionalismo, se había explicado que la moral es utilizada por los jueces constitucionales en sus decisiones, y la entendían como una herramienta que permite proteger adecuadamente los derechos de las personas.

Ahora bien, en un Estado de Derechos, la moral no deja de tener la función e importancia que alcanza en el Estado Constitucional, e incluso se puede entender que llega a tener mayor relevancia ya que logra invadir los espacios de los otros sistemas jurídicos reconocidos gracias al pluralismo jurídico. Sin perjuicio de lo anterior, y confirmando lo dicho, la moral no forma parte del pluralismo jurídico, por el simple hecho de que no implica o no es un sistema jurídico distinto.

2.3. Los derechos y garantías en Ecuador.

Una vez comprendidos los conceptos de Estado de Derechos y pluralismo jurídico, es necesario que el análisis del presente trabajo se encamine a la comprensión teórica de los derechos dentro de este modelo de Estado. Al respecto, cabe mencionar

que los derechos fundamentales a lo largo de su desarrollo teórico, van mostrando cierto apego a las comprensiones y postulados que le brindan los distintos modelos de Estado.

En el capítulo anterior, se hizo un estudio sobre las implicaciones jurídicas que trae consigo la evolución de un Estado Legal a un Estado Constitucional de Derecho. Sin embargo, vale aclarar que mencionada sección quedó desprovista de un análisis fundamental acerca de los derechos, y la comprensión que cada modelo de Estado les brinda. Ahora bien, para iniciar el presente apartado, es necesario aclarar que sí existe un cambio fundamental en la comprensión de los derechos, ya que justamente el Estado Constitucional empieza a imponerse sobre el Estado Legal, debido a la moderna comprensión que en la actualidad se tiene acerca de los derechos.

He decidido explicar la teoría de los derechos fundamentales de un Estado Constitucional en el presente apartado, por que Ecuador al adoptar la figura de un Estado de Derechos, no sólo se adecua a la concepción teórica de los derechos fundamentales de un Estado Constitucional, sino que expande su concepción a los otros sistemas jurídicos reconocidos en el país gracias al pluralismo jurídico.

Vale citar a Miguel Carbonell, quien observa que el estudio de los derechos debe cumplir con algunas características fundamentales, y expone que:

un análisis responsable sería capaz de distinguir al menos tres planos de análisis y observar el desarrollo que se ha producido en cada uno de ellos: 1) un plano normativo en el que se tuvieran en cuenta los textos constitucionales y los catálogos de derechos previstos en los tratados internacionales [...] 2) un plano teórico a fin de dar cuenta de la evolución y crecimiento del “discurso” científico sobre los derechos, 3) un plano sociológico, con el objetivo de poner en evidencia la manera en que los derechos se han ido aplicando¹³⁰.

En ese sentido, habría quedado incompleta la comprensión de los derechos fundamentales en Ecuador, si primero no se hacía un estudio acerca de lo que también propone el Estado de Derechos, que en resumidas cuentas confirma los postulados del Estado Constitucional pero que a su vez agrega los elementos que ya se estudiaron, destacando sobretodo el pluralismo jurídico.

Ahora bien, para el desarrollo comprensivo de los derechos fundamentales es necesario hacer un estudio acerca de la concepción clásica de los derechos dentro del Estado Legal, que terminó por definir a los derechos fundamentales como derechos públicos subjetivos. Una vez entendido ese concepto, se tratará de observar la manera

130

Miguel Carbonell. *Op.Cit.* p. 42.

en que esa concepción de derechos va quedando relegada conforme se imponen los postulados del Estado Constitucional. Finalmente, se hará mención al concepto de garantías, que se encuentra en estrecha vinculación con el de derechos, pero que de ninguna forma puede ser concebida como su sinónimo.

2.3.1. La concepción clásica de los derechos.

Como ya se analizó con anterioridad, la primera forma de Estado de Derecho fue la de un Estado Legal de Derecho, que terminó por reducir sus postulados al estricto apego a la ley como la vía adecuada para proteger los derechos de las personas. En ese sentido, empieza a tomar fuerza un concepto específico de derechos, vinculándolos necesariamente a la ley.

El jurista italiano Gustavo Zagrebelsky, hace un estudio acerca de la concepción de los derechos fundamentales que primó bajo las directrices de un Estado Legal, y afirma que la ciencia jurídica de esa época alcanzó a concebir a los derechos fundamentales como “derechos públicos subjetivos”. El autor, lo expone de la siguiente manera:

En el intento de atribuir consistencia jurídica a lo que hoy consideramos derechos constitucionales, la ciencia jurídica del siglo XIX no consiguió ir más allá de la llamada teoría de los “derechos públicos subjetivos”. Se trataba de una teoría rigurosamente fiel a los postulados del Estado de Derecho que pretendía superar o, mejorar, limitar el principio según el cual frente a la autoridad del Estado soberano no podían existir más posiciones de sujeción¹³¹.

La idea fundamental de un Estado Legal de Derecho, es que el mismo Estado se encuentra limitado a lo que determine la ley, lo que se denomina principio de legalidad. Y es en ese sentido, que se va desarrollando la construcción teórica de los “derechos públicos subjetivos”, ya que éstos simbolizan una limitación al accionar del Estado. Y, por ende, los derechos públicos subjetivos necesariamente se desarrollaran en la ley.

Ahora bien, para entender de mejor manera lo expuesto, hay que aclarar que “desde el punto de vista del Estado como legislador, los derechos no podían concebirse como una limitación al mismo, sino solo como una autolimitación y como una concesión”¹³². Es decir, los derechos fundamentales de las personas, son concesionados por el Estado por medio de las leyes que se encargan de desarrollarlos; por ende,

¹³¹ Gustavo Zagrebelsky. *Op.Cit.* p. 47.

¹³² *Ibidem*, p. 48.

constituyen una autolimitación del Estado, ya que en la producción jurídica de los derechos contrarresta su poder.

Los derechos, en el Estado Legal, se encuentran estrechamente vinculados a las leyes, ya que dentro de la producción legal del parlamento, tenían la obligación de ajustar o describir en qué forma se entienden a los derechos en una sociedad determinada. Para ser más precisos, “la creación de los derechos determinaba un límite entre el poder del Estado y la libertad de los particulares y, según los principios del Estado de Derecho, como se ha visto, esta determinación era tarea de la ley”¹³³.

Es por esa razón, que los derechos empiezan a concebirse como aquellos atributos jurídicos de las personas que necesariamente deben estar regulados por una ley, ya que de no ser así podría ser que ese derecho no sea reconocido como tal, y por ende no debe existir una obligación correlativa de respetarlo. Incluso, bajo esta concepción, podría dificultarse la protección judicial de un derecho que no se encuentre tipificado en la ley, ya que los jueces en un Estado Legal simplemente aplican lo que este expresamente determinado en la ley.

Los derechos fundamentales, concebidos como derechos públicos subjetivos, simbolizaron un triunfo importante para el Estado de Derecho (Legal), ya que de esa forma se les garantizaba una real protección gracias a que se encontraban descritos en una norma, y a que los jueces dentro de sus funciones se limitaban solo a aplicar las normas. Ahora bien, como ya se observó con anterioridad, la fórmula del Estado Legal, termina por desmoronarse justamente porque los derechos se encuentran en estrecha vinculación con la ley, y el estricto legalismo permitió que mediante leyes se justificaran una serie de acciones que atetaron contra los derechos de las personas. Zagrebelsky, al respecto afirma que:

Con la doctrina de los derechos públicos subjetivos, los derechos empezaban a asomar la cabeza en una tradición del derecho público básicamente estatalista, es decir, en un ambiente jurídico y político todavía hostil a una transformación profunda del orden heredado, un orden en el que el Estado, con su autoridad, estaba por delante de los individuos, con sus derechos¹³⁴.

La concepción de los derechos fundamentales, como derechos públicos subjetivos es perfectamente aceptable, pero en un momento determinado esa concepción

133 *Ibidem.*

134 *Ibidem.*

llegó a facilitar la intromisión del Estado en los derechos de las personas, y dejó de existir la “autolimitación” con la que nace el Estado de Derecho.

Ahora bien, continuando con el presente análisis, es necesario que se pase a entender qué significa que un derecho fundamental sea entendido como derecho público subjetivo. Es decir, es preciso que se observe de qué forma se asimila a un derecho fundamental dentro del paradigma del Estado Legal de Derecho. En ese sentido, Luigi Ferrajoli haciendo un estudio histórico de los derechos fundamentales, afirma que:

Son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por status la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas¹³⁵.

El jurista italiano, asimila que en un Estado Legal, los derechos fundamentales son concebidos como derechos subjetivos. De esa afirmación, encuentra que necesariamente los derechos subjetivos corresponden a todas las personas por el simple hecho de serlo. En ese sentido, se afirma que los derechos subjetivos son universales y no pueden excluir a determinadas personas por ninguna razón, lo que de alguna manera va de la mano con el concepto de generalidad de la ley.

Los derechos subjetivos, siguiendo la afirmación de Ferrajoli, comportan expectativas y positivas de las personas. Por un lado, una expectativa positiva, puede ser entendida como una prestación o una obligación de hacer a los demás, para garantizar que su derecho se este cumpliendo. De esa forma por ejemplo, si yo tengo el derecho a la educación, significa que correlativamente el Estado tiene la obligación de crear los mecanismos adecuados para que yo me pueda educar.

Por otro lado, una expectativa negativa, implica que los demás tienen una obligación de no hacer o de abstenerse a realizar cualquier acción que menoscabe el pleno desenvolvimiento de mi derecho. En ese sentido, si yo tengo el derecho a la libertad, las demás personas y el Estado, están obligados a abstenerse de realizar cualquier acto que atente contra mencionada libertad.

135

Luigi Ferrajoli. *Op.Cit.* p. 37.

Siguiendo lo que se ha descrito, se puede citar a Riccardo Guastini, quien entiende de la misma forma el concepto de derecho subjetivo, y afirma que:

Un derecho subjetivo no es más que una pretensión atribuida a un sujeto (o a una clase de sujetos) frente a otro sujeto (o a otra clase de sujetos) a los que se les impone un deber (una obligación) correlativa. Poseer un derecho subjetivo frente a un determinado sujeto significa que es posible exigirle un determinado comportamiento: ese es el “contenido” del derecho subjetivo¹³⁶.

La ley, para la realización de los derechos públicos subjetivos, juega un rol elemental, ya que en ausencia de ella no hay derechos y mucho menos hay obligación de respetarlos. El derecho subjetivo, como bien señala Guastini, es una pretensión que se le atribuye a un sujeto, pero se la entiende de mejor manera como una atribución otorgada a todos los sujetos que forman parte de la sociedad. Por otro lado, el autor italiano de manera precisa, observa que la posesión de un derecho subjetivo, implica que existe la real posibilidad de exigir determinados comportamientos al Estado y demás personas, con la finalidad de que se respete íntegramente lo determinado por la ley.

En base al concepto de derechos subjetivos analizado, se puede citar a Rodolfo Arango, quien hace un esquema descriptivo de las características propias de esta clase de derechos, y afirma que:

Es posible distinguir tres características del derecho subjetivo: (i) una norma jurídica, (ii) una obligación jurídica de otro derivada de esta norma, y (iii) un poder jurídico para la consecución de intereses propios reconocidos al sujeto (es decir, una posición jurídica)¹³⁷.

Siguiendo la descripción de Arango, se puede afirmar que los derechos subjetivos, son los que se encuentran determinados en una norma jurídica, por lo que en ausencia de ella no existe tal derecho. Por otro lado, los derechos subjetivos no sólo obligan a los demás a respetar que se cumplan los parámetros impuestos por el derecho, sino que brindan a los titulares del derecho una posición jurídica que se entiende como un poder que facilita el ejercicio efectivo de su derecho.

La concepción de los derechos subjetivos, bajo el Estado Legal de Derecho, nos ayuda a entender cómo eran concebidos los derechos fundamentales, ya que el concepto de derechos fundamentales se limitaba a describir a los derechos subjetivos. En ese sentido, Rodolfo Arango continúa su análisis y concluye que:

¹³⁶ Riccardo Guastini. *Op.Cit.* p. 208.

¹³⁷ Rodolfo Arango. *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Legis, 2005, p. 9.

Según esta concepción de los derechos fundamentales, no existe un derecho fundamental que no sea al mismo tiempo un derecho subjetivo —es decir, que se encuentre en la relación necesaria con por lo menos una norma jurídica, una obligación jurídica y una posición jurídica— y ostente un alto grado de importancia¹³⁸.

La caída del Estado Legal de Derecho ante el Estado Constitucional, implica a su vez que se revise la concepción de los derechos fundamentales. De esa forma, una vez consolidado el Estado Constitucional, e iniciado el proceso de constitucionalización del derecho, parece insostenible la teoría que determina que los derechos fundamentales son solamente derechos públicos subjetivos.

Resulta cuestionable en la actualidad pensar que los derechos inherentes a las personas sólo puedan ser considerados como tales cuando estén expresamente determinados en una ley, y que puedan dejar de serlo cuando mencionada ley sea derogada del ordenamiento jurídico. Atrás queda la clásica concepción de los derechos vinculados estrictamente por la ley, y pasan a ser entendidos como inherentes a la persona sin necesidad de que exista una ley que los desarrolle.

2.3.2. Los derechos fundamentales en la actualidad.

El Estado Constitucional, no desconoce los avances de su antecesor en materia de derechos, por lo que, la comprensión de los derechos en este modelo de Estado no consiste en una plena negación del concepto de derechos subjetivos. Lo que ocurre en el Estado Constitucional, es que se reconoce que los derechos son inherentes a las personas por el simple hecho de serlo, y la ley material ya no es la que crea o quita ese derecho. La función de la ley, en materia de derechos, es desarrollar en conformidad con la Constitución, los derechos que son inherentes a las personas, pero nunca podrá ser atentatoria contra los mismos.

Para iniciar la definición de derechos fundamentales en la actualidad, es necesario citar a Robert Alexy, quien hace un estudio profundo sobre mencionados derechos, y concluye que:

Hay dos construcciones diferentes que son esenciales respecto de los derechos fundamentales, a saber: una estrecha y estricta, y la otra lata y amplia. La primera puede ser denominada “construcción de reglas” y la segunda, “construcción de principios” [...]. Según la construcción estrecha y estricta, las normas que reconocen derechos

138

Ibidem, p. 32.

fundamentales no se diferencian de forma apreciable de las demás normas del sistema jurídico. [...] Según la construcción amplia, las normas sobre derechos fundamentales no se agotan en la tutela de determinadas posiciones, descritas de forma abstracta, del ciudadano frente al Estado¹³⁹.

En base a lo expuesto por Alexy, es fácil afirmar que la concepción de derechos fundamentales como “construcción de reglas” se adecua perfectamente a los postulados del Estado Legal de Derecho, ya que las normas que establecen a los derechos fundamentales, ósea la ley, es igual que otras leyes y no alcanza a percibirse algún tipo de diferenciación en cuanto a la manera de comprenderlas.

Por otro lado, bajo el Estado Constitucional, toma fuerza la idea de que los derechos fundamentales pueden corresponder a una “construcción de principios”, es decir que los derechos fundamentales no se agotan en la idea de que deben estar descritos expresamente en una ley que a su vez imponga una obligación correlativa para asegurar su respeto. Los derechos fundamentales, bajo la fórmula de “construcción de principios” contienen una carga valorativa extra que modifica su clásica concepción.

Ahora bien, los derechos fundamentales, entendidos de esa forma, llegan a tener un valor objetivo trascendental, que imponen una obligación previa al legislador. La ley, ya no es la que determina la manera en que se va entender a los derechos, sino que a la inversa, los derechos pasan a imponer ciertos parámetros a la misma ley. Por tal razón, ahora se dice que el derecho, en cuanto a su construcción, se limita estrictamente al contenido de los derechos inherentes a las personas.

En ese sentido, el autor colombiano Tulio Chinchilla, hace una reflexión respecto a las limitaciones que tiene en la actualidad la concepción de los derechos fundamentales como derechos subjetivos, y concluye que:

El formato de derechos subjetivos deja insatisfecha otras dimensiones del derecho humano: ante todo, su naturaleza de valor objetivo del ordenamiento, su dimensión ético-política que nutre de sentido la idea misma de fundamentalidad. Además, ese molde, tan hecho a las necesidades del derecho civil, no da cuenta de otras posibilidades de eficacia que al derecho fundamental se le ofrecen en la complejidad del ordenamiento jurídico contemporáneo¹⁴⁰.

¹³⁹ Robert Alexy. “Derechos Fundamentales, ponderación y racionalidad”. *El Canon Neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 99.

¹⁴⁰ Tulio Chinchilla. *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?*. 2da. ed. Bogotá: TEMIS, 2009, p. 54.

Por tales razones, que las expone bien el jurista colombiano, y en base a lo descrito por Alexy, ya no es sostenible la tesis que confirmaba a los derechos fundamentales simplemente como derechos subjetivos. Entender a los derechos fundamentales como una “construcción de principios”, implica aceptar que dentro de su contenido poseen valores objetivos y una dimensión ético-política que confirman su fundamentalidad. Esta moderna concepción de los derechos fundamentales, es entendible sobretodo gracias a los avances teóricos que trae consigo el Estado Constitucional, y que son confirmados por el Estado de Derechos.

Entendida de esa forma la nueva concepción de los derechos fundamentales, es necesario citar nuevamente a Chinchilla, quien describe claramente las características que mencionados derechos deben tener en su concepción actual. El jurista colombiano concluye que:

Los derechos fundamentales no son derechos subjetivos a secas, son algo más que derechos subjetivos porque: a) además de su dimensión subjetiva, ellos poseen una dimensión valorativa [...]; b) como valores fundantes del orden ético-político adquieren también una dimensión objetiva que les hace imperativos al legislador, a todos los poderes públicos y a los particulares¹⁴¹.

La construcción valorativa de los derechos fundamentales, a la que hace referencia el autor citado, se refiere justamente a los valores que cada sociedad va desarrollando como suyos propios, y sobre los cuales se va generando el derecho al que se van a regir. Es por esa razón, que los derechos fundamentales ya no son concebidos como una creación del Estado para autolimitar su poder, sino que son previos a cualquier Estado, y son los valores contenidos en ellos los que van dando forma al nuevo ordenamiento jurídico, por lo que finalmente alcanzan una dimensión objetiva que incluso limita al asambleísta constituyente al momento de redactar la Constitución.

Vale destacar, en ese sentido, que bajo la forma de un Estado de Derechos, por eso se menciona que incluso la misma Constitución, como norma jurídica suprema, se encuentra limitado a los derechos naturales de las personas. Lo que hace la Constitución, es reconocer tales derechos, dotarlos de una calidad jurídica, e imponer una limitación natural a los poderes constituidos.

La Corte Constitucional de Ecuador, afortunadamente a logrado concebir esa moderna forma de entender los derechos, y en una de sus resoluciones, indica que “El

141

Ibidem.

Estado de Derechos esquematiza una evolución histórica en relación al derecho [...], pues en sentido amplio implica que todos los poderes públicos y privados, están sometidos a los derechos”¹⁴².

Hace bien la Corte Constitucional, al describir uno de los avances más importantes que en materia de derechos impone el Estado de Derechos, ya que indica que toda autoridad pública, ya no se somete solamente a la Constitución y a la ley, sino que sobretodo sus actividades deben ser encaminadas a garantizar el fiel cumplimiento y protección de los derechos de las personas. Los derechos, ya no entendidos como aquellos que se encuentran descritos en la ley, sino como derechos fundamentales actuales que superan la idea del derecho subjetivo y se acercan a la realidad natural de los derechos.

Concebir la idea de que todo poder público (constituyente y constituido) se encuentra sometido a los derechos, es aceptar los postulados teóricos del Estado Constitucional, pero más precisamente las propuestas del Estado de Derechos. De esa forma, toma con mayor claridad la idea de adoptar al pluralismo jurídico como teoría que incluya realmente a todos los derechos inherentes a las personas, sin ningún tipo de discriminación, ya que tales derechos, son previos a la realidad jurídica del Estado.

En tal sentido, es posible citar a Riccardo Guastini, quien comprende la doble acepción que llegan a tomar los derechos fundamentales. El autor italiano, explica que:

La expresión derechos fundamentales parece encerrar dos matices de significado: por un lado, se dicen fundamentales aquellos derechos que dan fundamento al sistema jurídico; por otro, se dicen fundamentales aquellos derechos que no requieren el fundamento del sistema jurídico¹⁴³.

De las apreciaciones del jurista italiano, se puede confirmar lo mencionado con anterioridad, y aceptar que los derechos fundamentales no son un producto de las normas o del ordenamiento jurídico, sino que, como bien señala Guastini, se encargan de dar fundamento al mismo sistema jurídico, y por ende, tranquilamente podrían convivir sin él.

A manera de conclusión, se puede entender de esa forma, que en la actualidad “son fundamentales los derechos adscritos por un ordenamiento jurídico a todas las

¹⁴² Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia No. 001-09-SEP-CC. Quito, D. M., 31 de Marzo de 2009. Registro Oficial Suplemento 571 de 16 de Abril del 2009.

¹⁴³ Riccardo Guastini. *Op.Cit.* p. 215.

personas físicas en cuanto tales, en cuanto ciudadanos o en cuanto capaces de obrar”¹⁴⁴. Sin embargo, no son creación propia de ninguna norma jurídica, son previos al derecho y más bien sirven para darle sustento.

La concepción actual de derechos fundamentales, una vez reconocidos por el Estado, no se aleja definitivamente de su construcción como derechos subjetivos, ya que se los reconoce en la norma. Sin embargo, al ser una “construcción de principios”, encuentran su mayor importancia en la carga valorativa que contienen, y logran alcanzar una dimensión objetiva, limitando toda actividad de los poderes públicos.

2.3.3. Las Garantías en Ecuador.

Una vez entendida las dos concepciones de derechos fundamentales, la una bajo el paradigma del Estado Legal, y la otra bajo el Estado Constitucional. Es necesario, para concluir el análisis de los derechos, que se haga un acercamiento al concepto de garantía. Ya que, a la par de los derechos, se van desarrollando una serie de garantías, encaminadas a proteger los propósitos y fundamentos que cada derecho trae consigo.

Tanto en el Estado Legal, como en el Estado Constitucional, se van desarrollando las garantías. Hay que recordar, que en base a la concepción clásica de los derechos fundamentales como derechos públicos subjetivos, se desprende la idea de que en base a cada derecho, hay una obligación correlativa de limitarse actuar conforme los parámetros permitidos para no menoscabar mencionado derecho. En ese sentido, las garantías aparecen como aliados de los derechos, ya que son las que aseguran el fiel cumplimiento de las obligaciones generadas correlativamente a la existencia de los derechos.

Las garantías, a diferencia de lo que ahora se entiende por derechos fundamentales, sí son una autolimitación del Estado, con la finalidad de brindar los mecanismos adecuados para proteger efectivamente los derechos inherentes a las personas. Un Estado de Derecho (formal y material), está en la obligación de crear las garantías necesarias para proteger los derechos de las personas, cualquiera que sea la concepción de derechos fundamentales que prime en cada sociedad.

¹⁴⁴ Luigi Ferrajoli. *Op.Cit.* p. 37.

Al respecto, Luigi Ferrajoli, hace una explicación teórica de la garantías, que pueden ser explicadas de manera simple en base a la clásica concepción de los derechos fundamentales como derechos subjetivos. El jurista italiano, en ese sentido, afirma que:

Los derechos fundamentales, de la misma manera que los demás derechos, consisten en expectativas negativas o positivas a los que corresponden obligaciones (de prestación) o prohibiciones (de lesión). Convengo en llamar garantías primarias a estas obligaciones y a estas prohibiciones, y garantías secundarias a las obligaciones de reparar o sancionar judicialmente las lesiones de los derechos, es decir, las violaciones de sus garantías primarias¹⁴⁵.

Ferrajoli, distingue claramente que existen dos tipos de garantías, por un lado las primarias que implican la obligación correlativa de respetar los derechos; y por otro lado, las garantías secundarias, que imponen la obligación al Estado de crear los mecanismos adecuados para reparar judicialmente la lesión causada a los derechos.

Bajo esa doble concepción de las garantías, es perfectamente aceptable la construcción de la Constitución ecuatoriana del 2008, en cuanto al concepto que tiene de garantías. El Art. 11 de mencionada norma, en su numeral 8 determina que “el contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio”.

En ese sentido, la constitución reconoce tres tipos de garantías constitucionales. Las garantías normativas y de políticas públicas, pueden ser entendidas bajo la idea de garantías primarias, ya que en primera instancia pretenden asegurar que los derechos se desarrollen con efectividad dentro de la sociedad. Por otro lado, las garantías jurisdiccionales, pueden entenderse como garantías secundarias, que se activan en el momento en que las garantías primarias no logran dar la protección necesaria a los derechos. Sobre este punto, se tratará más adelante.

Ahora bien, es cierto que bajo cualquier tipo de Estado de Derecho, las garantías tienen un rol fundamental, y son creadas como mecanismos de protección de los derechos. Sin embargo, como se vio, su funcionalidad bajo la idea de un Estado Legal, disminuyo notablemente, y se redujeron a formar parte de la concepción formal del derecho, desconociendo la materialidad elemental que deben tener las normas que garanticen sus derechos.

¹⁴⁵

Ibidem, p. 43.

Se puede afirmar, que las garantías en un Estado Legal, no funcionaban de una manera adecuada, ya que la misma construcción del derecho, muchas veces reducido a la ley, no se preocupaba de prestar atención a garantías que en realidad permitan la protección de los derechos. De esa forma, muchas de las garantías en el Estado Legal, se encaminaron a “garantizar” el cumplimiento de las leyes, y no el de los derechos.

Con el advenimiento del Estado Constitucional, y gracias al proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico, cambia la concepción misma del derecho, y pasa a ser entendido como un sistema de garantías encaminado a proteger los derechos de las personas, por sobre la ley, y a permitir que todos alcancen la dignidad humana.

En base a esa nueva forma de entender al derecho, y la nueva concepción de los derechos fundamentales en la actualidad, tiene más sentido lo que describe Ferrajoli y lo que determina la Constitución de Ecuador. Ya que, el derecho concebido como un sistema de garantías, cubre todos los ámbitos de la actividad del poder público, y coloca a todas las funciones del Estado a comportarse como agentes que, a través de sus actividades, tienen la obligación de garantizar el respeto a los derechos inherentes de las personas.

En cuanto al Estado de Derechos, las garantías cumplen el mismo rol que es descrito bajo un Estado Constitucional. Sin embargo, bajo la comprensión que se dio sobre el triunfo del pluralismo jurídico, resulta más fácil entender las justificaciones que en la actualidad alcanzan las garantías, ya que no sólo protegen los derechos reconocidos por el sistema jurídico estatal, sino que también se encaminan a proteger toda la gama de derechos propios de los sistemas jurídicos que ya se describieron con anterioridad, y que son reconocidos por la Constitución de Ecuador.

El derecho, constitucionalizado y concebido como un sistema de garantías, da una importancia relevante a las garantías, incluso llegándolas a entender casi como un derecho más de los ciudadanos. La ausencia de mencionadas garantías, comporta un atentado a los derechos de las personas, por tal razón, y como bien explicaba Guastini, los derechos fundamentales dan fundamento al sistema jurídico, y ese fundamento debe ser entendido de una manera que permita la adecuada construcción de las garantías una vez que los poderes constituidos empiezan a realizar sus actividades.

De esa forma, Luigi Ferrajoli llega a la dramática afirmación de que “más allá de su proclamación, aun cuando sea de rango constitucional, un derecho no garantizado no

sería un verdadero derecho”¹⁴⁶. Por ende, las garantías son relevantes y su comprensión teórica bajo el Estado Constitucional y bajo el Estado de Derechos, debe estar encaminada a observar al derecho construido como un sistema de garantías, ya que toda producción jurídica debe garantizar el cumplimiento de los derechos.

2.3.3.1. ¿qué son las garantías y qué importancia tienen?

Entendidos algunos aspectos relevantes a las garantías, es necesario que se pase a conceptualizarlas dentro de los propósitos teóricos del Estado Constitucional de Derecho y del Estado de Derechos. De esa forma también, quedará más clara la importancia que llegan a tener, siendo concebidas como necesarias para proteger los derechos de las personas.

En ese sentido, Antonia y Florentina Navas, afirman que en un Estado Constitucional, de nada serviría que la Constitución despliegue en su contenido una gran cantidad de derechos, si al mismo tiempo no crea los mecanismos necesarios para garantizarlos. De esa forma, las autoras concluyen que:

No sólo el reconocimiento de los derechos y libertades define a un Estado constitucional y democrático, en la actualidad, pues de nada sirve que la Constitución consagre un catálogo de derechos y libertades si, al mismo tiempo, no establece los mecanismos que permitan garantizar, al ciudadano, el ejercicio de los derechos que constitucionalmente se le reconocen¹⁴⁷.

Es decir, las garantías alcanzan tal importancia, que no se podría comprender a los derechos fundamentales sin ellas. Si bien, los derechos fundamentales son creaciones previas al Estado, el no establecimiento de garantías generaría una falencia grave en cuanto a mencionados derechos, y en cuanto a los propósitos del Estado de Derechos, que se encaminan justamente a proteger los derechos inherentes de las personas.

En ese sentido, las Constituciones modernas, que son parte elemental de la transición al Estado Constitucional de Derecho, reconocen en sus postulados no solo un gran catálogo de derechos, sino que también establecen con claridad las garantías que protegerán mencionados derechos. Todas las funciones del Estado, necesariamente bajo

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 59.

¹⁴⁷ Antonia Navas, Florentina Navas. *El Estado Constitucional*. Madrid: Dykinson, S.L., 2009, p. 347.

la nueva concepción del derecho, pasan a ser agentes “garantistas” de todos los derechos de las personas, y sus actividades deben enmarcarse a lo que se conoce como garantías constitucionales.

Al respecto, Guastini hace referencia a la importancia que tienen las garantías dentro del Estado Constitucional, y las limitaciones que tiene la misma función legislativa en materia de derechos, que al momento de redactar las normas, no podrá despegarse de los parámetros que impongan los derechos. El jurista italiano concluye que:

En los sistemas de Constitución rígida los derechos subjetivos conferidos por la Constitución [...] se caracterizan por una especial capacidad de “resistencia”, por una protección realmente especial. Son derechos que el legislador ordinario [...] no está autorizado a limitar, modificar o suprimir¹⁴⁸.

La Constitución brinda a los derechos las garantías que se consideren necesarias para verificar que se están respetando sus propósitos. En ese sentido, como bien señala Guastini, la función legislativa limita su accionar, y lo encamina a lo que se conoce como garantías normativas, que representan parte de las garantías primarias a las que se refería Ferrajoli.

Ahora bien, siguiendo al mismo Riccardo Guastini, se puede entender que “una garantía es precisamente una protección. Las garantías de los derechos constitucionales son protecciones de los derechos de los ciudadanos contra el Estado: equivalen a barreras interpuestas entre el poder estatal y la libertad de los ciudadanos”¹⁴⁹. Es decir que, por un lado “las garantías constitucionales son medios jurídicos encaminados a la protección y al amparo de la libertad constitucional”¹⁵⁰. Y por otro, implican una autolimitación por parte del Estado, con la finalidad de brindar los mecanismos adecuados que permitan garantizar los derechos.

En el mismo sentido, Antonia y Florentina Navas, afirman que “las garantías se podrían definir como aquellos mecanismos que se establecen desde la norma, en defensa de los derechos y libertades y de la propia supremacía de la Norma Constitucional”¹⁵¹. De citada afirmación, se puede afirmar que las garantías tienen tres elementos que las caracterizan: 1) son mecanismos establecidos en la norma; 2) buscan

¹⁴⁸ Riccardo Guastini. *Op.Cit.* p. 226.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 228.

¹⁵⁰ Ramón Burneo. *Derechos y Garantías constitucionales en el Ecuador*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2008, p. 398.

¹⁵¹ Antonia Navas, Florentina Navas. *Op.Cit.* p. 347.

defender los derechos de las personas; 3) confirman la supremacía de la norma constitucional.

Las garantías en el Estado Constitucional de Derecho, pueden ser entendidas a la perfección siguiendo lo descrito por Navas, ya que son creadas por una Constitución material, con un contenido cargado de derechos; confirman la finalidad máxima de todo Estado de Derecho, que es la protección de los derechos de las personas; y, finalmente, aseguran la supremacía constitucional, ya que en su desarrollo, las garantías se sujetarán a lo dispuesto en la Constitución.

Todas las funciones del Estado, limitadas directamente a los postulados de la Constitución y a los derechos fundamentales, pasan a ser concebidas como agentes “garantistas” con la finalidad de entender su principal función, que es la de garantizar el efectivo goce de los derechos de todas las personas.

Por tal razón, la Constitución, como norma suprema, modifica su contenido y supera la histórica división que alguna vez le caracterizo (parte dogmática y parte orgánica). En la actualidad y realidad ecuatoriana, la norma fundamental, que ha entendido el nuevo concepto de los derechos fundamentales, y correlativamente ha reconocido la función “garantista” del Estado, pasa a invadir lo que alguna vez fue la parte orgánica de su contenido, con una carga fuerte de principios y derechos que aseguran la importante función garantizadora del Estado. En ese sentido, Ramiro Ávila concluye que:

El Estado de Derechos, significa que se está redefiniendo la centralidad de los derechos de las personas sobre el Estado y sobre la ley. Si una persona se aproxima al tratamiento de los derechos en la Constitución del 2008, podrá apreciar que es un eje transversal que cruza no sólo la parte de principios del Estado, los derechos, sino también la parte orgánica, la participación, el régimen de desarrollo y hasta la finalidad de las fuerzas armadas¹⁵².

Los derechos fundamentales, llegan a alcanzar una importancia trascendental en el Estado de Derechos, de tal forma que la norma constitucional se ve invadida en su totalidad por todo lo que compone la fiel comprensión y protección de los derechos. De esa forma vale resaltar que la Constitución ecuatoriana, reconoce especialmente tres garantías constitucionales (art. 84, 85, 86 CE), cada una inherente a cada función clásica del Estado.

152

Ramiro Ávila. *Op.Cit.* p. 37.

2.3.3.2. Las garantías normativas, de políticas públicas y jurisdiccionales.

Como ya se menciona con anterioridad, la Constitución ecuatoriana dentro de su texto reconoce tres garantías constitucionales. Las garantías normativas, que vinculan principalmente a la función legislativa, sin perjuicio de que otras funciones del Estado puedan emitir normas; las garantías de políticas públicas, que sobretodo hace referencia a una de las actividades fundamentales de la función ejecutiva; y, las garantías jurisdiccionales, que son los mecanismos judiciales que permiten una efectiva protección y reparación de los derechos fundamentales, que previamente se hayan visto vulnerados.

El Estado Constitucional de Derecho, observa que la división de funciones del Estado, necesariamente trae consigo una división de las garantías constitucionales. En ese sentido, resulta necesaria “la construcción de las garantías frente a cada uno de los tres poderes considerados aisladamente, y frente a cada uno de los órganos que son titulares de las diferentes funciones estatales”¹⁵³.

La Constitución de Ecuador, se adecua perfectamente a la necesidad de establecer garantías frente a la actividad de cada una de las funciones del Estado. En un primer momento, se consagran a las garantías normativas que como ya se explicó, imponen que todo órgano con potestad normativa tenga la obligación de “adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales” (art. 84 CE). Es decir que, al momento de crear una norma jurídica, necesariamente la autoridad con potestad normativa debe limitar su contenido a lo que establezcan los derechos de las personas que se encuentran reconocidos por el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Al respecto, se puede citar a Vila Casado, quien hace un acercamiento al concepto de garantías normativas y afirma que:

Las garantías normativas están conformadas por los principios y reglas constitucionales que actúan como eficaces instrumentos para lograr que los derechos operen como tales; que no se les opongan mayores restricciones que las admitidas en el ordenamiento jurídico; que aseguren el adecuado resarcimiento cuando se han producido daños como consecuencia de la violación de los derechos por parte de los poderes públicos y de sus agentes, así como la consecuente sanción para sus transgresores¹⁵⁴.

¹⁵³ Riccardo Guastini. *Op.Cit.* p. 229.

¹⁵⁴ Iván Vila Casado. *Op.Cit.* p. 393.

Es decir, las garantías normativas, aseguran que los legisladores y demás autoridades con potestad normativa, no desarrollen ni creen normas que atenten contra los derechos fundamentales. Más bien, mencionadas garantías, pretenden que las normas creadas por las autoridades públicas, sean un adecuado desarrollo de los derechos inherentes de las personas.

En el mismo sentido, Antonia y Florentina Navas, observan el concepto de garantías normativas de una forma más extensiva, no solo como aquellas garantías que se dirigen a defender los derechos de las personas frente a la actividad del Estado, sino también ante cualquier arbitrariedad proveniente de una persona particular. En ese sentido, las autoras explican que:

Mediante la expresión “garantías normativas” se quiere aludir a todas aquellas disposiciones constitucionales que, sin incidir directamente en materia de derechos y libertades, se dirigen a la defensa de los mismos, bien por que supongan una limitación a la actuación de los particulares, bien, y muy especialmente, porque supongan una limitación a la actuación de los poderes públicos¹⁵⁵.

Por otro lado, en cuanto a las garantías de políticas públicas, no es necesario hacer una referencia especial, ya que éstas fueron explicadas en apartados anteriores, con el motivo de entender de mejor manera la introducción del pluralismo jurídico en Ecuador. Sin embargo, vale recordar que las políticas públicas constituyen una garantía constitucional frente a la actividad de la función ejecutiva sobretodo, e implica que el Estado se encuentra en la obligación de desarrollar políticas que se ajusten al contenido de los derechos reconocidos en la Constitución.

Finalmente, las garantías jurisdiccionales, que Ferrajoli las entiende como una garantía secundaria, ya que se activan únicamente cuando las garantías primarias (normativas y políticas públicas) no han logrado cumplir con los propósitos que impone cada derecho. De igual forma, que con las políticas públicas, el concepto moderno de garantías jurisdiccionales ya fue estudiado en apartados anteriores, cuando se analizó la innovadora facultad de la Corte Constitucional, en cuanto se la concibe como un “legislador positivo”, ya que ahora puede dictar sentencias de jurisprudencia vinculante en materia de garantías jurisdiccionales.

Ahora bien, antes de concluir el presente capítulo, se puede citar un concepto breve que permita comprender de mejor manera a las garantías jurisdiccionales:

¹⁵⁵

Antonia Navas, Florentina Navas. *Op.Cit.* p. 347.

Las garantías jurisdiccionales son las que, de forma más eficaz, protegen los derechos del ciudadano ante una posible vulneración de los mismos, ya que permite instar su tutela ante los órganos jurisdiccionales, y sea a través de la jurisdicción ordinaria, ya sea a través de la jurisdicción constitucional, en aras de conseguir que se restituya el derecho conculcado¹⁵⁶.

En ese sentido, las garantías jurisdiccionales se crean frente a la función judicial, e implican que todas las personas, están en la posibilidad de iniciar cualquier acción constitucional, con la finalidad de buscar la restitución adecuada de algún derecho fundamental que se haya visto vulnerado.

156

Ibidem, p. 349.

3. Hacia el Estado de Justicia.

3.1. La construcción conceptual del Estado de Justicia.

3.1.1. Algunas ideas previas.

El Estado Constitucional de Derecho, como se analizó en los capítulos anteriores, significa la construcción más avanzada de un Estado de Derecho, ya que gracias a sus postulados, trata de brindar las herramientas más adecuadas para alcanzar los fines de las personas, que sobre todo se enmarcan en la protección de sus derechos y en la dignidad humana. De esa forma, queda relegado históricamente el modelo formalista del Estado de Derecho, que era estrictamente legalista y desapegado de todo tipo de valores subjetivos con la finalidad de brindar seguridad jurídica a los ciudadanos.

En ese sentido, el Estado Constitucional de Derecho, corrigiendo los errores de su antecesor, invoca una carga de valores sociales y principios que se consagran en la Constitución, y que a través del proceso de constitucionalización del derecho, se impregnan en todo el sistema jurídico; lo que ha significado una reconstrucción del mismo concepto de derecho. Es decir, el derecho bajo la forma de un Estado Constitucional, pasa a ser un sistema de garantías para los ciudadanos y se convierte en una herramienta para lograr, en resumidas cuentas, la justicia dentro de la sociedad.

No es de extrañarse, que el término justicia vuelva a juntarse con el derecho, una vez que han terminado por derrumbarse los postulados teóricos del positivismo jurídico, que observaban sobretodo la validez del ordenamiento jurídico, sin importar que las normas sean justas o injustas. Con la consolidación del neoconstitucionalismo como teoría y metodología del derecho, bajo la forma de un Estado Constitucional, se cree que el mejor camino para alcanzar los fines del derecho, es vincularlo con la moral a través de los valores consagrados en la Constitución.

En ese sentido, parece ineludible que el siguiente paso, una vez consolidado el Estado Constitucional, y alcanzada la vinculación definitiva entre el derecho y la moral, sea lograr lo que cada sociedad conciba como justicia. Mencionada justicia, será la que se origine diariamente conforme a los parámetros establecidos en la misma Constitución, pero ya no estrictamente bajo una forma de Estado de Derecho, sino en

apego al moderno concepto de Estado de Justicia, que pretende convertirse en una etapa superior a cualquier otra forma de Estado.

“Su interrelación con la justicia es la esencia que distingue al Estado de Derecho material del Estado solo formalista”¹⁵⁷; es decir, el Estado material o Constitucional de Derecho, dentro de sus postulados, como ya se menciona, representa un avance importante frente a su antecesor, en lo referente al acercamiento del derecho a la justicia. Ya que, no observa al derecho separado de los valores o de la justicia, y más bien propone que las normas y las decisiones de los actores jurídicos, tengan también contenidos justos que se ajusten a los postulados de la Constitución.

Ahora bien, la vinculación del derecho con la justicia, dentro de un Estado de Justicia, parece que puede generar que el último término (justicia) llegue a ser más relevante que el mismo concepto de derecho. La construcción del derecho, como un sistema de garantías que contiene una carga de valores importante, empieza a ceder su relevancia ante la idea de justicia que se tenga en la sociedad. En ese sentido, por ejemplo, bajo la idea de un Estado de Justicia, tiene más importancia lo que sea justo incluso si es que el derecho establece algo opuesto.

La Constitución de la República de Ecuador, en su art. 1 establece que el Ecuador es un “Estado Constitucional de Derechos y Justicia”. La invocación al termino Justicia, en ese sentido, invita a pensar que el asambleísta constituyente propone que el Estado se conciba finalmente como un Estado de Justicia. Los propósitos de la norma constitucional, parecen no acabarse en los postulados teóricos del Estado Constitucional o del Estado de Derechos, sino que pretenden crear el rumbo hacia un Estado de Justicia, un modelo de Estado que se fundamente sobretodo en la justicia.

La construcción de un Estado de Justicia, tal y como propone la Constitución, implica una responsabilidad enorme para todos los actores jurídicos y sociales del Ecuador, ya que al parecer sus postulados nos llevan a rincones inimaginables de subjetividad. De esa forma, con la consolidación de ese nuevo modelo de Estado, se espera que se logre cumplir con los anhelos de toda la sociedad, que de alguna forma van siendo cada vez más exigentes gracias a la apertura que ha brindado el Estado Constitucional de Derecho.

¹⁵⁷ Ingo von Münch. “¿Estado de derecho versus justicia?”. *Estado de Derecho y Democracia*. Buenos Aires: CIEDLA, 1999, p. 291.

Así también lo entiende Augusto Morello, quien observa que la tendencia de los anhelos sociales en la actualidad se encaminan a la construcción de un Estado de Justicia. El jurista argentino, lo expresa de la siguiente manera:

En la alborada del siglo XXI el hombre de derecho, interpretando fielmente las tendencias del cuerpo social, montado en otras creencias, predica argumentos nuevos que porfían por que el modelo contemporáneo de sociedad ha de ir más allá del Estado de Derecho. Plasmarse en la versión siguiente que es una estación, nivel o estadio superador que, históricamente, habrá que imaginar y hacer jugar con otra unidad más sensible, realista y perfeccionada que, absorbiendo a la actual, de consistencia al Estado de Justicia¹⁵⁸.

El autor observa que es responsabilidad de “los hombres de derecho”, por medio de su actividad cotidiana, en observancia de los propósitos sociales, dejar atrás al Estado de Derecho y pasar al nuevo modelo de Estado denominado Estado de Justicia. Hace énfasis, en que el nuevo modelo de Estado, de esa forma, sería más sensible, realista y perfecto, en correspondencia con los derechos de las personas.

La construcción del Estado de Justicia, está estrechamente vinculado a los mecanismos y postulados del Estado Constitucional, ya que, al parecer, únicamente gracias a sus propuestas es posible que en un futuro se piense que el Estado de Justicia sea una realidad completa. En ese sentido, los propósitos del Estado de Justicia ecuatoriano, en un inicio se encasillan en los valores y derechos que establece la misma Constitución. Por lo que, la aplicación diaria del derecho, como sistema de garantías constitucionalizado, es la vía adecuada que se sigue para que finalmente el concepto de justicia predomine en la realidad nacional.

La justicia, como concepto que se construye en la actividad diaria de cada sociedad, en un inicio parece limitarse a lo que dicta la norma constitucional, lo que, para los que proponen este nuevo modelo de Estado lo aleja de la subjetividad antes mencionada. De esa forma, la construcción de un Estado basado en la Justicia y no en el Derecho, parece ser una realidad cada vez más cercana. Así lo entiende Morello, quien afirma que:

Esquemáticamente, el querer ir más allá del presente Estado de Derecho, significa bregar por una nueva dimensión, forma de actuar y efectividad de la justicia. Tal

158

Augusto Morello. *El Estado de Justicia*. La Plata: Librería Editora Platense, 2003, p. 3.

propósito lejos de ser poco adulto el disfraz hipócrita de una utopía es, por el contrario, un atrapante desafío para todos y, en especial, para el que ama el Derecho¹⁵⁹.

El jurista argentino, observa que la construcción de un Estado de Justicia, impone una nueva dimensión del concepto de justicia. En base a esa reflexión, se puede pensar que tal dimensión, como se menciono párrafos atrás, implica que el concepto de justicia llegue a superar al concepto de derecho, en cuanto a su importancia dentro de la sociedad. Es decir, el derecho debe ser concebido siempre como una herramienta necesaria para alcanzar la justicia, y los derechos de las personas se limitaran a lo que la sociedad establezca como justo.

Por otro lado, el autor entiende también que la justicia debe ser efectiva e implica una determinada forma de actuar de las personas. La efectividad que se menciona, hace referencia a que exista un compromiso social encaminado a establecer relaciones jurídicas justas, ya no sólo limitadas a lo que la Constitución o la ley establezcan, sino relaciones que internamente las personas conciban como justas. Es por eso que también se impone una determinada forma de actuar ante lo que la sociedad entiende como justo.

Las personas cumplen un rol fundamental en el Estado de Justicia, ya que será el concepto de justicia que se desprenda de sus creencias o tradiciones, el que establezca los parámetros para la construcción del derecho justo, del derecho concebido como una herramienta de la justicia. De esa forma, toma sentido lo que menciona Morello acerca de las determinadas formas de actuar de las personas, ya que el derecho es fruto da la observación de mencionadas actuaciones que deben ser conformes a la justicia.

Carlos Escarrá, observa en el mismo sentido, que el derecho se construye abiertamente desde la sociedad con la finalidad de permitir el desarrollo de la justicia, y concluye que:

Es este Estado de justicia, concebido como una construcción de lógica dialéctica, (materialista) el que mantiene el derecho abierto a la sociedad, de donde surge para regularla y al mismo tiempo para dejarse superar por ésta, a diferencia del Estado de derecho, que generalmente se nos presenta como una construcción de lógica formal y positiva, que encierra el derecho en sí mismo, y tiende a mantenerlo ajeno a las vivencias y sentimientos sociales. En una visión retórica del asunto, la justicia ni es todo ni se basta a sí misma, requiere la conjunción de valores, principios y mecanismos de naturaleza

159

Ibidem, p. 5.

fundamental para que se traduzca en términos de convivencia humana digna y feliz.¹⁶⁰

La afirmación referente a que el derecho es superado por la sociedad, es característica inherente del Estado de Justicia. Sin embargo, hace bien el autor venezolano al observar el concepto de Estado de Justicia, estrechamente vinculado al de Estado Constitucional de Derecho, ya que gracias a éste último, es posible pensar en que la justicia definitivamente se vincule con el derecho, o lo conciba como una herramienta para consolidarse en la sociedad.

Por ese motivo, el autor también hace énfasis en que la justicia no se basta a sí sola, sino que requiere de la existencia de otros valores y principios, para poder consolidarse. Así pues, es más explícita la importancia del Estado Constitucional como una etapa previa al Estado de Justicia, ya que gracias a ese modelo de Estado, se impregna a todo el sistema jurídico la carga valorativa y de principios determinados en la Constitución, que completan y complementan a la justicia.

Históricamente se ha entendido que una de las finalidades del derecho es permitir que la justicia en la sociedad sea posible. Ahora bien, el Estado material de Derecho y el concepto de justicia, se encuentran vinculados, de una forma recíproca, ya que los dos se explican teóricamente en conjunto. Sin embargo, bajo la forma de un Estado de Justicia, se entiende que los actores jurídicos, utilizando los mecanismos establecidos por el Estado Constitucional, ya no hacen o crean derecho, sino que directamente “crean justicia”.

De esa forma, parece que el Estado de Derecho, queda relegado ante el concepto de justicia, por que no pueden convivir juntos una vez que la sociedad empieza a comportarse de una manera “justa”, y finalmente se da inicio al Estado de Justicia. Así también lo entiende Ingo von Münch, quien afirma que:

Es necesario destacar que el Estado de Derecho y la justicia se condicionan recíprocamente, pero no resulta posible “servir” a ambos por igual. Incluso puede manifestarse una contradicción entre Estado de derecho y justicia, o al menos entre la justicia y algún componente del Estado de derecho.¹⁶¹

La vinculación del derecho con la justicia, de una manera directa, implica que la creación diaria del ordenamiento jurídico corresponde a la observancia de un “determinado comportamiento” de las personas dentro de la sociedad, que como se vio,

¹⁶⁰ Carlos Escarrá. “Modelo de Estado Establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (implicaciones)”. *Tendencias del Constitucionalismo en Ibero América*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2009, p. 811.

¹⁶¹ Ingo von Münch. *Op.Cit.* p. 291.

debe ser un comportamiento adecuado para que la justicia se consolide en la sociedad. El derecho se junta con la justicia y, al mismo tiempo, sirve como herramienta para consolidarla en la sociedad. Es necesario que trabajen en conjunto y se complementen, pero con el propósito de fortalecer la idea de justicia real.

Al respecto, Morello analizando filosóficamente la unión entre el derecho y la justicia, indica que:

Hermanar prácticamente –queremos puntualizar con realismo y sensibilidad- en un ensamble fecundo y efectivo Derecho y Justicia, parece un compromiso formidable y cometido desafiante, pero accesible, al que los juristas estamos convocados como protagonistas principales de un trabajo arduo, serio, imprescindible y perdurable: concretar y materializar el Estado de Derecho en Estado de Justicia¹⁶².

La transición de un Estado de Derecho a un Estado de Justicia, es un trabajo responsable por parte de los actores jurídicos, y resulta de evidente importancia para que finalmente se armonice la aplicación de los derechos dentro de la sociedad. Por tal razón, bajo la idea de un Estado de Justicia se entiende que el derecho se ha “hermanado” con la justicia, pero que a su vez, ha creado la posibilidad de que el derecho sea sustituido en relevancia ante la misma justicia.

De esa forma, resta por mencionar que, en observancia a la idea de justicia, tal y como esta propuesta bajo la forma de un Estado de Justicia, se pretende que se consolide en la sociedad una verdadera democracia inclusiva, basada en el convencimiento de que las relaciones de las personas se llevan en conformidad con los parámetros y principios que establecen lo que es justo o no, con la finalidad de alcanzar la igualdad real.

Ahora bien, para cumplir con los propósitos del presente trabajo, es necesario avanzar con el desarrollo del contenido conceptual de Estado de Justicia, y establecer la posibilidad efectiva de que alrededor de la idea del Estado de Justicia coexistan dos conceptos distintos, pero no necesariamente separados. Es decir, para comprender mejor la presente reflexión, se puede decir que dentro de la investigación teórica se ha encontrado un concepto de Estado de Justicia Social, y otro de Estado de Justicia Judicial, por lo que, resulta prudente que se pase a analizar las propuestas teóricas de cada uno de estos, y la forma en la que lo entiende la Constitución de la República de Ecuador.

¹⁶² Augusto Morello. *Op.Cit.* p. 179.

Antes de iniciar mencionado análisis, se puede introducir diciendo que el Estado de Justicia Social apunta a alcanzar la democracia inclusiva e igualitaria, a la que nos referíamos con anterioridad, mientras que, el Estado de Justicia Judicial, se refiere a la relevancia de la actividad que cumplen los jueces en la construcción del derecho, o mejor aún, en la realización de la justicia.

3.1.2. El Estado de Justicia Social.

El Estado de Justicia Social, se encuentra estrechamente vinculado al concepto de justicia social propiamente tal. Por esta razón, para iniciar la conceptualización de este modelo de Estado, es necesario definir en un primer momento qué es lo que se entiende por justicia social. Al respecto, Rodrigo Borja, de manera precisa, concluye que justicia social es:

La justicia referida específicamente a las relaciones económicas dentro del grupo humano. Postula la necesidad de organizar la sociedad con arreglo a criterios equitativos en la distribución de los bienes y de lo que éstos producen, de modo que todos los miembros de la sociedad tengan acceso a ellos. Parte del principio de que los bienes y servicios se producen con el trabajo de todos y de que, por tanto, no deben ir a parar a las manos de unos pocos¹⁶³.

Es decir, la justicia social se fundamenta en la idea de igualdad de las personas, y propone un desarrollo conjunto, armónico y equilibrado de todos dentro de una misma sociedad. De esa forma, la idea de “igualdad” toma gran relevancia, ya que no puede haber justicia social si la sociedad no actúa de una manera justa en referencia a lo que determina la igualdad social preestablecida generalmente en la misma Constitución.

Observando el concepto de justicia social, se puede entender con mayor claridad la idea de la necesidad de un “determinado comportamiento” de las personas en referencia a lo que se entienda por justicia. Y también, es más explicable la idea de que el Estado de Justicia, consolida definitivamente la democracia, pero basada sobretodo en el valor de la igualdad.

Hay que recordar que mucho tiempo atrás fue ganando fuerza la idea de construir en los distintos países un modelo de Estado denominado Estado Democrático de Derecho, que principalmente trata de superar los postulados teóricos del Estado

¹⁶³ Rodrigo Borja. *Enciclopedia de la Política*. 3ra. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 830.

Social de Derecho. De esa forma, se piensa que el Estado Democrático, en oposición a su nombre, nos acerca más a la consolidación del socialismo como ideología y realidad. El concepto de “Democrático”, para los teóricos, hace referencia a la necesidad de igualdad de las personas como algo fundamental para consolidar la democracia.

El jurista español Elías Díaz, hace un estudio profundo acerca de la construcción de todos estos conceptos, y dentro de la elaboración teórica del Estado Democrático de Derecho, encuentra que gracias a este tipo de Estado, se entiende una posible construcción del Estado de Justicia. El autor, de esa forma, concluye que:

Evidentemente, la fórmula Estado de Justicia [...], alude a contenidos cercanos a los enunciados en la expresión Estado Democrático de Derecho[...]. Ambos términos sólo pueden considerarse intercambiables si los entendemos en el sentido de que el Estado Democrático de Derecho es hoy el Estado de Justicia, es decir, el Estado que aparece actualmente como legítimo, como justo, en función precisamente de unos determinados valores históricos que son la democracia, el socialismo, la libertad y la paz¹⁶⁴.

El Estado Democrático de Derecho, hace un acercamiento fundamental a la idea de Estado de Justicia, incluso se observa que el jurista español en un momento los llega a tratar como sinónimos. Por esa razón, el Estado de Justicia Social, específicamente, debe comprenderse como aquel que realiza o hace efectivos los contenidos teóricos del Estado Democrático, basado, como bien señala el autor, en “democracia, socialismo, libertad y paz”.

La justicia social, que es un concepto recogido por este modelo de Estado, es el resultado de las ideas y teorías explicadas por el Estado Democrático. Vivir en “justicia social”, como ya se enfatizó anteriormente, implica que, en su actividad diaria las personas se comporten de una manera que se haga posible y efectiva la justicia. Es decir, la construcción teórica de un Estado de Justicia, del derecho que se crea en él, y del mismo concepto de justicia, nace de los valores recogidos por las personas en la misma Constitución, y de los valores que las personas adopten como justos conforme pasa el tiempo. Al respecto, Carlos Escarrá menciona que:

De allí que, el modelo de Estado previsto constitucionalmente, nos involucra a todos; por ello, más allá de la justicia administrada por los órganos jurisdiccionales, atiende a todas las instituciones y órganos del Estado que ejercen el poder, y de manera muy particular, a cada una de las personas que conforman la sociedad¹⁶⁵.

¹⁶⁴ Elías Díaz. *Op.Cit.* p. 130.

¹⁶⁵ Carlos Escarrá. *Op.Cit.* p. 812.

El Estado de Justicia Social, necesariamente se construye con el apoyo de toda la sociedad, que adopta una determinada forma de comportarse con la finalidad de que la igualdad social nos acerque a la justicia. Si bien, el Estado (entendido como poder político, órganos e instituciones) también tiene una función importante en la construcción de este modelo de Estado, sobretodo a la hora de verificar los comportamientos sociales, más importante resulta la iniciativa interna de las personas y el convencimiento de ellas para actuar conforme a los parámetros sociales de lo justo.

Ahora bien, es necesario aclarar que el Estado de Justicia, se encuentra lejos de ser una propuesta comunista o anárquica que pretende la abolición total de las instituciones jurídicas del Estado. A pesar de que se fundamenta en la importante participación de las personas, no deja de reconocer la relevancia de la institucionalidad, ya que sin ella resultaría utópico la realización efectiva y coactiva de la justicia social.

El brinco al Estado de Justicia tampoco deja en el camino a lo que conoce y tiene que utilizar como herramientas insustituibles: las mismas instituciones de siempre –la Constitución, el Presidente, el Congreso, el Poder Judicial, los Tratados, los Códigos, las Provincias, la integración, las regiones, los actos administrativos, las ordenanzas, los edictos, la interpretación, etc. etc. y la lógica interior de todo ello-, pero a través de una visión renovada, más próxima a la vida, a la paz social, y a la igualdad¹⁶⁶.

Como bien señala el autor, la consolidación del Estado de Justicia, necesita de una “renovada” actividad de la institucionalidad, que debe encaminarse a observar y verificar la existencia de la igualdad dentro de la sociedad. En ese sentido, es indispensable que dentro del Estado Constitucional de Derecho, como una etapa previa al Estado de Justicia, se fortalezca la institucionalidad y se encamine la actividad pública a buscar la igualdad dentro de la sociedad.

Vale recordar por un momento, que bajo la idea del Estado Constitucional, la moral juega un rol fundamental en la creación del derecho. La mencionada moral, se concibe como la establecida previamente en la Constitución, y desarrollada en la carga valorativa que ésta posee. De esa forma, por ejemplo, tiene sentido que el asambleísta constituyente haya reconocido como uno de los valores sociales al “Buen Vivir”, que pretende enrumbar al derecho y a la justicia ecuatoriana hacia la idea de igualdad. Consolidada la forma de Estado Constitucional, y el proceso de constitucionalización del derecho, se logrará de esa forma pasar a la etapa de Estado de Justicia Social, que

166

Augusto Morello. *Op.Cit.* p. 9.

como vimos puede ser perfectamente explicado gracias a los valores recogidos en la Constitución de Ecuador.

Por tal razón, se piensa que el Estado de Derecho, como lo explicaba el citado jurista Elías Díaz, se perfecciona en el Estado de Justicia, siempre que los valores recogidos en el Estado de Derecho, sean los de “democracia, socialismo, libertad y paz”. En el mismo sentido, puede entenderse a la afirmación del Alf Ross, quien verifica que debe existir una sincronía entre las propuestas del Estado de Derecho y las del Estado de Justicia, ya que finalmente el último modelo de Estado hace efectivas a las exigencias de las personas reconocidas por el primero, y las junta en el concepto de igualdad siempre que éste se base en un fundamento histórico. De esa forma, el jurista explica que:

Está claro, pues, que una exigencia general indiscriminada de que todos sean tratados de igual manera, solo significa que el trato acordado a cada persona debe seguir reglas generales. Si tal exigencia está autorizada por el derecho, se torna una cuestión de interpretación determinar si debe hacerse caso omiso de ella, como una formulación meramente ideológica, jurídicamente vacía, o si es posible acordarle significado específico en base a un fundamento histórico¹⁶⁷.

Como se observa, la posible consolidación del Estado de Justicia, para Alf Ross, implicaría que debe existir una sincronía previa de sus propósitos con el Estado de Derecho. Sólo de esa forma, se puede alcanzar una igualdad real entre los individuos, ya que los propósitos del nuevo Estado se encaminan a incentivar el convencimiento de que la justicia y la igualdad son la vía para la perfección de la democracia que se va generando en las reglas generales y justas. Para eso, previamente es necesario aceptar que la idea de igualdad, tiene una base histórica que refleja los anhelos de la sociedad y se encuentra reconocida en la Constitución.

El Estado de Justicia Social, por un lado, se encuentra organizado de tal forma que hace efectiva la igualdad entre las personas dentro de la sociedad. Y por otro, crea en las mismas personas el convencimiento interno de que tal igualdad es el triunfo del sistema democrático en la sociedad, por lo que éstas actúan en correspondencia con la justicia y establecen relaciones jurídicas justas.

Parece que, en ese sentido, tienen mayor importancia los derechos y los propósitos colectivos (generales) que los individuales (particulares). Es decir, el

¹⁶⁷ Alf Ross. *Sobre el Derecho y la Justicia*. 5ta. ed. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1994, p. 277.

ejercicio de los derechos individuales, inherentes a cada persona, debe efectivizarse con respeto a los derechos que corresponden a toda la colectividad. Por ejemplo, el derecho a la libertad individual es válido, en la forma que lo concibe toda la pluralidad de personas, y en la manera que su ejercicio resulte justo para los demás y no contraríen los valores colectivos.

De esa forma, el derecho y los derechos pasan a ser el camino para la construcción de un Estado de Justicia Social. Como ya se vio, resulta relevante que todas las personas se “comprometan” en la construcción de un Estado de Justicia, ya que su participación y convencimiento será lo que finalmente termine por consolidarlo. Parece que ese convencimiento, debe enrumbarse a los ideales de igualdad, y a dar mayor importancia a los derechos de la generalidad por sobre los derechos del individuo.

La actividad diaria de los actores jurídicos, es más relevante aún, ya que ellos tienen la responsabilidad de construir un derecho justo, basado en normas que consagren los propósitos del Estado de Justicia, y se enrumben a consolidar la igualdad que ya se mencionó. En ese sentido, Augusto Morello, afirma que:

Es así como arribamos a uno de los puntos axiales de la reflexión, consistente en que los operadores jurídicos y de modo más intenso el jurista, no pueden retacear la participación activa que parte de una explícita anticipación de una sociedad justa; cuando –conquista cultural de Occidente- la sociedad está fuertemente compactada frente a la injusticia. El que ama y siente vocación por el Derecho no podrá sino bregar desde lo jurídico a fin de que, precisamente, el Derecho haga de encaje al Estado de Justicia al coincidir en la necesidad de correr las fronteras del primero para ganar el espacio reservado al segundo -la Justicia-¹⁶⁸.

La construcción del derecho, como señala el autor, debe brindar el espacio adecuado para que la justicia se convierta en una realidad dentro de la sociedad, ya que sólo de esa forma se consolidará el Estado de Justicia. La actividad diaria de los actores jurídicos debe corresponder a los ideales de la Justicia Social, entendiéndola como el resultado de una sociedad justa. Por tales motivos, con anterioridad decíamos que el derecho se convierte en una realidad efectiva para consolidar a la justicia, ya que gracias a su presencia se hacen exigibles los anhelos de la sociedad.

¹⁶⁸

Augusto Morello. *Op.Cit.* p. 135.

En base a las ideas expuestas, resulta evidente que el Estado Constitucional sea una etapa previa al Estado de Justicia, ya que gracias a sus teorías, y la vinculación del derecho con la justicia, se puede pensar en que a futuro se impregne en todos los ciudadanos la idea de justicia, y se haga realidad el Estado de Justicia. Ahora bien, la consolidación de la justicia social, requiere una real inclusión de todas las personas en el desarrollo y promoción de sus derechos, por lo que, como ya se mencionó anteriormente, el Estado también tiene un rol fundamental y debe actuar siempre con la finalidad de alcanzar la inclusión y la igualdad.

Siguiendo este punto de vista, se puede citar a Alejandro Ramírez, quien hace énfasis en que:

La moral y el derecho encuentran su fundamento justificador en la escala de valores u orden de preferencia de los principios socialmente reconocidos, orientadores de la conducta en la satisfacción de las necesidades de los sujetos, emergente de y justificadora a su vez, de la división social específica del trabajo; o sea, en la ideología dominante asimismo mantenida por aquellos regímenes conductuales, a partir del valor primordial de la justicia¹⁶⁹.

Es decir, la construcción y adopción del Estado de Justicia implica necesariamente que el Estado logre incluir e incorporar a todas las personas de la sociedad en el desarrollo conjunto. Y por otro lado, el derecho que emana de esa sociedad, en apego a la moral, debe contar y brindar métodos e instrumentos que permitan ser una garantía para que esos propósitos se hagan efectivos. Ese es el mayor reto del Estado de Justicia Social, incluir a todas las personas que conforman la sociedad y procurar que el desarrollo de ellas se alcance en conjunto y de manera justa.

Sin embargo, el mencionado modelo de Estado acepta que esos propósitos no pueden cumplirse sólo con la actividad del mismo Estado, sino que propone la inclusión, la participación y el convencimiento de todas las personas para lograr la justicia real. Al respecto, Alejandro Ramírez afirma que el sistema actual, tal y como se encuentra establecido, a excluido la idea de lo justo en las personas, lo que ha generado la promoción de un sistema que atenta contra la igualdad real. El jurista, de esa forma, concluye que:

¹⁶⁹ Alejandro Ramírez Cardona. *El Estado de Justicia más allá del Estado de Derecho*. 3ra. ed. Bogotá: El Buho, 2006, p. 41.

Precisamente por esta desigualdad básica del sistema capitalista, la clase dominante en aquel proceso tiende a afianzarse más en la libertad como libertad de empresa y de competencia económica en el mercado, que en la igualdad y su manifestación democrática, política y social, en la que por su parte, se afianza el proletariado¹⁷⁰.

El Estado de Justicia Social, de esa forma, hace frente, de manera efectiva, a las injusticias y desigualdades que se van generando en la sociedad. La actividad impositiva del Estado para lograrlo, y el convencimiento de las personas acerca de lo que es justo o injusto, como elemento subjetivo del mismo, procuran que la justicia social sea el resultado del ejercicio diario del respeto a los derechos de toda la sociedad.

3.1.3. Estado de Justicia *Judicial*.

Ahora bien, a la par del desarrollo teórico de un Estado de Justicia Social, algunos juristas alejándose de los discursos filosóficos de ese modelo de Estado, intentan explicar otra implicación conceptual del Estado de Justicia. De esa forma, se refieren a la necesidad de entender a éste tipo de Estado como un Estado de Justicia Judicial, donde se hace principal énfasis en la relevancia que tiene la actividad de los jueces en la construcción del derecho y su función encaminada a garantizar los derechos de las personas dentro de la sociedad.

En ese sentido, se puede entender que el Estado de Justicia pretende ser la consolidación de la función judicial como la principal función del Estado, ya que en ella recae la gran responsabilidad de efectivizar la dignidad humana, limitando el actuar de las otras funciones, y sirviendo como herramienta para las personas que pueden hacer efectivos todos sus derechos.

Al respecto, el jurista español Eduardo García de Enterría, hace un análisis sobre la necesidad de que todos los actos del Estado, incluyendo los discrecionales, sean sometidos y regulados al control de los jueces, ya que de esa forma se garantiza la plena vigencia de los derechos de las personas, y se procura que el poder no desvíe los propósitos de la sociedad. El autor, en ese sentido, entiende que de esa forma se logrará la finalidad de todo Estado de Derecho, que “es la de instrumentarse como un Estado de

¹⁷⁰

Ibidem, p. 9.

Justicia, pero entendiendo esta palabra no en cualquier sentido impreciso o retórico, sino precisamente como justicia judicial plenaria”¹⁷¹.

Es decir, los jueces una vez que se les ha entregado la facultad de revisar y verificar todos los actos públicos, son los responsables de construir un Estado de Justicia, ya que ese concepto nace justamente al entregarles mencionadas facultades. Para la consolidación y perfeccionamiento de este Estado de Justicia, es necesario que la Constitución y todo el ordenamiento jurídico verifique y se encamine a lograr que los jueces puedan y deban ser los principales agentes de construcción del derecho.

En el mismo sentido a la propuesta de García de Enterría, Ingo von Münch, citando y analizando las ideas de Otto Bähr, observa de igual forma que la construcción de un Estado de Justicia, se refiere a la explosión de la actividad judicial como principal función del Estado, que se encarga de verificar que todas las actividades de las otras funciones sean conformes a lo que establezca la Constitución. De esa forma, el jurista observa que:

Otto Bähr enarboló la divisa del “Estado de Derecho como Estado de Justicia”. Sostuvo que la esencia del Estado de Derecho radicaba en el control del gobierno por los tribunales, en alusión a los tribunales civiles. En este último punto Bähr fijó otros conceptos que Rudolf von Gneist, quien exigió el control del ejecutivo por los tribunales en lo contencioso administrativo, y que además consideraba importante una descentralización administrativa¹⁷².

Tanto García de Enterría, como Ingo von Münch, concluyen que la conceptualización de un Estado de Justicia, debe ser entendida como la verificación de que toda actividad gubernamental puede ser controlada en última instancia por los jueces, quienes se encargarán de verificar que tales actividades no menoscaben los derechos de las personas. Por tal razón, toma fuerza la idea de que el Estado de Justicia debe ser de Justicia Judicial, ya que gracias a la intromisión de los jueces y al gran valor que alcanzan en este modelo de Estado, se supera los postulados del Estado de Derecho donde aún subsisten ciertos rincones donde los jueces no pueden actuar.

Resulta entendible la construcción de un Estado de Justicia Judicial, como una etapa superior al Estado de Derecho, una vez que previamente se ha observado los postulados teóricos que propone el Estado Constitucional de Derecho, donde se

¹⁷¹ Eduardo García de Enterría. *La lucha contra las inmunidades del poder*. 3ra. ed. Madrid: Civitas, 2004, p. 108.

¹⁷² Ingo von Münch. *Op.Cit.* p. 284.

consolidación una creciente importancia de los jueces en la elaboración y producción diaria del derecho. Vale recordar que para ese modelo de Estado, la función judicial toma gran importancia relegando a la función legislativa que reinó durante la etapa del Estado legislativo. La importancia de la actividad de los jueces, radica en que justamente son ellos quienes se encargan de observar que las normas guarden plena conformidad con los propósitos establecidos en la Constitución.

De esa forma, Gustavo Zagrebelsky, siguiendo lo que se mencionó, afirma que:

La unidad del derecho según las exigencias del Estado Constitucional, nos ha llevado a reconocer la excepcional importancia de la función jurisdiccional. Podríamos así terminar considerando a los jueces como los actuales “señores del derecho”, pues en ellos, en efecto, se dan cita todas las dimensiones del derecho: la ley, los derechos y la justicia¹⁷³.

De sus observaciones, se puede entender justamente que la actividad judicial, gracias a los postulados teóricos del Estado Constitucional, tiene gran importancia en la creación del derecho. Tanto la actividad de los jueces ordinarios, y sobretodo de los que integran la Corte Constitucional, son fundamentales para consolidar al Estado de Derecho en Estado de Justicia Judicial.

Las propuestas de García de Enterría y de Ingo von Münch, incluso llegan a verse limitadas ante la necesidad de que los jueces observen la actividad gubernamental, ya que su función pasa a ser relevante para consolidar la protección de los derechos de las personas y verificar la supremacía de los postulados de la norma constitucional. Si bien es cierto que el Estado de Justicia Judicial requiere que los jueces tengan la facultad de observar todos los actos del gobierno, más importante resulta que sus decisiones se encaminen a verificar que los derechos de todas las personas estén protegidos.

Bajo la forma de un Estado Constitucional, se propone que los valores y la idea de justicia sean retomados en la construcción del derecho, y se empieza a concebir al derecho como un sistema de garantías encaminado a alcanzar la dignidad humana. De esa forma, los jueces utilizando el derecho justo, tienen la responsabilidad de que en sus actuaciones también se vaya creando derecho, pero más específicamente se consolide la justicia.

El juez, es el gran encargado de observar que los postulados teóricos del Estado Constitucional recogidos en la misma Constitución, y den vida al Estado de Justicia

173

Gustavo Zagrebelsky. *Op.Cit.* p. 150.

Judicial. En ese sentido, parece que se puede afirmar que el Estado de Justicia Judicial, refleja la concreción en la práctica del Estado Constitucional, una vez que los jueces han concebido fielmente sus nuevas funciones, y han empezado a concebir al derecho como el camino adecuado para alcanzar la justicia. De esa forma, Morello concluye que:

El Estado de Justicia irradia un espíritu igualitario y libre. Pero, además, lo ejerce, no lo insinúa o promete. Espíritu de lucha y de plantarse frente a las injusticias para removerlas y darles el adiós. Para ello es creador de ideales, de formas de actuar, de métodos apropiados, de criterios interpretativos realistas, que están atentos a las consecuencias que se sigan¹⁷⁴.

El Estado de Justicia Judicial, siguiendo lo mencionado por el autor, refleja la puesta en práctica del Estado Constitucional por parte de los jueces, que deben observar que los métodos interpretativos y la aplicación del derecho en los casos concretos, sean la manera más adecuada para alcanzar la justicia. Por tal razón, la construcción en la práctica del Estado de Justicia, recae sobretodo en la preparación de los jueces, que deben resolver siempre observando a la justicia y luego al derecho, si es que llegan a representar polos opuestos o estar en contradicción.

En este punto, se debe hacer énfasis en la vinculación del derecho con la moral, ya que de esa forma se “justifica” que los jueces, ahora creadores del derecho, puedan resolver conflictos concretos dejando de aplicar normas jurídicas establecidas, con la finalidad de darle un resultado justo a la situación concreta que se les ha presentado. Ahora bien, esa responsabilidad, en un primer momento, recae directamente sobre la actividad de los jueces, pero hay que entender que no sólo ellos son los llamados a verificar que la justicia se haga una realidad desde el campo judicial. En ese sentido, Augusto Morello observa que los abogados tienen incluso la misma importancia al momento de argumentar sus defensas en cada caso. El autor argentino lo expresa de la siguiente manera:

Si los jueces y abogados muestran sólidos aciertos morales en sus decisiones, escuchando los ruidos y reclamos de la gente, su ejemplo puede ser señero para la comunidad, que tendrá la sensación de que el Derecho sirve al ser humano y los resultados previsibles serán la seguridad jurídica, la solidaridad social y, finalmente, la paz. Entonces, aunque no nos demos cuenta, estaremos a las puertas del Estado de Justicia¹⁷⁵.

174 Augusto Morello. *Op.Cit.* p. 84.

175 *Ibidem*, p. 191.

El autor de esa forma hace hincapié en que los jueces y abogados, son los llamados a consagrar la nueva forma de entender al derecho, e incluir a toda la gente que conforma la sociedad, ya que su aprobación sobre lo que entienden por derecho, será lo que nos lleve a pensar que estamos a las puertas de un Estado de Justicia. Es así, que el mismo autor argentino, vincula el concepto de Estado de Justicia Judicial con el de Justicia Social, ya que los dos implican cierto comportamiento de las personas que deben actuar conforme al derecho justo.

Una vez que los jueces, a través de sus decisiones “justas”, lleguen a crear conciencia en toda la sociedad, se puede afirmar que se está cumpliendo con los propósitos del Estado de Justicia, ya que el Estado, por un lado, logra hacer “justicia”; y por otro, llega a crear conciencia e incentivar a que las personas se comporten de una manera que respeten internamente lo que imponga la norma, siempre y cuando esa norma sea justa y refleje el camino hacia el respeto y valoración de la dignidad humana.

En ese sentido, Carlos Escarrá, observa que toda actuación del Estado, bajo la forma de Estado de Justicia, debe encaminarse principalmente a ser justa. Tal justicia de sus decisiones es la que se establece previamente en la misma Constitución, que recoge los valores y los principios de la sociedad de determinado país. El autor venezolano, lo expresa así:

La actuación desarrollada por el Estado debe tener por ratio final a la justicia; debido a que expresamente el Estado se consagra como un Estado de Justicia, con lo cual el contenido de su proceder deberá siempre estar guiado en función de la misma, además de por la serie de principios y valores constitucionales previstos en el texto constitucional¹⁷⁶.

Ahora bien, dentro de esa responsabilidad del Estado, es aún más importante la actividad judicial, ya que serán los jueces los que en última instancia decidan lo que es justo o injusto. El camino hacia un Estado de Justicia Judicial, vale recalcar, implica que se cuente con jueces responsables y convencidos de su ideal de justicia, deben “amar al derecho”, como señalaba Morello, y también ser agentes creadores de aquel.

El Estado de Justicia, finalmente, como ya se había señalado, implica que las personas lleguen a tener una participación activa al momento de construir el concepto de justicia en la sociedad. Dentro de esas personas, toma relevancia la actividad de los jueces que hacen efectiva la justicia en cada una de sus decisiones. Es decir, el convencimiento de lo que es justo debe nacer internamente en todos, pero son los jueces los que tienen la responsabilidad de hacerlo efectivo a través de cada una de sus

¹⁷⁶ Carlos Escarrá. *Op.Cit.* p. 821.

decisiones.

Al respecto, Carlos Escarrá, cita textualmente una de las decisiones de la Sala de lo Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, en la que se refleja que los jueces de ese país están tratando de impregnar la idea de justicia en todos los ciudadanos. El jurista expresa sus ideas y cita al Tribunal mencionado de la siguiente forma:

Esta nueva dimensión de la función jurisdiccional ha sido recibida con buen pie por parte de la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal de la República en reiteradas oportunidades, valiendo la pena destacar lo establecido en la sentencia recaída en el caso “Rosario Nouel” del 24 de marzo de 2000, en la cual la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia tuvo la oportunidad de expresarse en torno a la concepción de Estado establecida en el texto constitucional, vista desde la perspectiva de la función jurisdiccional, de la siguiente manera:

“Existe un nuevo paradigma en cuanto a los valores y principios constitucionales que se vinculan a la justicia como hecho social, político y democrático. Esta nueva concepción de Estado de Justicia trae consigo no tan sólo una transformación orgánica de sistema judicial (artículo 253 y 254 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), sino también un cambio por la razón íntima que cada ciudadano, y especialmente el Juez, debe tener con el fin de lograr la justicia más que un bálsamo frente a las heridas de la sociedad, en los términos de Calamandrei, sea ese cuerpo vivo, que late y palpita según lo expresa Gómez Robleda (*Meditaciones sobre la justicia*, Fondo de Cultura Económica, p. 17). En este sentido el juez, a quien se le reclama y exige justicia, debe ser igualmente producto de un hecho democrático que establezca un vínculo de afinidad entre la sociedad que exige y el poder que interpreta los valores y principios constitucionales para alcanzar los fines del Estado”¹⁷⁷.

La función judicial, no sólo se somete a una profunda reorganización para que pueda ser efectiva. Bajo la idea de un Estado de Justicia, los jueces, que administrativamente se han reorganizado, deben reflejar cierta “conciencia” en aras de conseguir lo que se considera justo por la Constitución. El camino y el límite que tienen son justamente los mismos valores y principios que se encuentran en la norma constitucional, y que les permiten juntar al derecho con la moral, para que finalmente garanticen la construcción diaria de la justicia.

3.1.4. Estado de Justicia en Ecuador.

El Ecuador se reconoce constitucionalmente como un Estado Constitucional, como un Estado de Derechos, y además como un Estado de Justicia. Tal afirmación, parece que propone un reconocimiento de los postulados de cada uno de estos tipos de

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 831.

Estado, y así formar el “Estado Constitucional de Derechos y Justicia”. Ahora bien, es necesario preguntarse qué tipo de Estado de Justicia tenía en mente el asambleísta cuando redactó el artículo 1 de la carta constitucional.

Como se vio en los párrafos anteriores, la doctrina nos acerca a entender que el Estado de Justicia puede ser concebido como un Estado de Justicia Social, que se refiere principalmente a la necesidad de igualdad de las personas para consolidar a la democracia. Y, también es posible afirmar que hay un Estado de Justicia Judicial, menos filosófico y encaminado a explicar la importancia que tienen los jueces al momento de crear la justicia.

En el estudio de cada uno de mencionados conceptos, se puede afirmar que si bien explican cosas distintas, no son necesariamente propuestas excluyentes la una de la otra, incluso en un mismo país se puede consolidar la idea de un “Estado de Justicia Social y Judicial”, ya que, por un lado se puede ir desarrollando la idea de justicia en base a la igualdad social, y por otro, al mismo tiempo, los jueces pueden ir adoptando su rol de generadores de justicia.

En el Ecuador, “la invocación del Estado a la justicia no significa otra cosa que el resultado del quehacer estatal, al estar condicionado por la Constitución y los derechos en ella reconocidos, no puede sino ser una organización social y política justa”¹⁷⁸. Es decir, el Estado ecuatoriano justo, debe actuar bajo los parámetros y valores establecidos en la misma Constitución, con la finalidad de alcanzar una sociedad justa, que se base en los valores de igualdad y desarrollo en conjunto de todas las personas.

De esa forma, se puede decir que el Ecuador pretende ser un Estado de Justicia Social, donde finalmente se alcance “conciencia” en las personas acerca de que el camino para la justicia es la igualdad y el trato igual de todos. Se requiere para eso, como ya se explicó, que las personas tengan una participación activa dentro de la construcción diaria del concepto de justicia, entre esas personas, resulta relevante la participación de los actores jurídicos, que son los llamados a elaborar un derecho que sea la herramienta adecuada para alcanzar los propósitos de justicia.

El sistema de valores reconocidos en la Constitución de Ecuador, es amplio, pero se lo puede resumir en las propuestas del “Buen Vivir”, que viene a ser la forma en la que se expresa el deseo de igualdad que se proclama en la Constitución. Mencionada

¹⁷⁸ Ramiro Ávila. *Op.Cit.* p. 28.

igualdad, se aleja de cierta formalidad conceptual y pretende ser el eje de lo que se entienda por justicia en el país. Así también lo entiende Alf Ross, quien afirma que:

Si se dice que la exigencia de igualdad no debe ser tomada en sentido formal, sino que el factor decisivo es si la limitación tiene lugar de acuerdo con características distintivas que están “bien fundadas”, que son “razonables” o “justas”, esto quiere decir que la idea de igualdad se esfuma, para ser reemplazada por una referencia a lo que se considera “justo” según una opinión subjetiva y emocional. Tal “principio” no es un principio auténtico, sino el abandono de todo intento de análisis racional¹⁷⁹.

Al respecto, la Corte Constitucional del Ecuador, ha tratado de brindar los postulados o propuestas del Estado de Justicia ecuatoriano, y justamente, hace principal apunte a las ideas de igualdad, y a la distribución equitativa de los beneficios que otorgan los valores constitucionales. La Corte, expresa:

Para la proyección de un Estado de Justicia [...], es deber de la justicia constitucional materializar esas asignaciones de cargas y ventajas sociales para que se distribuyan equitativamente entre ellas. Esto sugiere la combinación de estos valores bajo la idea de justicia, que consiste en una distribución de libertad e igualdad, libertad igualitaria; así como, la condición de exigible de los Derechos Económicos Sociales y Culturales, que no son considerados como programas políticos, sino como derechos judicialmente exigibles, en virtud de la denominada igualdad material de los derechos en la Constitución y la Ley¹⁸⁰.

En la citada resolución, se observa que la Corte Constitucional, consagra la idea del Estado de Justicia Social en el Ecuador, y además reconoce que los derechos sociales de las personas, pasan a ser concebidos como plenamente exigibles. Eso, en concordancia con la idea de que los derechos generales de todos, deben ser los que guíen a la Justicia Social y orienten el actuar de las personas en respeto a aquellos.

En el Estado de Justicia de Ecuador, “la justicia consiste en una distribución igualitaria de la libertad”¹⁸¹, o como lo explica la Corte, en una “libertad igualitaria”. El concepto de igualdad llega a ser de gran relevancia para la actividad del Estado, ya que de esa forma se pretende alcanzar los fines establecidos de dignidad humana, y la protección efectiva de los derechos de todas las personas, que a su vez deben empezar a ser “concientes” de que tal igualdad es necesaria para su desarrollo.

Por otro lado, no queda excluida la idea de que el Ecuador se enrumba a un

¹⁷⁹ Alf Ross. *Op.Cit.* p. 280.

¹⁸⁰ Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia 0001-09-SCN-CC. Quito D. M., 14 de Mayo del 2009. Registro Oficial Suplemento 602 de 1 de Junio del 2009.

¹⁸¹ Carlos Nino. “Justicia”. *El Derecho y la Justicia*. 2da. ed. Madrid: Trotta, 2000, p. 478.

modelo de Estado de Justicia Judicial, sobretodo si se observa la consolidación de los postulados del Estado Constitucional, que trata de brindar mayor apertura a que los jueces sean los creadores del derecho. En ese sentido, parece que Ecuador, en su norma constitucional, pretende adoptar los dos modelos o tipos de Estado de Justicia analizados, y finalmente ser un “Estado de Justicia Social y Judicial”, lo que perfectamente puede ser posible, pero aún no es una realidad.

3.2. ¿Qué es justicia?

3.2.1. Aproximación al concepto de justicia en el Estado de Justicia.

Una vez explicada la idea teórica del Estado de Justicia, es necesario avanzar en el presente análisis tratando de definir qué concepto de justicia es el más adecuado y el que de mejor forma se aproxima a los anhelos teóricos del presente modelo de Estado. Ha lo largo de la historia, la filosofía, y particularmente la filosofía del derecho, ha tratado de encontrar una respuesta concreta que permita entender qué es justicia, y cómo se la concibe dentro de las distintas sociedades.

Lamentablemente, muchos de los teóricos no han logrado dar una respuesta clara acerca del mencionado concepto, esto debido a la innegable subjetividad que puede generar la discusión acerca de lo que cada persona interioriza o entiende como justo. El concepto de justicia, resulta una de las ideas que más varían y cambian conforme progresan las sociedades, por lo que innegablemente algo que es justo para alguien, puede no serlo para otro.

Dentro de las discusiones filosóficas sobre el concepto de justicia, una de las propuestas más discutidas para los juristas es las que plantea Hans Kelsen, quien ha lo largo de su texto *¿Qué es la justicia?*, hace un análisis sobre las distintas ideas teóricas que se han desarrollado a lo largo de este concepto. Sin embargo, el autor concluye que la subjetividad de la idea de justicia es tan amplia que resulta extremadamente complicado definir objetivamente qué es la justicia. De esa forma, su trabajo termina con más dudas que certezas, y el autor explica que no ha podido llegar a una conclusión general del concepto de justicia. Kelsen, al final de mencionado texto, afirma que:

Comencé este estudio con el interrogante: ¿qué es la justicia?. Ahora, al llegar a su fin, me doy perfectamente cuenta que no lo he respondido. Mi disculpa es que en este caso

me hallo en buena compañía. Sería más que presunción de mi parte hacerles creer a mis lectores que puedo alcanzar aquello que no lograron los pensadores más grandes. En rigor, yo no sé ni puedo decir qué es la justicia, la justicia absoluta, ese hermoso sueño de la humanidad. Debo conformarme con la justicia relativa: tan sólo puedo decir qué es para mí la justicia. Puesto que la ciencia es mi profesión y, por lo tanto, lo más importante de mi vida, la justicia es para mí aquello bajo cuya protección puede florecer la ciencia y, junto con la ciencia, la verdad y la sinceridad¹⁸².

De esa forma, el presente trabajo tampoco puede arriesgarse a definir un concepto general de justicia, sino brindar herramientas conceptuales que nos acerquen a entender qué es justicia para el modelo denominado Estado de Justicia. Observando las ideas del mismo Kelsen, es indudable que el concepto de justicia nos lleva a una ambigüedad y subjetividad realmente preocupante, por lo que el Estado de Justicia puede llegar a ser un reflejo de esa subjetividad. Quizás, en ese sentido, resulta preocupante la idea de que el Ecuador pretenda enrumbarse en un Estado de Justicia, ya que la idea de lo justo, puede ser diferente para cada ciudadano, o en el peor de los casos puede ser impuesta por la actividad coercitiva del Estado.

Ahora bien, como ya se expuso con anterioridad, parece que la idea de justicia, dentro de un Estado de Justicia, puede tomar dos vertientes. Por un lado las propuestas de la Justicia Social, que en el Ecuador son determinadas en la Constitución, y en la idea del “Buen Vivir”, que pretenden implementar un sistema de igualdad inclusivo basado en que las personas adopten ciertos comportamientos justos. Y por otro lado, la Justicia Judicial, que hace énfasis, principalmente, en que los jueces pueden llegar a tener tal poder, que en sus decisiones creen o den vida a un concepto de justicia que sea acatado con convencimiento por todas las personas.

En esas dos ideas, sin embargo, se observa que la idea de justicia, si bien teóricamente o filosóficamente nace de la misma sociedad, se hace efectiva gracias a que la actividad del Estado se encamina a eso. Para explicar más detalladamente lo expuesto, es posible citar a Carlos Escarrá, quien observa la idea de justicia dentro del Estado de Justicia y concluye que:

De allí que la justicia concebida y planteada en el texto constitucional no se trata de una justicia inmaterial, meramente objetiva y abstracta, ni tampoco “ideal” sino, precisamente a aquella justicia posible y realizable bajo la premisa de la preeminencia de los derechos de la persona humana como valor supremo del ordenamiento jurídico, es decir, a una justicia material que obliga a las instituciones democráticas y a sus funcionarios no sólo a respetar efectivamente tales derechos, sino a procurar y concretar en términos reales y

¹⁸²Hans Kelsen. *¿Qué es la justicia?*. Buenos Aires: Editorial Leviatán, 1981, p. 120.

efectivos la referida justicia¹⁸³.

Siguiendo lo expuesto por el autor venezolano, se entiende que la justicia, dentro de un Estado de Justicia, es aquel ideal posible que se limita a verificar que en la práctica los derechos de las personas sean respetados tanto por las autoridades públicas, como también por los particulares. Es decir, un ordenamiento jurídico justo, es aquel que permite hacer realidad en la práctica que todas las personas respeten los derechos de los demás.

De esa forma, los derechos, la justicia y el derecho, se convierten en la herramienta adecuada para que las personas obliguen al Estado a cumplir con sus cometidos, y que no desvíen su propósito esencial, que generalmente se resume en la lucha por alcanzar la dignidad humana. Se entiende que la justicia es un concepto que explica los propósitos de determinado Estado, por lo que, se puede decir que sólo cuando se alcance la dignidad humana, se puede hablar con propiedad que determinado país vive en un Estado de Justicia o que ha alcanzado a realizar la justicia.

Ahora bien, “la justicia es un concepto de referencia, un concepto que se remite necesariamente a un hecho social, económico, jurídico o político”¹⁸⁴. Por tal razón, en la realidad ecuatoriana, y en la construcción del Estado de Justicia reconocido en la Constitución, resulta evidente que la construcción de la justicia se hará en referencia a lo que la misma Constitución establezca como justo. Tal concepto, dentro de la norma constitucional, se lo puede observar verificando los valores en los que se ha “fundado” al país. De esa forma, como ya se ha mencionado, parece que el Estado de Justicia en Ecuador, hace hincapié en alcanzar la Justicia Social, de la manera en que el “Buen Vivir” lo establezca.

Avanzando en el análisis, y tratando de encontrar las ideas de justicia que se pueden desprender del concepto de Estado de Justicia, se puede observar que la mencionada justicia hace referencia implícitamente a la forma de actuar de las personas. Es decir, dentro de las relaciones sociales, y por ende también de las relaciones jurídicas, se entiende que pueden existir relaciones justas o injustas. En ese sentido, el Estado de Justicia, impone una idea de lo que es justo (ej: “Buen Vivir”), y verifica que las personas se comporten de acuerdo con los postulados de los valores constitucionales que fortalecen las distintas ideas de justicia.

¹⁸³ Carlos Escarrá. *Op.Cit.* p. 811.

¹⁸⁴ Ingo von Münch. *Op.Cit.* p. 287.

Sobre este punto, Tomás Casares, entiende que todas las relaciones humanas pueden ser comprendidas como justas o como injustas. Las ideas del mencionado autor, son perfectamente concomitantes con el desarrollo teórico del Estado de Justicia, que en su acepción de Estado de Justicia Social, observa a la justicia como un resultado de la igualdad real y del desarrollo inclusivo. Casares, concluye que:

La justicia es como la estructura ósea de todo el organismo de relaciones humanas. Hay en éste relaciones que no son de justicia en sentido estricto. Pero no hay organismo de relaciones humanas que no comporte relaciones de justicia y esté sometido por ellas. La noción de justicia alude, por de pronto, a cierta igualdad, congruencia o proporción en los intercambios¹⁸⁵.

La idea de justicia, su concepto apegado a la noción de igualdad, sobretodo, es la que debe ir implícita en cada relación entre personas que se genere dentro de la sociedad. Es decir, la justicia somete a todas las personas a actuar bajo sus parámetros, ya que de esa forma se alcanza la igualdad a la que hace referencia Casares, o la libertad igualitaria como la entiende Carlos Nino. En un Estado de Justicia, se entiende que la actividad coactiva del Estado, debe encaminarse a proteger que mencionadas relaciones sociales sean justamente un reflejo de lo que la sociedad ha establecido como justo.

La justicia, de esa forma, pasa a ser entendida ya no solamente como una finalidad que se alcanza con la verificación en la práctica de todos los valores constitucionales, sino que también puede ser concebida como un valor mismo que recoge, entre otros conceptos la noción de igualdad, y que va implícita en cada relación jurídica de las personas.

Siguiendo esa idea, es posible citar a Manuel Atienza, que justamente observa de una manera precisa, la posibilidad de concebir a la justicia como un valor, ya no sólo como una finalidad de otros valores. El jurista, de esa forma, explica que:

La justicia viene a ser, pues, algo así como el valor jurídico por antonomasia; si se quiere, una aplicación de la moral al campo del derecho. No es, desde luego, el único valor jurídico, pero puede considerarse como un valor de totalidad, de manera que afirmar que un determinado derecho es justo viene a ser una forma sintética de decir que satisface una serie de valores como la igualdad, la libertad y la seguridad¹⁸⁶.

Por tal razón, se puede afirmar que la justicia dentro de un Estado de Justicia, se la puede entender como aquel valor impregnado en el sistema jurídico que pretende

¹⁸⁵ Tomás Casares. *La Justicia y el Derecho*. 3ra. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997, p. 56.

¹⁸⁶ Manuel Atienza. *El sentido del Derecho*. Barcelona: Ariel, 2001, p. 173.

convertirse en una guía para que las personas establezcan siempre relaciones jurídicas justas. Por otro lado, la justicia también constituye la finalidad de toda la maquinaria estatal, de esa forma, hay que observar la manera en que los otros valores constitucionales van construyendo a la justicia dentro de una sociedad determinada.

En base a esa reflexión, parece necesario que para entender de mejor manera la idea de justicia en un Estado de Justicia, se haga una aproximación al concepto de justicia que se genera dentro de un Estado Constitucional, ya que éste en el Ecuador constituye una etapa previa a la construcción real del Estado de Justicia. Solamente entendiendo la manera en que el concepto de justicia se desenvuelve bajo la idea de un Estado Constitucional, es posible verificar la forma en que la mencionada justicia se hará realidad en un Estado de Justicia.

3.2.2. La justicia en el Estado Constitucional de Derecho.

Uno de los principales avances que trae consigo el Estado Constitucional de Derecho, es que justamente propone la idea de observar el concepto de justicia como uno de los elementos y valores fundamentales para alcanzar los objetivos que persigue todo Estado de Derecho. Hay que recordar, que para este modelo de Estado, la vinculación del derecho con ciertos valores y principios constitucionales, tiene como finalidad máxima la de establecer relaciones jurídicas justas entre sus ciudadanos.

En la construcción conceptual del Estado Constitucional, se observa que una de las maneras para limitar la subjetividad del concepto de justicia, consiste en reducir sus postulados filosóficos a lo que establece la misma Constitución. Es decir, la construcción del concepto de justicia, nace de los otros valores y principios que la misma Constitución ha determinado expresamente dentro de su normativa. Por tal razón, si bien los actores jurídicos cuentan con la libertad de crear derecho observando la realidad diaria en la sociedad, esas creaciones jurídicas que deben ser justas, tienen que establecerse de manera adecuada con lo que determina la carta fundamental.

La Constitución establece, de esa forma, una idea general de lo que debe ser considerado como justo o injusto en el país. Por lo tanto, el concepto de justicia debe desprenderse de una lectura adecuada que los actores jurídicos hagan de las normas constitucionales; así pues, es explicable que los jueces cuenten con la libertad de “hacer justicia”, con cierto apego a sus creencias morales, que teóricamente deben reflejar lo que la Constitución manda.

Por otro lado, también hay que recordar que el Estado Constitucional, al vincularse con ciertos valores y principios máximos, puede ir tendiendo a formar el concepto de justicia que refleje los anhelos de las personas de determinado país. Así pues, recordando la idea de que hay distintos valores en apego a los arraigos culturales de cada país, el concepto de justicia bajo un Estado Constitucional, puede variar sustancialmente para aquellos. Por ejemplo, el concepto de justicia que se forme en Ecuador, puede ser totalmente distinto a la justicia de cualquier país europeo.

Ahora bien, el concepto de justicia varía conforme las costumbres y cultura de cada país, sin embargo, algunos sostienen que dentro del Estado Constitucional, existen exigencias generales que aplican a la construcción del concepto por igual en todas las sociedades. Por tal razón, si bien la justicia es un término filosóficamente subjetivo, para este modelo de Estado la subjetividad se limita a ciertos parámetros generales, que probablemente pueden percibirse en la Constitución.

Siguiendo lo mencionado, se puede citar a Gustavo Zagrebelsky, quien encuentra que en la construcción del concepto de justicia necesariamente debe prevalecer el sentimiento de la voluntad general. Es decir, la justicia en determinado país constitucional, es la que imponga la mayoría respetando también la idea de justicia que los grupos minoritarios o ciertas personas tengan. El autor italiano, al respecto concluye que:

Hay exigencias de justicia general, existe un orden que está por encima tanto de las voluntades individuales particularmente consideradas cuanto del acuerdo de las mismas que se expresa a través del principio de la mayoría, un orden que debe ser perseguido como tal. Las normas de justicia de las Constituciones actuales establecen así una distinción, que puede convertirse en contraposición, entre intereses individuales e intereses generales cualitativamente distintos de la pura y simple suma de los individuales¹⁸⁷.

Es decir, los intereses generales prevalecen sobre los individuales, si alguna vez llegan a estar en conflicto. El concepto de justicia, debe ser el reflejo de la voluntad general de las personas, por tal razón el autor señala que existe un “orden que está por encima de la voluntad individual” y que debe ser respetado ya que constituye o esta formado por los anhelos generales de la sociedad. Se espera que de esa forma, se elimine la subjetividad de lo que se considera justo, ya que la mayoría ha elegido un camino que refleja el sentimiento de justicia de la sociedad.

187

Gustavo Zagrebelsky. *Op.Cit.* p. 94.

Por otro lado, la justicia como fruto de la voluntad general, se entromete en la producción diaria del derecho. Las normas que impone la justicia, o las normas morales, deben ser observadas previamente por los actores jurídicos, para adecuar la norma jurídica a los anhelos de la sociedad. Por esa razón, se dice que las normas jurídicas deben ser también justas, ya que de esa manera se están respetando los propósitos del Estado, y las disposiciones de la Constitución. El concepto de justicia, en resumidas cuentas, determina que las normas jurídicas se adecuen a las normas morales. Así también lo entiende Prieto Sanchís, quien explica que:

la justicia mide la adecuación de una norma o del conjunto del sistema a un orden normativo distinto al Derecho, pero íntimamente relacionado con él, que llamamos moralidad: una norma es justa si resulta conforme con lo que manda la moral, e injusta en otro caso¹⁸⁸.

Para considerar la construcción del concepto de justicia, generalmente se entiende que la producción o elaboración de normas jurídicas, debe darse en estricto apego a lo que dispongan las normas morales. Tales normas morales, como se vio, son las que se explican en los valores que la misma Constitución determina, y también son las que se producen como voluntad de la mayoría. De esa forma, el concepto de justicia se entromete en el derecho, pero a su vez esa intromisión genera la construcción del mismo concepto de justicia. Por lo tanto, se puede decir que hay justicia cuando las normas jurídicas son el reflejo de las normas morales.

Así pues, se puede verificar que uno de los actores esenciales para la construcción del concepto de justicia es el mismo Estado, ya que generalmente a través de sus actuaciones va fortaleciendo y verificando la idea de justicia que tiene la sociedad, o que tiene la mayoría de la gente en esa sociedad. Se sabe que hace mucho tiempo atrás, el concepto de un Estado “interventor” fue ganando idea en las distintas sociedades democráticas, en base al concepto de ese tipo de Estado, se desarrolla la idea de que el Estado debe actuar “positivamente” (intervenir) dentro de las relaciones sociales, para alcanzar a impregnar el concepto de justicia en todo el país.

Al respecto, Zagrebelsky entiende que para la formación del concepto de justicia, se deben observar los “principios de justicia material”, que pretenden ser el eje de actuación del Estado, con la finalidad de alcanzar cierta igualdad entre las personas. El jurista italiano, lo explica de la siguiente forma:

¹⁸⁸ Luís Prieto Sanchís. *Op.Cit.* p. 96.

Los principios de justicia material se han ido enriqueciendo y generalizando a medida que se han hecho evidentes las consecuencias “perturbadoras” y los costes sociales de los derechos individuales orientados a la libertad [...]. Los principios de justicia vienen previstos en la Constitución como objetivos que los poderes públicos deben perseguir. El cuadro no es estático, vuelto hacia el pasado, sino dinámico y abierto hacia el futuro. El Estado no está llamado sólo a impedir, sino también a promover, empeñando positivamente para este fin sus propias fuerzas y las de los sujetos privados¹⁸⁹.

Para el citado autor, el concepto de justicia en el Estado Constitucional, debe enfocarse a crear los medios adecuados para que el principio que gobierne en la sociedad sea el de igualdad. Observando lo mencionado por Zagrebelsky, “los principios de justicia material” requieren de una participación activa del Estado, para que emplee sus fuerzas con la finalidad de alcanzar una igualdad real. De esa forma, se entiende que el concepto de justicia tiende a la igualdad, incluso sobre la libertad. El principio de libertad, es recogido, como lo mencionaba Carlos Nino, de una forma que se entienda como “libertad igualitaria”.

Ahora bien, el concepto de justicia no sólo tiene influencia directa en la formación del derecho, ni en la actividad del Estado encaminada a alcanzar la igualdad. Seguramente, una de las consecuencias más importantes de la idea de justicia para las personas, es que se entromete directamente en sus relaciones con la finalidad de que siempre sean justas. En ese sentido, se había observado en el capítulo anterior que el concepto de “derechos” cambia en el Estado Constitucional, y ya no se los entiende como la otra “cara de la moneda” de los deberes de las personas. De esa forma, los derechos pueden ser entendidos de manera autónoma, sin la necesidad de explicar que existe un deber correlativo de los demás para que se respete el pleno ejercicio de ese derecho.

De esa misma idea, se comprende que para la formación del concepto de justicia, los deberes que tienen las personas también son autónomos respecto de los derechos, y subsisten sin necesidad de que haya un derecho reconocido que se deba respetar. Ahora bien, el ejercicio de los derechos y los deberes, a pesar de que ya no sean entendidos como “dos caras de una misma moneda”, implica que las personas procuren observar que cada uno tenga o posea lo que le pertenece, sin deterioro de los derechos de los demás, con la finalidad de alcanzar la justicia. Al respecto, Tom Campbell, concluye que:

189

Gustavo Zagrebelsky. *Op.Cit.* p. 93.

Para algunos teóricos esta fórmula tiene la ventaja de ser flexible en el sentido de que deja enteramente abierta la cuestión de qué es lo que corresponde a cada persona, y también tiene la ventaja de captar la idea de que la justicia es una exigencia antes que un extra opcional. En igualdad de condiciones la gente debe recibir aquello que se le debe como una cuestión de derechos, no de gracia ni de favor. Y dado que buena parte de la regulación social puede ser vista como dirigida a asegurar que la gente reciba lo que merece a través de la especificación de las obligaciones mutuas de los miembros de una sociedad, esto explicaría las connotaciones legales de la justicia¹⁹⁰.

La justicia, nace del convencimiento de las personas acerca sobre su responsabilidad dentro de la sociedad, ejerciendo sus derechos y deberes de manera justa. Si bien las personas tienen derechos inherentes a ellas, que deben ser respetados por el Estado y por las personas privadas, también tienen responsabilidades que nacen al momento de vivir en sociedad. Ahora bien, las mencionadas responsabilidades, no se limitan al respeto a la ley, o al respeto a los derechos de las demás personas, sino que tienden a asegurar que a través de sus actuaciones, las personas responsables generen relaciones justas y conformes con los valores de la sociedad.

Finalmente, aunque ya parezca redundante, es necesario mencionar que la idea de justicia no puede entenderse en estricto apego a la ley. Si bien en el Estado Constitucional, se tiende a que las normas jurídicas sean justas, eso no implica que todo el concepto de justicia se reduzca a lo que ordena la ley, ya que existen otros actores jurídicos o sociales que pueden brindar elementos de justicia que a la misma ley se le escapan. De esa forma, Zagrebelsky hace un análisis comparativo entre los derechos y la justicia, y concluye que si bajo la idea de un Estado Constitucional, los derechos empiezan a ser autónomos respecto de la ley, necesariamente ocurre lo mismo con la justicia. El jurista, expresa esas ideas con las siguientes palabras:

El hecho de que los elementos que forman la definición jurídica de la justicia estén hoy recogidos en las Constituciones, es decir, estén constitucionalizados, sienta también en este caso, como ya sucedió con los derechos, las condiciones para la superación de la segunda gran “reducción” del positivismo jurídico del siglo XIX: la reducción de la justicia a la ley¹⁹¹.

La justicia deja de ser vista como un ideal que surge de la misma ley, o de la aplicación de aquella. Bajo la forma de un Estado Constitucional, la misma ley debe ser justa, pero el concepto de justicia es un valor superior que se impregna en todo el ordenamiento jurídico y en la sociedad en general. Una de las formas, para alcanzar

¹⁹⁰ Tom Campbell. *La Justicia*. Barcelona: Gedisa, 2002, p. 34.

¹⁹¹ Gustavo Zagrebelsky. *Op.Cit.* p. 96.

finalmente que el derecho sea justo, es que los jueces en sus decisiones observen la idea de justicia y la apliquen al caso concreto.

De esa forma, parece que una decisión judicial puede llegar a ser más importante que la misma ley, para el desarrollo del concepto de justicia. Por tal razón, una vez entendido lo que el Estado Constitucional observa como justicia, es necesario que se pase a analizar el rol o la función que los jueces cumplen dentro de la creación diaria del concepto de justicia.

3.2.3. El rol de los jueces en la construcción del concepto.

Los jueces son de fundamental importancia para la formación e integración del concepto de justicia con el derecho. La actividad judicial, debe estar encaminada a verificar que todas las relaciones jurídicas sean justas y acordes con los valores recogidos en la Constitución. Por tal razón, algunos teóricos han entendido que la justicia “es la decisión de los jueces en cada caso de controversia entorno a un derecho”¹⁹². Afirmación que resulta algo limitada para la definición misma de justicia, ya que como se vio la justicia es un valor superior, y lo que hace el juez es crear derecho que reconozca ese valor.

Sin embargo, no se puede desconocer la relevancia de las decisiones de los jueces al momento de entender el concepto de justicia. Ya que son ellos los que finalmente van dando forma, en sus decisiones, al concepto de justicia que cada sociedad reconoce como suyo. Así pues, en el Estado Constitucional y en el Estado de Justicia, ellos son los que tienen la responsabilidad de observar la moral y el derecho que se desenvuelve en cada caso concreto. La justicia, como valor e ideal supremo, se alcanza en el campo judicial, gracias a decisiones justas de los jueces.

En la actualidad, los jueces son quizás los agentes estatales más importantes de creación del derecho. Con la decadencia de la función legislativa, como función hegemónica de la creación del derecho, la tendencia teórica observa que es necesario dotar de más facultades a los jueces, para que en sus decisiones concretas hagan un estudio acerca de los derechos que están en juego en cada caso, y decidan cual es el que se debe proteger para alcanzar la justicia general.

¹⁹² Rodrigo Borja. *Op.Cit.* p. 829.

La función jurisdiccional y la justicia constitucional, cuentan con facultades importantes que les permiten verificar que las normas sean constitucionales, y sobretodo observar que sean justas. De esa forma, el derecho justo se va fortaleciendo en cada decisión de los jueces, por tal razón éstos tienen una responsabilidad necesaria en la creación del derecho. Por otro lado, la creación del derecho en los casos concretos donde dos principios y derechos entran en disputa, exige aun más “seriedad” de los mismos jueces que siempre deben actuar en conformidad con lo que dicta la justicia.

El derecho, bajo el paradigma del Estado Constitucional, deja de ser concebido simplemente como la ley, y pasa a tener una serie de elementos, que como se vio pueden llegar a ser, y de hecho lo son, más importantes que la misma ley. Todo lo que compone el derecho y el valor supremo de justicia, es reunido por los jueces para justamente seguir creando derecho y responder a los anhelos de la sociedad. Por esa razón, la función jurisdiccional alcanza la relevancia, que posiblemente ni las funciones legislativa ni ejecutiva tuvieron alguna vez en los modelos previos de Estado. Siguiendo lo dicho, Alejandro Ramírez afirma que:

El derecho como orden heterónimo del comportamiento social necesario para la cohesión de un sistema social, se integra en tres dimensiones: norma, conducta y valor. No se puede confundir con la norma que es precisamente una exigencia o prescripción de conducta social posible, ni con el comportamiento social efectivo o empírico. Menos aún con su valor, la justicia, atribuido al establecerse y al aplicarse dentro de una formación económica-social históricamente determinada¹⁹³.

En ese sentido, los jueces pasan a ser entendidos como los “unificadores del derecho”, ya que si bien esa función tiene en teoría la Constitución, en la práctica son los jueces los que van reconociendo a todo el derecho constitucionalizado y lo van compaginando para entender los casos concretos y dictar resoluciones justas que sean reflejo de lo que la sociedad aspira.

Los jueces tienen el deber de responder a los anhelos sociales de justicia, y dictaminar la manera en que el ordenamiento jurídico justo debe encaminarse. Resultarían absurdas todas las propuestas teóricas del Estado Constitucional o del Estado de Justicia, si no existiera una función estatal que procure imponer coactivamente los ideales de justicia que entiende cada sociedad. La constitucionalización del derecho, orientada a crear un ordenamiento jurídico justo, no sería aplicable de manera efectiva, si al mismo tiempo no se reconoce la importancia

193

Alejandro Ramírez Cardona. *Op.Cit.* p. 10.

que tienen los jueces para imponer el respeto a mencionado ordenamiento jurídico. De esa forma, Casares entiende que:

La realidad reclama, sin duda alguna, la imposición y el mantenimiento coactivo de un régimen de relaciones sociales conforme con la justicia [...]. Lo cual quiere decir que la dignidad de un orden jurídico no depende sólo de que sea verdaderamente justa la ordenación de los actos humanos externos en la vida de relación, sino que resguarde y promueva el ejercicio de todas las virtudes¹⁹⁴.

Por otro lado, con la finalidad de emitir decisiones que sean realmente justas, los jueces tienen la facultad teórica de ir más allá de lo que la misma ley les permite. Es decir, la justicia se sobrepone al ordenamiento jurídico establecido, y se otorga a los jueces la libertad, que se debe sujetar a la moral de la sociedad, para decidir acerca de casos que requieran un ejercicio más avanzado que la simple aplicación de la ley, y que se acerque finalmente a asegurar la justicia. Al respecto, Casares afirma que:

El juez es el legislador del caso que le está sometido. Por más que ese acto suyo, innegablemente normativo, esté subordinado a la ley que ha de aplicar, la aplicación no puede consistir sólo en remitirse a ella, pues la singularidad de cada caso es absoluta. Y como en esa singularidad está aquello sobre lo cual tiene que recaer concretamente el acto de justicia, hay un extremo de la decisión del juez que debe comunicar no ya con el texto de la ley [...], sino con esa superior intención o finalidad de justicia¹⁹⁵.

De esa forma, se entiende que los jueces finalmente tienen el deber de decidir conforme a los parámetros impuestos por el concepto de justicia que la sociedad entiende como suyo. El ordenamiento jurídico justo, no basta para asegurar que la justicia sea una realidad en la sociedad, por tal razón es necesario la existencia de jueces que entiendan el concepto de justicia y puedan crear derecho que se ajuste a lo que aquel concepto manda.

Los casos concretos son fundamentales para que los jueces desarrollen la idea de justicia dentro de la sociedad, ya que de esa forma se observa la tendencia que el concepto de justicia va tomando respecto de los derechos o del mismo ordenamiento jurídico. Gabriel Mora Restrepo, nos brinda sus apreciaciones sobre este tema, y concluye que:

Lejos de consistir en un simple razonamiento deductivo, los procesos judiciales son hoy comprendidos como una actividad racional y discursiva compleja, cuya solución depende de la combinación de distintas fuentes de juzgamiento que son valoradas, en último término, según la mirada particular y propia que cada juez hace del problema

¹⁹⁴ Tomás Casares. *Op.Cit.* p. 56.

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 156.

discutido y de la importancia y relevancia que otorga a los elementos constitutivos de cada caso¹⁹⁶.

Los jueces, tienen la obligación de resolver los casos de una manera que se imponga jurídicamente el concepto de justicia hacia las personas que entraron en disputa. El caso, exige que los jueces revisen el sentido que la justicia esta tomando en la sociedad, no solo en apego a las normas constitucionales, sino también a los valores que incluso la misma Constitución ha llegado a reconocer. La aplicación del derecho y la justicia en los casos concretos, permite el fortalecimiento de la idea de un Estado de Justicia donde el concepto de justicia guía la creación diaria de todos los elementos que conforman el derecho.

En el Estado Constitucional, la decisión de los jueces en los casos concretos debe ser un ejercicio jurídico responsable, y siempre acorde con los valores y ideales supremos de la sociedad. Para verificar que las decisiones de los jueces reflejen que ha existido un ejercicio de observación de la justicia, ha ganado fuerza en la doctrina el concepto de argumentación jurídica, que justamente tiende a explicar la forma en que los jueces deben actuar para lograr decisiones jurídicas justas.

En ese sentido, uno de los teóricos que de mejor manera ha desarrollado la idea de argumentación jurídica es Robert Alexy, quien expone de manera adecuada que los jueces en sus decisiones deben incluir contenidos morales que reflejen los propósitos de justicia en determinada sociedad. La argumentación jurídica, es la manera en que los jueces deben sustentar sus decisiones, y fortalecer los valores constitucionales en el país. Alexy, expone un breve concepto de argumentación jurídica, y analiza la manera en la que se debe llevar, sobre todo en la aplicación de los principios. De esa forma, el jurista afirma que:

El punto de partida de la teoría de la argumentación jurídica es que en la jurisprudencia se trata en definitiva siempre de cuestiones prácticas, por tanto, de lo que está ordenado prohibido y permitido. La argumentación jurídica es por ello un caso especial de la argumentación práctica en general [...]. Esto vale tanto para la subsunción bajo reglas como para la ponderación de principios. Por lo que respecta a los principios, ha quedado claro que su estructura, en cuanto mandatos de optimización, lleva a que, siempre que exhiban un contenido moral, en su aplicación haya que contestar siempre cuestiones morales¹⁹⁷.

¹⁹⁶ Gabriel Mora Restrepo. *Justicia Constitucional y arbitrariedad de los Jueces*. Buenos Aires: Marcial Pons, 2009, p. 17.

¹⁹⁷ Robert Alexy. *Derecho y Razón Práctica*. México: Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, 2006, p. 21.

Siguiendo lo expuesto por Alexy, se verifica que el ejercicio de los jueces en apego a la teoría de la argumentación jurídica es posible justamente porque los casos concretos reflejan muchas veces características distintas a otros casos. La argumentación, se convierte en la herramienta que cuenta el juez, por un lado para vincular los valores con las normas, utilizado a la moral como puente; y por otro, se elimina la posible subjetividad que puede existir cuando un juez no aplique expresamente una ley, ya que una decisión “argumentada jurídicamente” brinda elementos de seguridad para los ciudadanos que deben acatarla. De esa forma, gracias a la argumentación jurídica, los jueces tienen una herramienta teórica que les explica la forma en la que deben decidir en los casos concretos, para que finalmente se reconozca la justicia en las decisiones judiciales.

Por otro lado, se entiende que la justicia, como valor fundamental de la sociedad, establece cierto sentido o dirección que los jueces deben tomar en las decisiones de los casos concretos. Es decir, debe existir un sentido determinado que brinde una pauta previa a los jueces, con la finalidad de que sus decisiones se enmarquen en los propósitos de la sociedad. En ese sentido, Zagrebelsky hace un estudio acerca de la importancia de los valores y el sentido que deben ser observados en la construcción diaria del concepto de justicia, y concluye que:

Mientras los valores pueden ser, y de hecho son, establecidos positivamente mediante normas de principio [...], en el sentido estamos todos inmersos, incluido el legislador. El contexto de sentido es el propuesto de la posibilidad misma de recíproca comprensión. Es raro por ello, que los textos de derecho positivo se arroguen la capacidad de imponer una determinada comprensión de sentido, por que esto está notoriamente por encima no sólo de las posibilidades del derecho positivo, sino de cualquier cosa que sea positiva, en el sentido de establecida¹⁹⁸.

De esa forma, los jueces deben decidir en el “sentido” que imponga la justicia, y asegurar que los valores recogidos en la Constitución sean respetados. Como se observa, el sentido no se encuentra determinado previamente en las normas, sino más bien corresponde directamente a la idea de justicia y a los otros valores superiores de la sociedad. Respetado el “sentido” que imponga la justicia, a través de la teoría de la argumentación jurídica, se puede afirmar que el juez ha emitido una resolución justa.

198

Gustavo Zagrebelsky. *Op.Cit.* p. 138.

Finalmente, para concluir con el análisis sobre la función de los jueces en la construcción del concepto de justicia, es necesario afirmar que las decisiones de los jueces deben ser razonables, lo que implica un estricto apego a la idea de lo justo que recoge la Constitución. Para Zagrebelsky, el juez debe hacer ejercicios de “espiritualidad”, que le lleven a concluir qué es lo más justo, observando lo que la mayoría ha ordenado previamente. De esa forma, el autor italiano concluye que:

La problemática coexistencia entre los distintos aspectos que constituyen el derecho (derechos, justicia, ley) y la adecuación entre casos y reglas son cuestiones que exigen una particular actitud espiritual por parte de quien opera jurídicamente. A esta actitud, que guarda una estrecha relación con el carácter práctico del derecho, se le denomina “razonabilidad” y alude a la necesidad de un espíritu de “adaptación” de alguien respecto a algo o a algún otro, con el fin de evitar conflictos mediante la adopción de soluciones que satisfagan a todos en el mayor grado que las circunstancias lo permitan¹⁹⁹.

Las decisiones de los jueces, deben ser razonables y conformes con la idea general que existe acerca de la justicia. El espíritu, al que hace referencia el jurista italiano, es el que se va generando conforme los jueces acepten su responsabilidad como creadores del derecho, e interioricen la idea de justicia con la finalidad de decidir de una manera adecuada cada caso concreto.

Por todas las razones expuestas, se puede observar que el juez es uno de los agentes más importantes para la construcción y coerción del concepto de justicia dentro de la sociedad, ya que gracias a las decisiones que emiten, se va desarrollando y explicando aquel concepto. De esa forma, es entendible y aceptable que mencionados jueces cuenten con cierta “libertad” para crear diariamente el derecho a través de sus decisiones, siempre y cuando lo hagan de una manera responsable, que generalmente puede darse en seguimiento a la teoría de la argumentación.

3.3. Los derechos, el derecho y la justicia.

3.3.1. El derecho y la justicia en el Estado de Justicia.

“Que el derecho tiene algo que ver con la justicia parece indiscutible, aunque sólo sea porque esa relación se halla firmemente arraigada en nuestro lenguaje

¹⁹⁹

Ibidem, p. 147.

cotidiano”²⁰⁰. Es algo común escuchar a las personas referirse al derecho y a la justicia, como palabras que se encuentran estrechamente vinculadas, ya que normalmente se piensa que la justicia nace del derecho, o que los jueces en sus decisiones “hacen justicia”.

Ahora bien, el derecho ciertamente se encuentra estrechamente vinculado al concepto de justicia, de una manera en que trata de recoger jurídicamente sus propósitos, para crear el derecho justo que todas las sociedades esperan. Es decir, del derecho no nace propiamente la justicia, sino que a la inversa, la justicia como valor supremo de la sociedad brinda los postulados elementales para la creación diaria del derecho, lo que finalmente nos acerca al derecho justo.

En los apartados anteriores, se trató de prestar atención al concepto de justicia que se desarrolla en los distintos modelos de Estado. Por lo que, para continuar con el presente análisis es necesario que se vinculen esas ideas en relación con el derecho, ya que finalmente esa relación es la que interesa al Estado de Justicia. Como bien explica Luís Prieto Sanchís:

Todas las culturas y todos los sistemas éticos hablan de justicia, pero con frecuencia difieren a la hora de establecer los criterios de la misma. Pero no es éste un problema que debe preocuparnos ahora, porque lo que nos interesa no es dilucidar qué es la justicia [...], sino el papel que desempeña en relación con las normas jurídicas²⁰¹.

Seguramente, lo más importante para entender los postulados teóricos de los distintos modelos de Estado, es la concepción de derecho que en cada uno de ellos se tiene. Así por ejemplo, se observó que en el Estado Constitucional de Derecho, el derecho empieza a ser concebido como un sistema de garantías, que necesariamente se vincula a ciertos valores constitucionales, y entre ellos sin duda la justicia. Es decir, en la actualidad el concepto de derecho, no puede entenderse como algo desvinculado completamente de la justicia, ni afirmar que tal justicia nace directamente del derecho.

En ese sentido, la construcción del derecho justo, debe darse en observación a los valores de la sociedad, ya que de esa forma el derecho facilita que la justicia se haga una realidad. Posiblemente, la mejor forma de vincular la construcción del derecho en relación con tales valores, sea la que propone el neoconstitucionalismo metodológico, que afirma la necesidad de observar a la moral vigente previamente a la redacción de normas o a la creación de todo el derecho. Así lo entiende Prieto Sanchís, quien afirma

²⁰⁰ Luís Prieto Sanchís. *Op.Cit.* p. 95.

²⁰¹ *Ibidem*, p. 96.

que:

Una norma jurídica es justa cuando su contenido se adecua a lo establecido en otra norma, esta vez no jurídica sino moral. Dejando de lado el caso de las normas moralmente indiferentes [...], toda regla jurídica puede ser evaluada desde el punto de vista de la justicia; es decir, toda norma resulta justa o injusta²⁰².

El derecho justo, según el jurista español, deviene de su adecuación a las normas que impone la moral. Es decir, el derecho como sistema de garantías, necesariamente debe reflejar la moral o las normas morales que rigen a determinada sociedad. De esa forma, se puede observar que una norma es justa o injusta, siendo justa cuando ha sido creada en concordancia con la moral, y más específicamente con la justicia. Esa es la manera en que el derecho empieza a entenderse como un fruto de la moral y de la justicia, ya no como algo autónomo que impone la idea de justicia a las personas.

En el mismo sentido, Casares afirma que: “el orden jurídico concreto se identifica con la ley positiva; pero hay algo antes que ella: esos primeros principios de lo justo a los cuales debe la ley subordinarse para ser ley en sentido propio, por que no lo es la ley injusta”²⁰³. Por tal razón, es necesario que los actores jurídicos sean responsables a la hora de crear derecho, ya que las normas jurídicas deben guardar estrecha vinculación con los valores o con la justicia para irle dando forma al derecho justo que requiere la sociedad.

Como se observa, la moral juega un papel fundamental en la creación del derecho, ya que sirve de puente para que el derecho en correspondencia con la justicia, pueda considerarse como un derecho justo. Mencionada moral, es la que corresponde a los apegos culturales de cada sociedad, y debe entenderse que en un Estado Constitucional y en un Estado de Justicia, se encuentra determinada en la misma Constitución. Es decir, los valores y principios constitucionales, brindan la pauta para concluir cuáles son los apegos morales de la sociedad.

El vínculo de la moral con el derecho, como un elemento relevante para la formación del derecho justo, es el camino que la justicia tiene para impregnarse en el ordenamiento jurídico y en las actuaciones de todas y cada una de las personas que forman parte de la misma sociedad. Así pues, es explicable que todas las personas, y en particular los actores jurídicos, tengan mayores grados de responsabilidad a la hora de elaborar o poner en práctica el derecho.

²⁰² *Ibidem*, p. 97.

²⁰³ Tomás Casares. *Op.Cit.* p. 160.

Siguiendo esa línea de ideas, parece entendible que la vinculación del derecho con la justicia, pretenda fortalecer a ambos conceptos mutuamente, ya que construyen una relación de bilateralidad donde el uno explica los propósitos o ideas del otro. En ese sentido, se pretende que el derecho justo, bajo el modelo de Estado de Justicia, brinde la posibilidad de defender y hacer efectivos los propósitos de la sociedad, para que finalmente ya no hayan normas injustas, y se procure que las relaciones jurídicas de las personas siempre reflejen algún sentido de justicia. Al respecto, Augusto Morello verifica que el derecho y la justicia pueden fortalecerse mutuamente, y afirma que:

Nos parece, además, que el compromiso del derecho con la Justicia, y el de ambos con la vida, se hace más sensible y de una mayor comprensión lo que beneficia al conjunto [...]. No olvidemos que tanto el derecho como la justicia y con mayor razón el sincretismo “Estado de Justicia”, concentran ambas misiones y fines, en una coalición que potencia a las dos (el Derecho y la Justicia), con mayor razón en el tiempo en que las contradicciones de la evolución, el contexto, se acrecientan en situaciones adversas injustas²⁰⁴.

Para el autor argentino, el Estado de Justicia procura la vinculación del derecho con la justicia, y por ende la existencia de un derecho justo. De esa forma, los conceptos de derecho y de justicia, entendidos en conjunto, se fortalecen recíprocamente con la finalidad de que juntos logren alcanzar a cubrir con todos los propósitos de la sociedad. Es decir, una de las finalidades del derecho no es crear justicia, sino más bien reconocerla y efectivizarla.

Por otro lado, como se vio, también los jueces cuentan con la “libertad” como actores jurídicos de emitir decisiones que reconozcan el valor supremo de justicia. Propiamente, los jueces “no hacen justicia”, lo que hacen es crean derecho justo observando las particularidades de cada caso concreto, y verificando que todas las normas del ordenamiento jurídico guarden conformidad con la Constitución. De esa forma, no basta la sola existencia de un ordenamiento jurídico justo, o de un derecho justo, sino que es necesaria la presencia de jueces capaces de hacer efectivo ese ordenamiento en concordancia con la justicia.

Ahora bien, a invocación del derecho a la justicia, pretende sobretodo que el concepto de derecho sea considerado como justo. Las normas jurídicas, las decisiones judiciales, y demás fuentes del derecho, deben procurar ser justas y responder a las normas morales que son previas a la creación del derecho. De esa forma, quizá, el

²⁰⁴

Augusto Morello. *Op.Cit.* p. 11.

propósito del derecho no es simplemente convertirse en un derecho justo, sino que procura finalmente inducir a las personas a actuar en respuesta a los parámetros que impone la justicia.

Las personas deben procurar ser justas, y actuar en conformidad con lo que establezca el derecho justo y la misma justicia. En ese sentido, toma fuerza la idea de Zagrebelsky cuando se refería a la importancia de un “espíritu” justo de los jueces para decidir sobre casos concretos y crear derecho; sin embargo, se entiende que los jueces no son los únicos que deben procurar tener mencionado espíritu, y la afirmación del jurista italiano se extiende a todas las personas que forman parte de la sociedad.

De esa forma, Ingo von Münch entiende que “la justicia tiende a actuar; el derecho tiende a fijar por escrito, definir y juzgar... La persona justa instituye una realidad en la que existe una estrecha interrelación entre moral y realidad”²⁰⁵. De la afirmación del autor, se puede observar que las personas justas, a las que nos referimos, deben actuar en conformidad con la moral y la justicia, a través de lo que mande el derecho justo. Por lo que, si bien las personas deben actuar en estricto apego a las normas jurídicas, resulta más importante que dentro de sus actuaciones se observe la existencia de respeto a la justicia y a la moral de la sociedad.

En ese sentido, se puede citar a Tomás Casares, quien de igual forma entiende que las actuaciones de las personas deben ser sobre todo conformes con lo que establece la justicia. El autor argentino, explica que:

Todas las relaciones jurídicas reposan en definitiva, sobre una cierta disposición de voluntad [...]. No es el sistema de leyes, materialmente considerado sino la justicia del sistema, lo que debe determinar la voluntad. La virtud de justicia no es, en la concepción jurídica, una cuestión accesoria sólo referente a la perfección individual. Ello implicaría el grave error de confundirla con la virtud de obediencia. La virtud de justicia debe ser juzgada no por la perfección que logra en el sujeto internamente, sino por la perfección que establece en la relación jurídica²⁰⁶.

De esa forma, se entiende que la justicia se encamina a internarse en el “espíritu” de las personas, con la finalidad de alcanzar que todas las relaciones jurídicas sean perfectas, es decir sean justas. Las personas, en ese sentido, deben actuar con voluntad propia y convencimiento de que lo que hacen es realmente justo y contribuye con los ideales del valor de justicia que ha reconocido la misma Constitución o que se va desarrollando en el ejercicio diario del derecho.

²⁰⁵ Ingo von Münch. *Op.Cit.* p. 293.

²⁰⁶ Tomás Casares. *Op.Cit.* p. 19.

Finalmente, para concluir el presente apartado, se puede citar nuevamente a Casares, quien afirma que: “el derecho es, pues, el objeto de la virtud de la justicia. No en relación al sujeto que practica esta virtud sino con respecto a la relación misma que se establece en esa práctica; relación con otro en cuanto tal”²⁰⁷. Es decir, el derecho es el medio, a través del cual, las personas establecen relaciones jurídicas justas, siempre y cuando ese derecho sea justo con anterioridad. Sólo así, se podrá afirmar que la justicia se ha entrometido definitivamente en el “espíritu” y en las diversas relaciones jurídicas que se den en la sociedad.

3.3.2. El ejercicio de los “derechos justos”.

Para concluir con el análisis teórico del Estado de Justicia, es necesario que se haga una breve puntualización acerca del concepto de “derechos justos” que se ha mencionado a lo largo de la redacción de todo el presente capítulo. Ya que el ejercicio de los derechos, en este modelo de Estado, se pretende que se efectúe de una manera justa en la sociedad. Es decir, observando la idea de que muchas veces resulta más importante la generalidad que la individualidad, los derechos se sujetan a esa idea con la finalidad de asegurar una justicia real en el país.

De esa forma, la idea de igualdad social, que se había explicado en el concepto de Estado de Justicia Social, impone ciertos parámetros para el ejercicio de los derechos, que necesariamente se deben aplicar con el objetivo de alcanzarla. En ese sentido, la Constitución de la República del Ecuador es clara, y en su art. 3 establece que entre los deberes primordiales del Estado, está justamente la meta de alcanzar esa igualdad a través del desarrollo de los derechos.

Se observa en el numeral uno, del artículo mencionado, que uno de los principales deberes del Estado, es “garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes”. Se puede observar, que el asambleísta constituyente ha hecho una particularización en cuanto a la protección de ciertos derechos que se los puede considerar sociales o generales.

207

Ibidem, p. 24.

Parece que de esa forma, se pretende impulsar constitucionalmente la idea de que hay derechos que son de principal interés y preocupación para el Estado, y que incluso se protegerá o preferirá a estos derechos, por sobre algunos que son de carácter individual, con la finalidad de alcanzar una igualdad real en el Ecuador. Esto, implica de alguna forma, que el ejercicio de los derechos individuales deben ajustarse a los intereses generales de toda una sociedad, ya que son los derechos generales o sociales los que marcan el camino para consagrar la justicia en el país.

Avanzando en el análisis del artículo en mención, el numeral cinco establece que el Estado debe “planificar el desarrollo nacional, erradicar la pobreza, promover el desarrollo sustentable y la redistribución equitativa de los recursos y la riqueza, para acceder al buen vivir”. Se observa en el citado numeral, que el constituyente a trazado el camino para alcanzar el “buen vivir”, que es uno de los valores fundamentales para el nuevo Estado ecuatoriano, y que a la larga, tiene influencia directa sobre la idea de lo que es justo o injusto, sobre la moral de las personas, y sobre el mismo ordenamiento jurídico.

De esa forma, se puede verificar que el ejercicio de los derechos debe estar acorde con el denominado “buen vivir”, ya que sólo en respeto a ese valor constitucional se puede afirmar que las personas practican sus derechos de manera justa. Las ideas de “erradicación de la pobreza” y “redistribución equitativa de los recursos”, reflejan, por ejemplo, que las relaciones jurídicas que establezcan las personas no pueden alejarse o atentar contra esos propósitos del Estado, ya que dejan de ser justas y afectan a los derechos de la generalidad.

En definitiva, parece que todo el texto constitucional se encamina a establecer que el Ecuador sea una sociedad “justa”, donde primen los intereses de la generalidad por sobre los individuales, con la finalidad de alcanzar la igualdad real. El ejercicio de los derechos, debe darse de una manera justa, respetando esos propósitos que ha establecido el Estado, y contribuyendo con convencimiento a la construcción del Estado de Justicia. Por tal razón, los teóricos del Estado de Justicia, afirman que uno de los principales elementos de este modelo de Estado, es la participación activa de las personas en la construcción del concepto de justicia.

Para continuar con el análisis de los “derechos justos”, en concordancia con las ideas obtenidas de la Constitución ecuatoriana, se puede citar a Augusto Morello, quien afirma que a través del Estado de Justicia, y mediante el ejercicio diario de los derechos justos, finalmente se alcanzará una sociedad justa. El jurista argentino, concluye que:

El derecho, dúctil y conforme con las mutaciones de la realidad, también está dispuesto a cambiar, innovar, reemplazar, interpretar de forma finalista y de manera concreta, sin evadirse al coto de las declaraciones y líricas aspiraciones de la libertad abstracta. Con otro giro, el Estado de Justicia vela y asegura la concreción de los derechos, los hace posibles, merced a la gravitación de los valores. Es decir, al configurarse el acabado boceto de Estado de Justicia, se forja la vigencia verdadera, real, de un derecho justo en una sociedad justa²⁰⁸.

El ejercicio de los derechos justos en una sociedad justa, debe ser el reflejo de la observancia a los valores fundamentales de la sociedad. En ese sentido, se entiende que en Ecuador, los derechos justos son aquellos que las personas ejercen con la finalidad de alcanzar el “buen vivir”. El ejercicio diario de los derechos, dentro de relaciones jurídicas justas, no puede despegarse de la idea del “buen vivir”, ya que ese valor recoge las propuestas para ejercer los derechos de una manera justa.

Ahora bien, las personas deben tener un grado alto de convencimiento del ideal de justicia, y ejercer sus derechos de una manera justa para alcanzar la “igualdad” dentro de la sociedad. En ese sentido, se puede citar a Prieto Sanchís, quien afirma que: “si nos consideramos moralmente obligados a obedecer algunas normas del Derecho será por que consideramos que esas normas son moralmente justas, no por el mero hecho de que formen parte de un sistema jurídico”²⁰⁹.

El reconocimiento como justo al ordenamiento jurídico, permite que las personas acaten sus disposiciones ya que se encuentran “moralmente obligados” a hacerlo. De esa forma, progresa la idea de una actitud “espiritual” hacia el respeto de la idea de justicia que tiene la sociedad. Por tal razón, se entiende que es de gran relevancia, como se explicó en el apartado anterior, que el derecho se vincule con la justicia, y permita constituirse como un derecho justo. La ausencia de un ordenamiento jurídico justo, impediría que las personas acepten que se encuentran moralmente obligadas a reconocerlo, y menos aún establecerían relaciones jurídicas justas.

Los derechos justos se ejercen, una vez que el ordenamiento jurídico se ha creado en conformidad con los valores constitucionales y con la justicia. Así pues, las personas interiorizan la necesidad de establecer relaciones jurídicas justas encaminadas a verificar el orden en el que se debe fundamentar una sociedad que se considere justa. Mencionado orden social, debe ser el reflejo de los anhelos de la mayoría de personas

²⁰⁸ Augusto Morello. *Op.Cit.* p. 10.

²⁰⁹ Luís Prieto Sanchís. *Op.Cit.* p. 96.

de la sociedad, y debe establecer los parámetros en que los derechos de la generalidad guían el ejercicio de los derechos individuales inherentes a cada persona.

Al respecto, es posible citar a Tomás Casares, quien afirma que en la sociedad siempre debe existir cierto orden que se sobrepone a la individualidad, y se encamina a proteger el progreso conjunto de todos los actores sociales. El jurista argentino, concluye que:

la vida social es una realidad ineludible –no hay manera de subsistir fuera de la vida social, sin desmedro de la condición humana-. Ella es sólo posible en el orden. Este será a veces imperfectismo, pero donde hay convivencia hay siempre, necesariamente, un cierto orden que se sobrepone a toda individualidad. De lo contrario la convivencia sería imposible en absoluto. Y, para sobrepone la norma del orden a las libertades individuales en virtud de la razón y no sólo por la fuerza, ese orden tiene que contemplar las exigencias lícitas de todas las individualidades y las exigencias del ser social que el conjunto de las individualidades constituye²¹⁰.

El autor entiende que vivir en sociedad es algo necesario para alcanzar los fines de los humanos, que de alguna manera se los puede resumir en la idea de alcanzar la “dignidad humana”. En ese sentido, dentro de la sociedad existe un orden que esta por sobre los derechos individuales, mencionado orden consiste al parecer en la actividad del Estado, que debe encaminarse a imponer ciertos parámetros de igualdad, justamente con la finalidad de brindar la posibilidad para que las personas alcancen la igualdad.

El sentido en que el orden estatal se impone sobre las individualidades, trata de explicar la idea de que hay derechos generales que se encaminan a alcanzar y consagrar la idea de justicia real dentro de la sociedad. Tal justicia, dentro del Estado de Justicia, es la que nos lleva a imaginar que el Estado pretende lograr la igualdad real y efectiva de las personas, a través de la inclusión y el convencimiento de que deben actuar en acorde a los valores supremos que ha recogido la misma Constitución.

De esa forma, por ejemplo, el ejercicio de los derechos justos debe entenderse como la aceptación interna de las personas de que viven en sociedad, y por lo tanto de procurar el respeto de los derechos de todos, sin ningún tipo de discriminación. Así, se entiende que las personas empiezan a respetar los derechos de los demás, y actúan con la obligación de no menoscabar los derechos de los otros, aceptando lo que le pertenece a cada persona por el simple hecho de serlo. Tomás Casares, al respecto afirma que:

²¹⁰ Tomás Casares. *Op.Cit.* p. 24.

lo debido es, del punto de vista de aquel a quien es debido, lo propio de él, lo que le pertenece, aquello a lo que tiene derecho; en una sola palabra: su derecho. En el acto de la virtud de justicia hay el reconocimiento de una pertenencia ajena, de una propiedad, de la dependencia de algo con respecto a alguien²¹¹.

Las personas que ejercen sus derechos de una manera justa, reconocen la importancia de los derechos de las demás personas, y la importancia de los derechos de toda la sociedad. El respeto a los derechos de los demás, como se analizó, nace de un convencimiento moral de respetar el ordenamiento jurídico justo, ya que se entiende que de esa forma se logra consagrar la justicia en la realidad del país. Vale resaltar que todos los actores sociales deben hacerlo, para que pueda afirmarse que la sociedad es justa y ha logrado cumplirse los propósitos del Estado.

Finalmente, vale resaltar que la justicia, como valor supremo a seguir, se entromete en la idea de derechos justos, y logra interiorizarse en las relaciones jurídicas haciéndolas justas. En ese sentido, se puede citar a Casares, quien afirma que:

La justicia no es una virtud primordialmente referente a la perfección del sujeto [...]. Siempre una virtud practicada perfecciona a quien la practica. Lo que ante todo procura la justicia es un orden de relaciones, que se actualiza fuera del sujeto, y no depende substancialmente de la íntegra perfección moral del mismo²¹².

Como se puede observar en el análisis de los derechos justos, se entiende que es un concepto que se acerca sustancialmente a la idea de Estado de Justicia Social, ya que propone que las personas actúen de cierta manera para que los derechos de la generalidad sean respetados, y finalmente se consagre la realización de los valores que la Constitución reconoce. De esa forma, se fortalece la idea de igualdad dentro de la sociedad, y se entiende que el Estado se encamina a hacerla efectiva.

²¹¹ *Ibidem*, p. 23.

²¹² *Ibidem*, p. 25.

4. Conclusiones.

Una vez que ha concluido el presente análisis teórico y se ha explicado, lo más detalladamente posible, las propuestas de cada modelo de Estado que Ecuador ha adoptado en la Constitución del 2008, es necesario que a manera de conclusión se hagan una serie de reflexiones finales, valga la redundancia, con la finalidad de entender el verdadero avance o alcance de la definición de Estado Constitucional de Derechos y Justicia.

De esa forma, durante la redacción de las conclusiones, es inevitable que primeramente se recuerde la hipótesis planteada con la finalidad de tener claros cuáles eran los propósitos que buscaba cumplir la presente investigación; posteriormente, se debe hacer una conclusión específica de cada capítulo; y finalmente, redactar una reflexión general acerca del concepto de Estado Constitucional de Derechos y Justicia y la forma en que se diferencia del clásico Estado de Derecho.

En ese sentido, vale recordar que los propósitos del presente trabajo, consistían en explicar los postulados teóricos de cada modelo de Estado reconocido en la Constitución (Estado Constitucional, Estado de Derechos, Estado de Justicia), asumiendo que cada uno de aquellos impone aportes distintos no sólo para el concepto mismo de Estado, sino también para el entendimiento del derecho en general. De esa manera, investigar las propuestas de cada modelo de Estado, nos ayudo a entender el verdadero alcance del concepto de Estado Constitucional de Derechos y Justicia, y la influencia que tiene sobre el concepto de derecho.

El trabajo pretendía acercarse directamente a la realidad ecuatoriana, con la finalidad de representar un aporte objetivo a la serie de discusiones jurídicas que se han generado sobre todo a partir de los últimos años tras la aprobación de la Constitución del año 2008. Por tal razón, las fuentes consultadas y el esquema con el que se planteo la redacción de éste trabajo, estuvo dirigido a entender específicamente la situación del Ecuador. Para eso, fue de real importancia consultar a los autores internacionales que explican adecuadamente las nuevas tendencias del constitucionalismo, y observar de igual forma, cómo lo han ido entendiendo los juristas ecuatorianos y sobre todo cómo lo ha ido entendiendo la Corte Constitucional de Ecuador, que en sus resoluciones ha tratado de explicar algunos conceptos que en el trabajo se detallan.

Detenernos a estudiar los postulados teóricos del nuevo modelo de Estado, sin duda alguna representa un aporte trascendental para la realidad ecuatoriana, ya que, como se vio en el desarrollo de la presente tesis, de su teoría se desprende la nueva forma de entender al derecho y a otros conceptos que históricamente han estado vinculados a él. Comprender a cabalidad la modificación teórica del modelo de Estado tras la aprobación de la Constitución del 2008, resulta necesario ya que sólo así se puede apreciar de manera objetiva todos los cambios que se proponen en el nuevo ordenamiento constitucional. En ese sentido, concluida la investigación, he podido reafirmar que la adopción del nuevo modelo de Estado, realmente impone modificaciones conceptuales relevantes para entender la forma en la que debe ser entendido el derecho ecuatoriano en la actualidad.

Ahora bien, la disposición primera de la Constitución del 2008, como ya se menciono, junta al Estado Constitucional con otros modelos de Estado, como el Estado de Derechos y el Estado de Justicia, afirmando que Ecuador es un Estado Constitucional de Derechos y Justicia. Esa unificación ha provocado que la gran mayoría de teóricos e incluso los agentes del poder público lleguen a confundir los postulados de cada modelo de Estado en uno solo. Por tal razón, tratando de escapar de esa confusión y con la finalidad de brindar una herramienta de estudio objetiva, este trabajo pretendía analizar las características de cada modelo de Estado por separado.

En la investigación, pude percibir que algunos actores jurídicos ecuatorianos, entre ellos la Corte Constitucional, a veces incurren en el error de explicar los contenidos conceptuales del Estado Constitucional de Derechos y Justicia afirmando que es un modelo de Estado “simple”, es decir, que no tiene composición alguna de diversos conceptos. En ese sentido, generalmente terminan asimilando al Estado Constitucional de Derechos y Justicia con el Estado Constitucional de Derecho, lo que, como se vio, es un error grave ya que excluye las propuestas teóricas de los otros modelos de Estado que forman parte del concepto.

Siguiendo lo dicho, es necesario volver a mencionar que el presente trabajo pretendía demostrar que el Estado Constitucional de Derechos y Justicia representa un modelo distinto de Estado al que propone el Estado de Derecho que se encontraba descrito en la Constitución de 1998, ya que es un concepto diferente, con otros postulados, y con otra forma de concebir al derecho. Sin embargo, para explicar de mejor manera el tema, fue necesario confirmar también que el Estado Constitucional de Derechos y Justicia, es un tipo de Estado que reúne tres modelos de Estado distintos

(Estado Constitucional, Estado de Derechos, y Estado de Justicia). Y, para entender adecuadamente el concepto de éste nuevo modelo de Estado, resultó necesario hacerlo explicando las propuestas teóricas de cada uno de los modelos de Estado enunciados y que son recogidos en la definición “Estado Constitucional de Derechos y Justicia”.

De esa forma, con la finalidad de alcanzar a cubrir objetivamente la hipótesis planteada, el presente trabajo se dividió en tres capítulos. Cada capítulo intentó explicar ordenadamente los postulados teóricos de los modelos de Estado desarrollados en la Constitución, con la finalidad de exponer detalladamente las propuestas que cada uno de ellos aporta a la construcción conceptual del Estado Constitucional de Derechos y Justicia. En los distintos apartados que componen el presente trabajo, se procuró que se alcance a diferenciar a cada modelo de Estado, y la forma en que conjuntamente se diferencian del clásico Estado de Derecho.

Así también, se propuso hacer especial énfasis directo en la realidad ecuatoriana, que es la que más nos interesa, y en cada capítulo se trató de observar la manera en la que los “nuevos” conceptos jurídicos son entendidos en nuestro país. Ciertamente, se logró percibir que la carga teórica del moderno concepto de Estado tiene una influencia directa en la forma que debe ser comprendido el derecho en el Ecuador, imponiendo determinados parámetros de actuación a los diversos actores jurídicos, quienes deben comportarse de una forma que permita reflejar un acercamiento a las teorías propuestas por el nuevo concepto de Estado.

En ese sentido, el primer capítulo explica la transición que plantea la Constitución del 2008, en base a la modificación conceptual del mismo Estado de Derecho. Para eso, se verificó que históricamente han existido dos corrientes teóricas que explican al Estado de Derecho, y que proponen diversas concepciones sobre el mismo derecho. Se explicó a cada una de ellas, con la finalidad de comprender detalladamente sus propuestas y las corrientes jurídicas que las acompañan, y así verificar que ciertamente existe una profunda modificación de ciertos conceptos.

Se empezó analizando los postulados teóricos del Estado Legal de Derecho, que es concebido como el Estado de Derecho formalista ya que propone que debe existir un estricto apego a la ley formal. De esa forma, se pudo comprobar que éste tipo de Estado fue el que predominó en Ecuador hasta la aprobación de la Constitución del 2008, y el que de alguna manera impuso determinados parámetros de actuación a los distintos actores jurídicos que forman parte de nuestra sociedad y que se han formado jurídicamente en observancia de las propuestas del Estado Legal.

Se observo que el positivismo jurídico, como teoría del derecho, y bajo la forma de un Estado Legal, dominó en la realidad nacional ocasionando que nuestro derecho sea reducido a lo que determina la ley. También, se analizó que el principio de legalidad ha sido el principio rector en la esfera nacional, imponiendo que los agentes públicos actúen simplemente en base a lo que establece la misma ley. Es decir, en el Ecuador, hasta la aprobación de la nueva norma constitucional, predomino el legalismo exacerbado con la finalidad de brindar seguridad jurídica a las personas que debían regirse a las leyes formalmente aprobadas por la función legislativa.

Sin embargo, quedó demostrado que mencionado modelo de Estado empieza a decaer tras los sucesos de la Segunda Guerra Mundial, donde se verificó que el estricto apego a la ley puede ocasionar que se desvíen los propósitos del Estado de Derecho, y facilitar la actuación de gobiernos autoritarios que encontraban su legitimidad en la misma ley. De esa forma, toma fuerza la idea de que el derecho debe componerse nuevamente de los valores sociales y no ser simplemente un conjunto de normas que no recogen los anhelos de la sociedad.

El Estado Constitucional de Derecho, empieza a tener mayores seguidores en el mundo entero y sus propuestas terminan por derrumbar a la escuela del positivismo jurídico, y modifican el concepto de principio de legalidad, que es sustituido en importancia por el principio de constitucionalidad. Las Constituciones, dejan de ser concebidas como normas políticas y de escasa relevancia en el quehacer diario de las personas encargadas de “hacer” derecho, y pasan a ser concebidas como normas jurídicas que se entrometen en todo el ordenamiento jurídico a través del procedimiento denominado “constitucionalización del derecho”.

En Ecuador, la transición del Estado Legal al Estado Constitucional de Derecho, implicó un proceso lento y largo, pero que finalmente termina siendo una realidad con la aprobación de la Constitución del 2008. Es decir, en la actualidad nacional se ha superado históricamente las propuestas del Estado Legal, lo que implica que el derecho pasa a tener una nueva concepción, tal y como se lo explico en el desarrollo del trabajo. De esa forma, es claro que se ha dejado atrás a las propuestas teóricas del positivismo jurídico, y se ha empezado a invocar a la moderna teoría del neoconstitucionalismo que basa sus postulados en la explicación del proceso de constitucionalización del derecho y la forma en que se vuelve a vincular al derecho con determinados valores y con la moral.

Mencionada transición, en el Ecuador se verifica observando el contenido de la misma Constitución, que ciertamente se encuentra cargada de valores; y, observando las resoluciones de la Corte Constitucional, que se ha propuesto ser el órgano encargado de dirigir la transición del modelo de Estado, en la práctica. Tarea que al máximo órgano de control constitucional le ha resultado complicada, ya que los actores jurídicos del país se han formado siguiendo los parámetros del positivismo jurídico y del Estado Legal, y seguramente en sus actuaciones, muchos de ellos, van a desobedecer las propuestas metodológicas del neoconstitucionalismo.

Ahora bien, la adopción del modelo de Estado Constitucional, resulta una tarea aun más complicada si se verifica que las propuestas de éste modelo de Estado se encaminan a garantizar el pleno y efectivo goce de todos los derechos que están determinados en la Constitución. Nuestro país, debe encaminarse a entender adecuadamente las implicaciones reales que tiene vivir en un Estado Constitucional, y procurar seguir al pie de la letra la extensa doctrina que se ha desarrollado al respecto, sólo así podrá ser efectiva en la práctica la transición del Estado Legal al Estado Constitucional. De lo contrario, las propuestas del Estado Constitucional, quedarán simplemente como una teoría suelta que se describe en la Constitución, pero que no refleja las actuaciones del Estado y de las personas que forman parte de la sociedad.

En el segundo capítulo del presente trabajo, se analizó las propuestas teóricas del Estado de Derechos. Mencionado modelo de Estado, ha causado una gran controversia ya que Ecuador es el único país en el mundo que constitucionalmente se define como tal. De esa forma, investigando la doctrina que hay en la materia, he podido percibir que existen dos posibles acepciones del Estado de Derechos. Por un lado, la doctrina ha tratado al Estado de Derechos como sinónimo del Estado Constitucional de Derecho, lo que implicaría que la Constitución ecuatoriana ha caído en un pleonismo jurídico al definir al Ecuador como un “Estado Constitucional de Derechos”.

Y por otro lado, hay quienes opinan que el Estado de Derechos es un modelo de Estado distinto al Estado de Derecho, ya que tiene propuestas modernas y ciertamente diferentes. De esa forma, ha lo largo de la investigación realizada, observando las dos acepciones mencionadas, pude comprobar que el asambleísta constituyente de Ecuador ha intentado introducir la última acepción de Estado de Derechos en la definición del artículo 1, lo que refleja que hay una inclusión de propuestas diferentes a las del Estado Constitucional.

Los teóricos que analizan al Estado de Derechos, observan que su nacimiento se genera justamente porque el Estado de Derecho, tanto material como formal, ha entrado en una crisis generalizada y ha sido incapaz de cubrir todos los anhelos de las personas. De esa manera, el Estado de Derechos nace abrazado a las teorías y propuestas del Estado Constitucional de Derecho, pero se diferencia principalmente por la superación histórica del monismo jurídico y el reconocimiento a la posibilidad de convivir en un sistema jurídico plural que reconozca normas que no son creación propia del ente estatal.

En ese sentido, en Ecuador se reconoce constitucionalmente la transición del monismo jurídico al pluralismo jurídico, abriendo la posibilidad de que coexistan varios sistemas jurídicos dentro de una misma sociedad. La Constitución, de esa manera, y bajo el principio de supremacía constitucional, tiene la importante función de determinar en qué forma se entiende al pluralismo jurídico en nuestro país y qué normas o sistemas son los que se reconocen y pasan a tener la misma importancia que las decisiones y normas emanadas de la actividad del Estado.

Siguiendo lo dicho, se observa que dentro de la misma creación del derecho producido por el Estado, se supera la idea de que la ley es la única norma con efectos generales y directos, y se faculta constitucionalmente a la Corte Constitucional y a la función ejecutiva, a emitir decisiones y políticas públicas, respectivamente, con efectos similares a los de una ley, con la finalidad de superar definitivamente el centralismo en la creación del derecho.

Por otro lado, y en apego estricto a las propuestas del pluralismo jurídico, se observó que la Constitución de Ecuador hace un explícito reconocimiento al Derecho Indígena, principalmente, y al Derecho Internacional. De esa forma, constitucionalmente se han creado los medios, por lo menos en teoría, para brindar los caminos adecuados de la inclusión definitiva de mencionados sistemas y ordenamientos jurídicos.

El salto cualitativo que ha dado el Ecuador en este sentido, es de trascendental importancia para el reconocimiento de los derechos de todas las personas que forman parte del país. Se espera, de esta forma, que se logre cubrir con los anhelos y expectativas de todos los ciudadanos equitativamente, especialmente de aquellos que siguen obedeciendo a sus leyes y normas ancestrales, que ciertamente les representan en mayor grado que las leyes emitidas por la función legislativa.

Por otro lado, dentro del mismo Estado de Derechos, se estudio la nueva concepción de los derechos fundamentales que propone el Estado Constitucional y por ende también el Estado de Derechos. Se pudo observar que en la actualidad hay una nueva forma de entender a los derechos fundamentales, ya no como simples derechos públicos subjetivos, sino como derechos inherentes a las personas por el simple hecho de serlas. Mencionados derechos, tienen una carga valorativa importante, y representan el verdadero límite a las actuaciones del Estado y de los privados.

En Ecuador, es necesario que se entienda adecuadamente ésta moderna concepción de los derechos fundamentales, ya que cambia radicalmente el contenido de ellos y la forma en la que deben ser ejercidos. De igual manera, el Estado tiene la obligación de brindar garantías adecuadas con la finalidad de poder hacer efectivo el goce de éstos derechos, y evitar que sean vulnerados por el mismo Estado y en general por todas las demás personas. Solamente, en estricto apego a eso, se puede comprobar que en Ecuador se vive en un Estado de Derechos.

Finalmente, en el capítulo tercero, se hace énfasis en el Estado de Justicia, que como se vio, no es una realidad en la práctica, sino que más bien pretende ser una etapa superior al Estado de Derecho. De esa forma, se observa que el Estado de Derecho, en nuestro caso el Estado Constitucional de Derecho, debe encaminarse o procurar transformarse en un Estado de Justicia, lo que finalmente parece ser cada vez más probable ya que el mismo Estado Constitucional propone observar específicamente al concepto de justicia como un valor supremo a seguir.

De la investigación realizada, se desprendió la idea de que pueden existir dos tipos de Estado de Justicia: el Estado de Justicia Social y el Estado de Justicia Judicial. Cada uno de ellos con propuestas distintas, pero no excluyentes, y con propósitos diversos que fueron explicados con detalle a lo largo de la redacción de mencionado capítulo.

Destaca sobretodo, que bajo la idea del Estado de Justicia Social, el concepto de igualdad es el que tiene predominancia en la construcción diaria del derecho y en el accionar de las personas que deben procurar siempre ser “justas”. Al parecer, si el Ecuador intenta convertirse en un Estado de Justicia Social, debe hacerlo en observancia e imposición de la igualdad real de las personas. De esa forma, es entendible que los valores en los que se fune el moderno Estado, y que están recogidos en la misma Constitución, hagan énfasis en la idea de igualdad real; de redistribución de la riqueza; y, de acciones afirmativas del Estado, lo que se resume en el “Buen Vivir”.

Si el Ecuador quiere avanzar al Estado de Justicia Social, el Estado debe utilizar su maquinaria y dirigirla a lograrlo procurando alcanzar una igualdad real en las personas, que a su vez, deben estar convencidas que mencionada igualdad es la que representa sus anhelos. Las personas, en resumidas cuentas, son las que mayor importancia tienen en la construcción de este tipo de Estado, ya que deben ejercer sus derechos de manera justa, como se explico en el texto, y deben procurar realizar relaciones jurídicas justas. Así entonces, la idea de lo social se impone por sobre lo individual, y el Ecuador pasaría a ser un Estado donde las personas tengan sólo lo que realmente necesiten, y sin menoscabo de los derechos de las demás personas.

Por otro lado, la evolución a un Estado de Justicia Judicial, coloca a los jueces como los principales agentes creadores del derecho, que en sus decisiones tienen la obligación de crear derecho justo y establecer jurídicamente lo que es justicia para cada sociedad. En ese sentido, la actividad judicial debe regirse principalmente por la idea de justicia, y en base a la asimilación de lo que es justo crear derecho que represente los anhelos de las personas y el camino para construir una sociedad justa.

En Ecuador, parece que hemos tomado el camino para alcanzar a convertirnos en los dos tipos de Estado de Justicia, ya que por un lado, se observa que los jueces poco a poco van ganando mayor terreno en la creación del derecho; y por otro, los valores constitucionales inducen a pensar que la idea de igualdad se va imponiendo en la construcción del derecho ecuatoriano, y a través de las acciones afirmativas del Estado se está tratando de que esa igualdad sea una realidad.

La idea de justicia en el Ecuador, está tomando el rumbo que le ha impuesto la Constitución. De esa forma, el concepto de lo justo se va desprendiendo de los demás valores constitucionales, y necesariamente se ha de entrometer en la actividad diaria de las personas. El Estado “Justo”, procurará que las personas establezcan relaciones jurídicas justas, y que el ejercicio de sus derechos también sea justo. El Estado, utilizando a la Constitución, tratará de crear el convencimiento en las personas de que el desarrollo igualitario es el justo, y que la redistribución de la riqueza es necesaria para cumplir con los postulados teóricos del Estado de Justicia.

Una vez finalizada la conclusión que se ha desarrollado por la investigación realizada en cada capítulo, es posible hacer una reflexión general sobre lo que implica que el Ecuador viva actualmente en un “Estado Constitucional de Derechos y Justicia”, tal y como lo ha definido la Constitución. Todos los conceptos que han sido analizados, son de fundamental importancia para entender las implicaciones teóricas que tiene vivir

en éste modelo de Estado, y al parecer fueron juntadas en el artículo 1 con la finalidad de procurar que se establezca con claridad la situación actual del Ecuador y el camino a seguir durante los siguientes años.

“El Estado Constitucional de Derechos y Justicia”, es un modelo de Estado que concebido en su conjunto no puede existir en la realidad teórica y práctica. Ya que, como se vio, el Estado de Justicia es un modelo teórico a seguir, es el paso siguiente del Estado de Derecho, y el que Ecuador pretende alcanzar alguna vez. De esa forma, parece que la definición adecuada del art. 1 de la Constitución debería haber sido: “El Ecuador es un Estado Constitucional de Derechos y será un Estado de Justicia”. Sin embargo, el asambleísta constituyente ha preferido juntar todos los modelos de Estado en uno sólo, y de esa forma a logrado generar una confusión generalizada al momento de leer el texto constitucional.

Para evitar mencionada confusión a la que invita la definición del artículo 1, fue necesario realizar el trabajo de la forma en la que se hizo, y así procurar esclarecer cuáles son las verdaderas propuestas teóricas del moderno concepto de Estado ecuatoriano en su conjunto. Así como también, observar cuáles son las intenciones reales que se tienen en la búsqueda de la igualdad, que ciertamente se reflejaran en la actividad del Estado y que deben manifestarse continuamente en la actividad de los privados.

Como se ve, hay una modificación radical de conceptos en el derecho ecuatoriano. Al parecer, el camino es arduo y largo para que el denominado “Estado Constitucional de Derechos y Justicia” sea una realidad en el país, pero se ha observado que la actividad estatal esta procurando alcanzarlo. En ese sentido, destaca ciertamente la participación de la Corte Constitucional, que ha procurado ser el principal agente de cambio del derecho ecuatoriano, pero que en esa lucha también ha cometido errores emitiendo decisiones que se alejan de las propuestas teóricas del modelo de Estado en el que vivimos.

La efectividad en la práctica, del Estado Constitucional de Derechos y Justicia, requiere de un compromiso activo por parte de todos los ciudadanos, quienes deben procurar estar al tanto de los contenidos teóricos que se proponen en la Constitución. Este trabajo, a través de la investigación realizada, espera haber sido un aporte importante para comprender las connotaciones que tiene el haber abandonado el clásico Estado de Derecho, y el adoptar las modernas teorías constitucionales que se desarrollaron en Europa algún tiempo atrás.

Bibliografía.

- Aguiló Regla, Joseph. “Sobre las contradicciones (tensiones) del constitucionalismo y las concepciones de la Constitución”. *El Canon Neoconstitucional*. Ed. Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.
- Alexy, Robert. *Derecho y Razón Práctica*. México: Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, 2006.
- Alexy, Robert. “Derechos Fundamentales, ponderación y racionalidad”. *El Canon Neoconstitucional*. Ed. Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.
- Arango, Rodolfo. *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Legis, 2005.
- Atienza, Manuel. *El sentido del Derecho*. Barcelona: Ariel, 2001.
- Ávila, Ramiro. “Ecuador Estado Constitucional de Derechos y Justicia”. *La Constitución del 2008 en el contexto andino*. Ed. Ramiro Ávila. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Ávila, Ramiro. “El Constitucionalismo ecuatoriano, breve caracterización de la Constitución de 2008”. *Tendencias del Constitucionalismo en Ibero América*. Ed. Miguel Carbonell, Jorge Carpizo y Daniel Zovatto. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2009.
- Bassa Mercado, Jaime. *El Estado Constitucional de Derecho*. 2da. ed. Santiago: Legal Publishing, 2009.
- Bernal Pulido, Carlos. *El Derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.
- Bodenheimer, Edgar. *Teoría del Derecho*. Bogotá: Fondo de Cultura Económica, 1997.

- Borja, Rodrigo. *Enciclopedia de la Política*. 3ra. ed. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 2002.
- Borja, Rodrigo. *Sociedad, Cultura y Derecho*. Quito: Planeta, 2007.
- Burneo, Ramón. *Derechos y Garantías constitucionales en el Ecuador*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2008.
- Campbell, Tom. *La Justicia*. Barcelona: Gedisa, 2002.
- Carbonell, Miguel. *Neoconstitucionalismo y Derechos Fundamentales*. Quito: Cevallos, 2010.
- Casares, Tomás. *La Justicia y el Derecho*. 3ra. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.
- Chinchilla, Tulio. *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?*. 2da. ed. Bogotá: TEMIS, 2009.
- Comanducci, Pablo. “Constitucionalización y Neoconstitucionalismo”. *El Canon Neoconstitucional*. Ed. Miguel Carbonell y Leonardo García. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.
- Cueva Carrión, Luís. *Acción Constitucional Ordinaria de Protección*. Quito: Ediciones Cueva Carrión, 2009.
- Díaz, Elías. *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*. 6ta ed. Madrid: Cuadernos para el dialogo EDICUSA, 1975.
- Engle Merry, Sally. “Pluralismo Jurídico”. *Pluralismo Jurídico*. Ed. Daniel Bonilla Maldonado. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2007.
- Escarrá, Carlos. “Modelo de Estado Establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (implicaciones)”. *Tendencias del Constitucionalismo en Ibero América*. Ed. Miguel Carbonell, Jorge Carpizo y Daniel Zovatto. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2009.

- Ferrajoli, Luigi. "Pasado y futuro del Estado de Derecho". *Estado de Derecho*. Ed. Miguel Carbonell, Wistano Orozco y Rodolfo Vázquez. México: Siglo Veintiuno, 2002.
- Ferrajoli, Luigi. *Derechos y Garantías*. 6ta. ed. Madrid: Trotta, 2009.
- Ferrajoli, Luigi. "Derecho y Dolor. La crisis actual del paradigma constitucional". *El Canon Neoconstitucional*. Ed. Miguel Carbonell y Leonardo García. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.
- García de Enterría, Eduardo. *Justicia y Seguridad Jurídica en el Mundo de las leyes desbocadas*. Madrid: Civitas, 2000.
- García de Enterría, Eduardo. *La lucha contra las inmunidades del poder*. 3ra. ed. Madrid: Civitas, 2004.
- García de Enterría, Eduardo. Fernández, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo I*. Buenos Aires: Civitas- La Ley, 2006.
- García, Fernando. "La justicia indígena: del monismo jurídico a la interlegalidad". *La transformación de la Justicia*. Ed. Santiago Andrade Ubidia y Luis Fernando Ávila. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- Griffiths, John. "¿Qué es el pluralismo jurídico?". *Pluralismo Jurídico*. Ed. Daniel Bonilla Maldonado. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2007.
- Guastini, Riccardo. *Estudios de Teoría Constitucional*. México: Doctrina Jurídica Contemporánea. UNAM, 2007.
- Häberle, Peter. *El Estado Constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 2007.
- Kelsen, Hans. *¿Qué es la justicia?*. Buenos Aires: Editorial Leviatán, 1981.
- Marienhoff, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I*. 5ta. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2003.
- Mora Restrepo, Gabriel. *Justicia Constitucional y arbitrariedad de los Jueces*. Buenos Aires: Marcial Pons, 2009.

Morello, Augusto. *El Estado de Justicia*. La Plata: Librería Editora Platense, 2003.

Navas, Antonia. Navas, Florentina. *El Estado Constitucional*. Madrid: Dykinson, S.L., 2009.

Nino, Carlos. "Justicia". *El Derecho y la Justicia*. Ed. Ernesto Garzón Valdés y Francisco Laporta. 2da. ed. Madrid: Trotta, 2000.

Peces-Barba, Gregorio. *Derechos sociales y positivismo jurídico*. Madrid: Dukinson, 1999.

Pérez Ordóñez, Diego. "Sobre el Estado de Derecho". *El juego de la democracia*. Ed. Fabián Corral y Diego Pérez Ordóñez. Quito: Taurus, 2005.

Plazas Vega, Mauricio. *Del realismo al trialismo jurídico*. 2da. ed. Bogotá: Temis, 2009.

Ponce Martínez, Alejandro. *Derecho Procesal Orgánico*. Quito: Fundación Antonio Quevedo, 1991.

Pozzolo, Susana. "Reflexiones sobre la concepción neoconstitucionalista de la Constitución". *El Canon Neoconstitucional*. Ed. Miguel Carbonell y Leonardo García. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.

Prieto Sanchís, Luís. *Apuntes de Teoría del Derecho*. 4ta.ed. Madrid: Trotta, 2009.

Radbruch, Gustav. *Introducción a la Filosofía del Derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 2010.

Ramírez Cardona, Alejandro. *El Estado de Justicia más allá del Estado de Derecho*. 3ra. ed. Bogotá: El Buho, 2006.

Ross, Alf. *Sobre el Derecho y la Justicia*. 5ta. ed. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1994.

- Rota, Patricia. *El principio de legalidad y la forma del acto administrativo*. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2009.
- Sánchez Castañeda, Alfredo. “Los orígenes del pluralismo jurídico” . *Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morineau. Tomo I Derecho Romano e Historia del Derecho*. Ed. Nuria González Martín. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2006.
- Trujillo, Julio Cesar. *Teoría del Estado en el Ecuador*. Quito: Corporación Editora Nacional, 1994.
- Vidal Perdomo, Jaime. *Introducción al Control Constitucional*. Bogotá: Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2009.
- Vila Casado, Iván. *Fundamentos del Derecho Constitucional Contemporáneo*. Bogotá: Legis, 2007.
- Von Münch, Ingo. “¿Estado de derecho versus justicia?”. *Estado de Derecho y Democracia*. Ed. Josef Thesing. Buenos Aires: CIEDLA, 1999.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Dimensión Política de un Poder Judicial Democrático*. Quito: Corporación Latinoamericana para el Desarrollo.
- Zagrebelsky, Gustavo. *El Derecho Dúctil*. 3ra. ed. Madrid: Trotta, 1999.
- Zavala Egas, Jorge. *Curso Analítico de la Constitución Política de la República del Ecuador*. Guayaquil: EDINO, 1996.
- Zavala Egas, Jorge. *Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica*. Guayaquil: Edilex, 2010.

Plexo Normativo.

Corte Constitucional. Sentencia Interpretativa 002-08-SI-CC. Quito D. M., 10 de Diciembre de 2008. Registro Oficial Suplemento 487 de 12 de Diciembre del 2008.

Corte Constitucional. Sentencia 001-10PJO-CC. Sentencia de Jurisprudencia vinculante. Gaceta Constitucional N. 001. . Quito, D.M., 22 de Diciembre del 2010. Registro Oficial segundo suplemento 351 de 29 de Diciembre de 2010

Corte Constitucional. Sentencia 0011-09-SEP-CC. Registro Oficial Suplemento 637 de 20 de Julio de 2009.

Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia de Jurisprudencia vinculante 001-10PJO-CC. Quito, D.M., 22 de Diciembre del 2010. Gaceta Constitucional N. 001. Registro Oficial Segundo Suplemento 351 de 29 de Diciembre de 2010.

Corte Constitucional. Sentencia No. 013-09-SEP-CC. Quito, D. M., 14 de julio de 2009. Registro Oficial Suplemento 638 de 21 de Julio del 2009.

Corte Constitucional. Resolución 627. Quito, D. M., 14 de Octubre de 2009. Registro Oficial Suplemento 24 de 11 de Diciembre del 2009.

Corte Constitucional . Sentencia 001-10-SIN-CC. Quito, D. M., 18 de Marzo del 2010. Registro Oficial Suplemento 176 de 21 de Abril del 2010.

Corte Constitucional. Sentencia 0008-09-SAN-CC. Quito, D. M., 09 de Diciembre del 2009. Registro Oficial Suplemento 97 de 29 de Diciembre del 2009.

Corte Constitucional. Sentencia 0001-09-SCN-CC. Quito D. M., 14 de Mayo del 2009. Registro Oficial Suplemento 602 de 1 de Junio del 2009.

Corte Constitucional. No. 001-09-SEP-CC. Quito, D. M., 31 de Marzo de 2009. Registro Oficial Suplemento 571 de 16 de Abril del 2009.

Tribunal Constitucional. Resolución en la que asume la calidad de Corte Constitucional. Registro Oficial Suplemento 451. Quito 22 de Octubre de 2008.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Registro Oficial
Segundo Suplemento 52. Quito 22 de Octubre 2009.

Constitución Política de la República del Ecuador (1978).

Constitución Política de la República del Ecuador (1998).

Constitución de la República del Ecuador (2008).