



UNIVERSIDAD DEL AZUAY

ESCUELA DE POSGRADOS

PROGRAMA DE ESPECIALIDAD EN DERECHO CONSTITUCIONAL

**EL POSTULADO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y JUSTICIA. UN ENFOQUE
CONCEPTUAL**

**TRABAJO DE GRADUACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ESPECIALISTA EN
DERECHO CONSTITUCIONAL.**

AUTOR: DR. SEBASTIÁN ALEJANDRO DE LOS REYES PIEDRA.

DIRECTOR: DR. REMIGIO AUQUILLA LUCERO

CUENCA, ECUADOR

2012

A Yany, la persona más especial e importante de mi vida.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

Dedicatoria.....	ii
Índice de contenidos.....	iii
Resumen.....	v
Abstract.....	vi
Introducción.....	1
Capítulo I: EL ESTADO.....	3
1.1- Noción histórica.....	3
1.1.1.- El poder del Estado.....	4
1.1.2.-El pueblo del Estado.....	5
1.1.3.- El territorio del Estado.....	7
1.2.- El estado legal concepto	9
1.3.- El tránsito del Estado legislativo al Estado constitucional.....	15
1.4.- El Estado constitucional de Derecho.....	19
Capítulo II: EL ESTADO CONSTITUCIONAL EN EL ECUADOR.....	21
2.1.- Condiciones necesarias de constitucionalización.....	21
2.1.1.- Constitución rígida.....	21
2.1.2.- La garantía jurisdiccional de la Constitución.....	22
2.1.3.- Fuerza Vinculante de la Constitución.....	22
2.1.4.- La sobreinterpretación de la Constitución.....	22
2.1.5.- La aplicación directa de la normas constitucionales.....	24
2.1.6.- La aplicación conforme de las leyes.....	25
2.1.7.- La influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas...	
252.2.- ¿La Constitución de 1998 estado legislativo? Un breve análisis.....	26
2.3.- La Constitución ecuatoriana de 2008 y su proclamación.....	30
de Estado constitucional de derechos y justicia.....	30
2.3.1.- El Estado constitucional.....	30
2.3.2.- El Estado de derechos.....	33
2.3.2.1.- Pluralidad jurídica.....	33
2.3.2.2.- La centralidad de los derechos.....	35
2.3.3.- El Estado de justicia.....	37

Capítulo III: LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.....	40
3.1.- Los derechos fundamentales una aproximación teórica.....	40
3.1.1.- La tesis de la integralidad de los derechos.....	42
3.1.2.- La tesis de la continuidad estructural de los derechos.....	43
3.1.3.- La distinción entre derechos y garantías.....	45
3.2.- La dignidad.....	46
3.3.- El contenido esencial de los derechos fundamentales.....	47
3.3.1- Teoría Absoluta.....	50
3.3.2.- Teoría Relativa.....	51
 Capítulo IV:EL DERECHO POR PRINCIPIOS, EL DERECHO POR	
REGLAS.....	53
4.1.- Los principios.....	53
4.1.1- Clasificación de los principios.....	55
4.2.- Las reglas: todo o nada.....	58
4.2.1.- La crítica a la concepción de todo o nada de las reglas.....	61
4.3.- Alexy. Los principios como mandatos de optimización.....	62
 CAPÍTULO V: LA FUNCION JUDICIAL EN EL ESTADO	
CONSTITUCIONAL.....	67
 CONCLUSIONES.....	75
 BIBLIOGRAFÍA.....	81

RESUMEN.

El presente trabajo es una investigación conceptual relativa al postulado del Estado constitucional de derechos y justicia, y aborda teóricamente los siguientes temas: el Estado, su evolución histórica, el Estado decimonónico hasta la llegada al Estado constitucional de derechos y justicia; la noción conceptual de los derechos fundamentales; la clasificación de las normas jurídicas en reglas y principios; y, la función de los jueces en el esquema del Estado constitucional.

ABSTRACT.

The present document is a conceptual research focus on the postulate of state of rights and justice. This research focus on the following theoretical topics: The State, its historical evolution; the Free State until the arrival of the constitutional State of rights and justice; the conceptual notion of fundamental rights; the classification of juridical regulations and principles; and the duties of judges in the constitutional State

INTRODUCCIÓN.

La aprobación a finales del año 2008 de una Constitución no es un tema que puede pensarse como un suceso sin mayor importancia para el Ecuador (a pesar de nuestra larga historia en sustituir con regularidad las cartas constitucionales), por el contrario la Constitución de 2008 es un hecho histórico trascendente porque aparece en un momento y escenario poco común para la historia democrática del Ecuador, no es posible olvidar que el Ecuador desde 1979 hasta 2006 mantuvo una intensa convulsión política.

La posibilidad de ensayar una vez más con un nuevo texto constitucional que incorpore un modelo institucional que corrija los errores de pasado es mirada por las autoridades gubernamentales como indispensable y el 28 de septiembre de 2008 se aprueba, mediante referéndum, la actual Constitución que está en vigencia desde el 20 de octubre de 2008.

La Constitución, norma jurídica fundamental que expresa los valores y principios sobre los cuales existe un considerable consenso en la sociedad, debería ser un texto entendido y ampliamente discutido por todos los integrantes de un Estado; sin embargo, ni los órganos del poder público, en especial la función jurisdiccional, ni la academia y menos aún la población en general han tomado en *serio* a la Constitución, lo cual evidencia la poca importancia que como sociedad hemos dado al complejo objetivo de construir un Estado democrático; no obstante, de esa tarea pendiente, la Constitución 2008, a pesar de ser un texto finito e incompleto, como cualquier creación del ser humano, sobrepasa cualitativamente a la Constitución de 1998 y se alinea con los temas más progresistas y revolucionarios del constitucionalismo occidental, y por otro lado, incorpora una serie de elementos propios de nuestra historia pre-colonial.

Hoy vemos que el modelo estatal aprobado en Montecristi ha generado básicamente dos posiciones en la Ciencia del Derecho. Por un lado están los seguidores del neoconstitucionalismo y por otro los detractores de dicha doctrina; pero, el modelo del Estado constitucional antes de ser aceptado o criticado tiene que ser estudiado, y bajo esa perspectiva el presente trabajo está orientado a exponer, desde el punto de

vista conceptual, y con la mayor claridad posible, los elementos esenciales del Estado constitucional de derechos y justicia.

En esa virtud, y consientes de nuestras propias limitaciones, el trabajo está dividido en cinco capítulos, los cuales desarrollan los siguientes aspectos. El primer capítulo, aborda el Estado, sus elementos, el Estado legislativo del siglo XIX y su tránsito al Estado constitucional. El segundo capítulo explica cuáles son las condiciones necesarias de constitucionalización del ordenamiento jurídico y compara dichas condiciones con el texto constitucional de 1998 con la finalidad de establecer si dicha Constitución implementaba o no los elementos característicos del Estado constitucional, posteriormente el análisis del capítulo está orientado a explicar el Estado constitucional, el Estado de derechos y el Estado de justicia. El tercer capítulo desarrolla la noción conceptual de los derechos fundamentales, la dignidad y la cláusula de intangibilidad del contenido esencial de los derechos fundamentales. El cuarto capítulo aborda un tema poco pacífico para la doctrina constitucional la distinción de las normas en reglas y principios; y, el último capítulo explica las características de la función jurisdiccional en el Estado constitucional.

CAPÍTULO I. EL ESTADO

1.1.- Noción histórica.

Para desarrollar un análisis de la institución que en la actualidad se denomina: *Estado constitucional*, es imprescindible comenzar la presente investigación con el origen histórico del Estado; sin embargo, previamente resulta conveniente precisar el concepto y los elementos característicos del Estado. La fórmula de organización jurídica y política que ahora conocemos como Estado, es una institución reciente en la historia de la humanidad.

El autor Rodrigo Borja al abordar su estudio respecto del Estado, inicia el capítulo relativo a él con un texto destacado por su claridad: “El Estado constituye el régimen de coexistencia humano más amplio y complejo de cuantos ha conocido la historia del hombre y representa la primera forma propiamente política de organización social en la que el poder se institucionaliza tórnase impersonal.”¹

En la doctrina constitucional, y en la literatura política, la mayoría de autores han definido al Estado por la confluencia de tres elementos: poder, territorio, y pueblo, considerando a ellos como elementos constitutivos del Estado; así, el Estado es “un ente social que se forma cuando, en un territorio determinado, se organiza jurídicamente un pueblo que se somete a la voluntad de un gobierno” (P. Biscaretti di Ruffia).

“Estar en desacuerdo con dicha definición resulta prácticamente imposible. Por su puesto que el Estado es eso. Pero también los son todas las formas políticas sin excepción que han existido en la historia de la humanidad. Pues siempre que ha existido una forma política es que ha existido poder, esto es, dominación de unas persona sobre otras y, en consecuencia, tiene que haberse producido ese fenómeno dentro de una determinada población y tiene que haberse ejercido sobre un determinado soporte físico, sobre un territorio.

¹ Rodrigo Borja Cevallos, *Derecho Político y Constitucional*, México, Fondo de Cultura Económica, última edición, 1991, p. 35

Poder, territorio y población no son, por tanto, elementos constitutivos de la definición del Estado, si no elementos constitutivos de la definición de todas las formas políticas históricamente conocidas sin excepción.”²

¿Qué es entonces lo que convierte al Estado en un régimen político radicalmente diferente del resto? “El principio de igualdad. Esto es lo que diferencia al Estado de todas las demás formas políticas históricamente conocidas. El Estado es la única forma política que arranca de la afirmación del principio de igualdad y que sólo alcanza su desarrollo cuando dicho principio ha adquirido políticamente la fuerza de auténtico prejuicio popular. Ése es el secreto del Estado, aquello que explica la configuración específica que asumen esos tres elementos comunes a todas las formas políticas...”³

Una vez aclarado que el principio de igualdad es el aspecto que diferencia al Estado del resto de organizaciones políticas, es necesario repasar brevemente sus elementos.

1.1.1.- El poder del Estado.

El Estado es un poder político, sin embargo, un poder político en régimen de monopolio; en esa virtud, un poder que no reconoce la presencia de adversarios. Al ser el principio de igualdad el elemento característico y cualificador del Estado, el mismo interviene directamente en los elementos de su configuración. El poder en el Estado se encuentra concentrado en una instancia objetiva que se relaciona por igual con todos los individuos; es decir, los individuos son iguales porque todos están sometidos por igual al poder.

El monopolio de poder se conoce con el concepto de **soberanía**. “El Estado es soberano porque es un poder único dentro de sus fronteras y porque es un poder independiente con sus relaciones con los demás Estados.”⁴ Entonces, la soberanía se

² Javier Pérez Royo, *Curso de Derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 8va ed., p. 73.

³ *Ibíd.*, p. 74.

⁴ *Ibíd.*, p. 74.

predica exclusivamente del poder del Estado y excluye, en línea de principio, la existencia de otros centros de poder político al margen del Estado.

“De ahí el carácter liberador del Estado, en la medida en que suprime todas las desigualdades personales de las formas políticas anteriores, transformando un orden social, presidido por el concepto de privilegio en otro presidido por el concepto de derecho. El monopolio de poder convierte al individuo en ciudadano, en titular de derechos. Pero de ahí también su carácter potencialmente opresor, en la medida en que concentra el poder como no había ocurrido antes en la historia de la humanidad. En la desconfianza hacia el posible uso en que se pudiera hacer el monopolio del poder, es donde encontraría su fundamento la reivindicación de la garantía de los derechos y la división de poderes, de la que nacería la Constitución escrita.”⁵

1.1.2.- El pueblo del Estado.

El concepto de pueblo es esencialmente indeterminado y vago; no obstante, el presente trabajo exige algunas precisiones sobre el tema. Se podría decir que el pueblo del Estado es “el grupo de seres humanos que viven en comunidad como resultado de una adaptación geográfica y que en conjunto constituyen una unidad social orgánica, dotada de espíritu e ideales comunes y la cual se le atribuyen derechos y deberes políticos...”⁶.

En el Antiguo Régimen los seres humanos fueron considerados súbditos; mientras que, en el Estado los seres humanos, en especial una clase, conforme explicaremos más adelante, se convertirán en ciudadanos. De tal manera que el Estado permite que el individuo deje de ser considerado un súbdito y pase a ser un sujeto conformador del poder político en condiciones de igualdad. Esto es lo específico de la población del Estado y el tránsito que ocurre entre el Antiguo Régimen y el Estado.

La ciudadanía es una expresión, lamentablemente, limitada del principio de igualdad ya que únicamente supone igualdad y libertad de las personas que pertenecen a una determinada organización estatal. Es preciso señalar que no todos los seres humanos

⁵ Ibídem, p. 77.

⁶ Rodrigo Borja, op. cit., p. 44.

son ciudadanos, sólo son ciudadanos aquellos que tiene una determinada relación con el Estado, aquellos que participaron en el <contrato social>.

Vale la pena revisar, a pesar de ser algo larga, la cita del profesor español Javier Pérez Royo en relación al tema de la ciudadanía y la igualdad: “La ciudadanía-nacionalidad es, por tanto, una expresión limitada del principio de igualdad. Con una potencialidad expansiva prácticamente ilimitada hacia el interior del Estado. Con limitaciones importantes cuando se intenta penetrar desde fuera. De ahí todas las dificultades que se han planteado y se siguen planteando en relación con los extranjeros como titulares de derechos y de ahí también los obstáculos que los Estados establecen para dificultar la obtención de la nacionalidad.

Justamente por eso, la historia interna del Estado ha sido la historia del avance del principio de igualdad en todas las esferas de la vida social y política, con la consiguiente extensión a las mismas de la categoría en que la igualdad se expresa: el derecho.

Los derechos fundamentales, aunque teóricamente han sido formulados como derechos inherentes a la persona humana y, por tanto, previos a toda organización política, históricamente han sido una creación del Estado, esto es, de la supresión de la desigualdad característica de las formas políticas anteriores. El Estado ha sido no el presupuesto teórico, pero sí histórico de los derechos fundamentales. Y de ahí que tales derechos hayan ido creciendo en calidad y cantidad a medida que se ha ido expandiendo el ámbito de acción del Estado como consecuencia del avance del principio de igualdad.

Es por esta identificación histórica de los derechos fundamentales como derechos ciudadanos por lo que los Estados han tenido que definir con precisión criterios con los que identificar a los ciudadanos, esto es, a los nacionales, así como también los criterios que permitirán a quienes no lo son de <manera natural> (*iussanguinis iussoli*) adquirir dicha condición”.⁷

⁷ Javier Pérez Royo. op. cit., p. 78-79

El texto transcrito del profesor español nos permite arribar algunas conclusiones realmente importantes, en relación a la población del Estado.

La ciudadanía es una expresión limitada del principio de igualdad, y por tanto de libertad, que es aplicable únicamente para las personas que pertenecen a una determinada organización política; esto es, a un Estado.

Sí bien todos los seres humanos son iguales; sin embargo, *políticamente* sólo son iguales los ciudadanos.

La ciudadanía es expansiva en el interior del Estado y tiene limitaciones importantes para los individuos que quieren entrar desde fuera, extranjeros.

La ciudadanía, como concepto jurídico político, ha tenido considerables avances en el Derecho en relación a los ciudadanos.

Los derechos fundamentales, derechos inherentes a la persona humana, y previos a cualquier organización política, son una creación del Estado; entonces, el Estado es el presupuesto histórico de los derechos fundamentales.

En razón de la identificación histórica de derechos fundamentales como derechos ciudadanos, los Estados han establecido mecanismos para identificar a sus ciudadanos y además han conformado criterios para permitir a quienes no son ciudadanos ingresar a dicha categoría. Los países del denominado primer mundo han dificultado cada vez más los requisitos para la nacionalidad de los extranjeros, situación que implica un trato de discriminación para éstos e incompatible con la noción actual de derechos humanos.

1.1.3.- El territorio del Estado.

El territorio constituye el soporte físico donde el poder político del Estado se ejerce. La delimitación territorial de un Estado es una cuestión de central importancia, para la existencia del mismo.

“El suelo o base física, mirado desde el punto de vista jurídico y referido al Estado, recibe el nombre de **territorio**. Por consiguiente, éste es un concepto complejo formado por un elemento objetivo: **el suelo**, y por un elemento subjetivo: la **relación jurídica** entre el suelo y el Estado. Así lo ha entendido Jellinek: “La tierra sobre que se levanta la comunidad Estado -dice- considerada desde un aspecto jurídico, significa el espacio en el que el poder del Estado puede desenvolver su actividad específica, que es la del poder público. En este sentido la tierra se denomina territorio”. Aludiendo también a la cuestión jurídica, Kelsen, afirma que el territorio es el espacio al que se circunscribe la validez del orden jurídico estatal, y Duguit lo define como el límite material de la acción efectiva de los gobernantes.”⁸ Por tanto, con el advenimiento del Estado en la historia se pasa del poder de base personal propio de la Monarquía Absoluta, al poder de base territorial.

Ahora bien, sí el poder del Estado es un poder que se ejerce en términos de monopolio, y el principio de igualdad es el elemento que caracteriza y diferencia al Estado en relación con las otras formas políticas pre-estatales, como hemos ya señalado, entonces el poder único del Estado debe limitarse territorialmente.

Finalmente, respecto del territorio del Estado debe precisarse que, la zona patrimonial del Estado comprende: a) territorio aéreo, b) territorio superficial (terrestre, marítimo, fluvial y lacustre) y c) territorio subterráneo.

El título de este apartado es noción histórica del Estado; no obstante, previo a explicar el desarrollo histórico del Estado, era necesario precisar en qué sentido debía entenderse el Estado, porque esta investigación aborda el estudio del Estado. Ahora, entendido el Estado, es posible hacer un muy breve repaso de la llegada del Estado en la historia del poder político.

El Estado no fue conocido en la comunidad primitiva, existió la gens, la tribu o la agrupación de tribus, y como autoridades se encontraban personas elegidas por toda la población y encargadas de ejercer determinadas funciones sociales, pero el

⁸ Rodrigo Borja, op. cit., p. 47.

Estado, como forma de organización política y esencialmente jurídica, no hacía su ingreso en la historia. Solamente a partir del renacimiento empiezan a diferenciarse los elementos que hoy lo caracterizan, orden jurídico unitario, poder centralizado, burocracia, ejército, presupuesto, sistema, tributario, etc.

Lo determinante es señalar que en la edad media no existió el Estado, éste apareció a partir del Renacimiento que históricamente representó un esfuerzo de unificación nacional que dio lugar al afianzamiento del absolutismo monárquico, momento a partir del cual se comenzarán a configurar los caracteres del Estado Moderno.

1.2.- Estado legal concepto.

La expresión Estado de derecho corresponde a la tipología de forma de Estado del siglo XIX, diferente del Estado bajo el régimen de la fuerza (Estado absoluto) del siglo XVII y del Estado bajo el régimen de policía del siglo XVIII.

El Estado de derecho del siglo XIX es una creación cuyo objetivo central es la eliminación de la arbitrariedad en el ámbito de la actividad estatal que afecta a los ciudadanos. Es comprensible la idea central del Estado de derecho, si las formas predecesoras de aquél son una relación en la cual primero está la imposición del poder y luego el Derecho; mientras que, el Estado de derecho tiene como propósito regular el poder a través del Derecho. El postulado del Estado de derecho que pretende la eliminación de la arbitrariedad en la actividad estatal, es una formulación teórica abierta, un concepto carente de contenidos; por ello, la historia demuestra que el postulado Estado de derecho pudo llenarse con los contenidos más variados, por ejemplo regímenes totalitarios.

“El calificativo Estado de Derecho se podía aplicar a cualquier situación en que se excluyese, en línea de principio, la eventual arbitrariedad pública y privada y se garantizase el respeto a la ley, cualquiera que ésta fuese. Al final, todos los Estados, por cuanto situaciones dotadas de un orden jurídico, habrían debido llamarse genéricamente de derecho. Llegaba ser irrelevante que la ley impuesta se resolviese en medidas personales, concretas y retroactivas; que se las hiciera coincidir con la voluntad de un Führer, de un Soviet de trabajadores o de Cámaras

sin libertades políticas, en lugar de con la de un parlamento libre; que la función desempeñada por el estado mediante la ley fuese el dominio totalitario sobre la sociedad, en vez de la garantía de los derechos de los ciudadanos.”⁹

Sin embargo, el Estado de derecho de naturaleza liberal es otra cosa, y es una categoría absolutamente importante y revolucionaria para la sociedad occidental.

El Estado de derecho o estado legal en su vertiente liberal incorpora una connotación sustantiva en cuanto a las funciones y fines del Estado. Para entender la noción liberal del Estado se debe señalar que el inicio de la organización estatal es la sociedad, y sus exigencias, y no la autoridad; por lo tanto, dicha noción: sociedad y sus exigencias primero y luego la autoridad, es totalmente compatible con la inversión de la noción del poder, propia del Estado de derecho, según la cual el Derecho regula y uniforma al ejercicio del poder, y no al revés, como acontecía con el Estado Monárquico o el Estado Policía.

“En la clásica exposición del derecho administrativo de Otto Mayer, la idea de Rechtsstaat, en el sentido conforme al estado liberal, se caracteriza por la concepción de la ley como acto deliberado de un parlamento representativo y se concreta en: a) la supremacía de la ley sobre la Administración; b) la subordinación a la ley, y sólo a la ley, de los derechos de los ciudadanos, con exclusión, por tanto, de que los poderes autónomos de la Administración puedan incidir sobre ellos; c) la presencia de jueces independientes con competencia exclusiva para aplicar la ley, y sólo la ley, a las controversias surgidas entre los ciudadanos y entre éstos y la Administración del Estado. De este modo, el Estado de derecho asumía un significado que comprendía la representación electiva, los derechos de los ciudadanos y la separación de los poderes; un significado particularmente orientado a la protección de los ciudadanos frente a la arbitrariedad de la Administración.

Con estas formulaciones, la tradicional concepción de la organización estatal, apoyada sólo sobre el principio de autoridad, comienza a experimentar un cambio.

⁹ Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil, ley, derechos, justicia*, Madrid, Editorial Trotta, 1995, p. 23.

El sentido general del Estado liberal de derecho consiste en el condicionamiento de la autoridad del Estado a la libertad de la sociedad, en el marco del equilibrio recíproco establecido por la ley...”.¹⁰

El Estado de derecho, tiene como soporte el principio de legalidad. El principio de legalidad en el derecho continental europeo convierte al Estado en una organización que se afirma en la ley. Primacía de la ley frente a la administración, a la jurisdicción y los ciudadanos. Se entiende así a la ley como un acto normativo jerárquicamente superior e irresistible. La primacía de la ley es la derrota al *ANCIE RÉGIME*. Por tanto, el Derecho se ve reducido a la ley; de tal manera que, el poder absoluto del rey fue sustituido por el poder absoluto del órgano que tiene la responsabilidad de elaborar la ley, la Asamblea Legislativa.

La idea del Estado de derecho implica:

- 1.- La presencia de un órgano soberano que decide unilateralmente.
- 2.- La idea que el Derecho es universal y atemporal.
- 3.- En el Derecho a partir de premisas se extraen consecuencias.
- 4.- La concepción del Derecho que subyace al Estado de Derecho tiene su punto de partida en el ideal de la justicia abstracta.

Se puede advertir con claridad que el Estado de derecho se sustenta en el principio de legalidad. El principio de legalidad se constituye de manera diferente si se trata de la posición que los ciudadanos deben tomar en relación con la ley o de la posición que la Administración asume frente a la ley. Un punto de importancia determinante para entender la concepción liberal del Estado es éste.

De conformidad con la más rigurosa concepción del principio de legalidad, la función ejecutiva está subordinada a la ley, se trata de una dependencia íntegra. La posibilidad de actuar del ejecutivo dependía de la ley, sólo lo que la ley autorizaba a la Administración para hacer era válido. La ley determina lo que puede hacer la función ejecutiva. Por otra parte, el Estado de derecho exige que las regulaciones e

¹⁰Loc. Cit.

intervenciones que se efectúen respecto de la propiedad y libertad de los ciudadanos sean objeto de reserva de ley. Por lo tanto, la ley concedía a la Administración una autorización, una delegación para actuar en un determinado sentido; razón por la cual, la administración únicamente ejecutaba dicha autorización.

Con los particulares ocurre una concepción diferente con relación a la ley. La ley se entiende aquí como un límite. No olvidemos que un elemento fundacional del Estado liberal legislativo del siglo XIX, en teoría, es la libertad de los ciudadanos, quienes deben tener la posibilidad de elegir libres sus propios fines.

El principio que explica la relación entre ciudadanos y la ley se conoce doctrinariamente como autonomía de la libertad. Los particulares pueden realizar todo aquello que la ley no les prohíbe. La ley con relación a los particulares comporta una regulación y limitación de la autonomía contractual o del señorío de la voluntad, en defensa del interés individual.

“Esta distinta posición frente a la ley, que a diferencia de la Administración pública de los sujetos privados, era la consecuencia de asumir, junto al principio de legalidad, el principio de libertad como pilar del Estado de derecho decimonónico. La protección de la libertad exigía que las intervenciones de la autoridad se admitiesen como excepción, es decir, sólo cuando viniesen previstas en la ley. Por eso, para los órganos del Estado, a los que no se les reconocía ninguna autonomía originaria, todo lo que no estaba permitido estaba prohibido; para los particulares, cuya autonomía por el contrario, era reconocida como regla, todo lo que no estaba prohibido estaba permitido. La ausencia de leyes era un impedimento para la acción de los órganos que afectara a los derechos de los ciudadanos; suponía, en cambio una implícita autorización para la acción de los particulares. Como acertadamente se ha dicho, libertad del particular en línea de principio, poder limitado del Estado en línea de principio.”¹¹.

¹¹ Gustavo Zagrebelsky. op. cit., p. 28.

¿Cómo debemos entender la ley en el Estado de Derecho?

La naturaleza y principal particularidad de la ley es que ella opera frente a todos los sujetos sin distinción, la expresión que explica la generalidad de la norma legislativa es: “la ley es para todos” La generalidad de la ley está íntimamente ligada con los principios esenciales del Estado de derecho: control del poder, separación de los poderes e igualdad ante la ley.

“La generalidad de la ley era, en fin, garantía de imparcialidad del Estado respecto a los componentes sociales, así como de su igualdad jurídica. En todas las Cartas constitucionales liberales del siglo XIX está recogido el importante principio de igualdad ante la ley como defensa frente a los privilegios (etimológicamente: *legesprivatae*) típicos de la sociedad preliberal del Antiguo régimen. Desde el punto de vista del Estado de Derecho, sólo podía llamarse ley a la norma intrínsecamente igual para todos, es decir, a la norma general.

Vinculada a la generalidad estaba la abstracción de las leyes, que puede definirse como generalidad en el tiempo y que consiste en prescripciones destinadas a velar indefinidamente y, por tanto, formuladas mediante supuestos de hechos abstractos. La abstracción respondía a una exigencia de la sociedad liberal tan esencial como la generalidad: se trataba de garantizar la estabilidad del orden jurídico y por consiguiente, la certeza y la previsibilidad del derecho. La abstracción, en efecto, es enemiga de la leyes retroactivas, necesariamente concretas, como también enemiga de la leyes a término, es decir, destinadas a agotarse en un tiempo breve, y, en fin, enemiga de la modificación demasiado frecuente de una leyes por otras.”¹²

En cuanto a la estructuración política e institucional del Estado de derecho del siglo XIX, el principio de legalidad convertía a la función responsable de la producción de la norma legislativa en el órgano de mayor jerarquía, lo cual suponía la hegemonía de la burguesía y retroceso de la función judicial y ejecutiva.

¹²Gustavo Zagrebelsky. op. cit., p. 29.

Debemos mencionar que la subordinación del ejecutivo con respecto a la ley, no fue una tarea fácil, pues las raíces absolutistas de los sistemas jurídicos continentales constituían un elemento de constante lucha; sin embargo, función ejecutiva y función judicial terminaron convirtiéndose en órganos subordinados al poder legislativo.

Otro elemento de análisis del Estado de derecho es la coherencia del sistema jurídico, los pensadores y juristas liberales del siglo XIX idearon un sistema normativo que se sostuviese bajo las premisas de uniformidad y coherencia. Para que un ordenamiento pueda ser calificado como tal debía poder reconducirse a principios y valores sustanciales unitarios, pues de lo contrario fracasaría.

Debemos insistir en la idea que atraviesa toda la concepción del sistema jurídico liberal decimonónico, la ley es la expresión jerárquicamente superior, lo cual significa que las otras funciones del Estado (Administración y justicia) son disciplinadas por ella. Como la ley era un acto realizado por el órgano legislativo, vale decir órgano integrado exclusivamente por la burguesía continental europea, su resultado final coincidía con las aspiraciones políticas de dicha fuerza política, esta coincidencia entre las aspiraciones políticas de la burguesía y la ley promulgada por la Asamblea, aseguraba la regularidad del sistema.

La ley fue la expresión y representación de la hegemonía de la cámara legislativa, frente a todos los actos jurídicos, incluso frente a las Constituciones de aquella época, que eran documentos flexibles susceptibles de ser reformados por la ley. Las Constituciones de la Europa continental del siglo XIX reflejaban un pacto entre la Monarquía y la burguesía, y a la vez la idea según la cual Constitución era un documento político.

El diseño estructural de Estado liberal intencionalmente no contemplaba mecanismos que limiten o controlen a la ley. La sociedad en que el Estado de derecho apareció como orden normativo, es una sociedad monoclase que incorporaba en sí sus propias reglas.

Los movimientos y fuerzas contrarios a la burguesía no tenían cabida en la formulación de la ley, pues fueron limitados en su derecho de voto. Hoy olvidamos que hace menos de dos siglos la idea del voto universal era más que una utopía, un absurdo.

“Estos principios del ordenamiento, es decir, su propia unidad, nacían, pues, de una unidad presupuesta que, al ser fundamental, tampoco tenía que ser expresada formalmente en textos jurídicos. Sobre la base de esta premisa, la ciencia del Derecho podía mantener que las concretas disposiciones legislativas no eran más que partículas constitutivas de un edificio coherente y que, por tanto, el intérprete podía recabar de ellas, inductivamente o mediante una operación intelectual, las estructuras que lo sustentaban, es decir, sus principios. Ése es el fundamento de la interpretación sistemática y de la analogía, dos métodos de interpretación que, en presencia de una laguna, es de falta de una disposición expresa para resolver una controversia jurídica, permitían individualizar la norma precisa en coherencia con el sistema. La sistematicidad acompañaba, por tanto, a la plenitud del derecho.”¹³

La ley por excelencia en el Estado liberal era el código, y su símbolo esencial: el código napoleónico. En los códigos se congregaban las características de la ley: voluntad positiva del legislador, el carácter deductivo del desarrollo de las normas, la generalidad, abstracción, sistematicidad y plenitud.

La concepción teórica que subyace al Estado legislativo es el positivismo jurídico. La idea expresada por esta fórmula presupone una situación histórico-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 a lo dispuesto por la ley.

1.3.- El tránsito del Estado legislativo al Estado constitucional.

El Estado de derecho expresó el ideal según el cual el poder está sometido al Derecho, a través de la ley, norma general y abstracta, acto de la voluntad general.

¹³Gustavo Zagrebelsky. op. cit., p. 32.

En el Estado de derecho decimonónico la ley suponía: 1) garantía -formal- contra el poder; 2) un límite frente al ejercicio del poder, el cual no puede actuar al margen de la ley; y, 3) es el instrumento que garantiza los derechos y libertades individuales.

Las características del Estado de derecho de raíz liberal terminarán por dejar sin referente material al Derecho, convirtiendo al Estado legislativo en un modelo vacío, capaz de ser colmado por cualquier decisión política de la asamblea.

“Si el imperio de la ley era considerado la garantía máxima contra el arbitrio y la injusticia de los gobernantes, una vez asentado el modelo político burgués, asistiremos a un giro en la realidad del Estado de Derecho, que abrirá las puertas a nuevas expresiones absolutas del poder.”¹⁴ En definitiva, superado el poder absoluto del rey, éste fue sustituido por el de las asambleas.

Existen dos factores que provocan la crisis de la ley:

1.- El Estado de derecho en el contexto que aparece no nace únicamente como un principio formal de organización institucional. Es preciso recordar que el Estado de derecho sí tiene un principio axiológico que fundamenta su estructura, dicho principio es la primacía de lo personal y social en las relaciones con el poder. Sin embargo, todas las dificultades del Estado de derecho para asegurar sus objetivos centrales aparecieron en décadas iniciales del siglo XX que revelaron los riesgos del formalismo legislativo. No obstante, lo notable y apreciable del ideal liberal del siglo XIX está en limitar al poder y aquello es un valor, y no un dato meramente formal.

2.- El segundo factor de la crisis de la ley y del Estado legislativo será la comprobación del carácter conflictivo de realidad social y de la no neutralidad del derecho respecto de los conflictos sociales.”.

¹⁴ Manuel Antonio Peña Freire, *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, Madrid, Editorial Trotta S.A, 1997, p. 53.

Este aspecto pone de manifiesto que la ley no es única y exclusivamente expresión de la voluntad general si no es el resultado de una mayoría política circunstancial y coyuntural, lo cual revela el hecho de que la ley es una continuación del conflicto social y que constituye un instrumento conveniente para el ejercicio eficaz del poder político.

Según la concepción teórica liberal, el Estado moderno está conformado por una sociedad homogénea –monoclase- constituida por hombres libres e iguales, sólo en un contexto así era posible la regulación de la vida jurídica con unas pocas normas muy generales y codificadas. “La emergencia de la conflictividad social y el carácter no neutral del derecho, así como la impugnación de la separación entre derecho, sociedad y mercado, determinarán la superación de las imágenes de homogeneidad de la sociedad liberal y la pérdida de posición central de la ley – como forma jurídica y fuente del derecho- que venía ocupando en el Estado legislativo.”¹⁵

Se advierte entonces que el Estado de derecho al enfrentarse con la realidad se somete a una serie de cuestionamientos que afectan su estructura. La visión de la ley es afectada interna y externamente. Internamente, la ley no es una expresión de generalidad y abstracción de una sociedad homogénea, sino un instrumento de competición y de enfrentamiento social, la ley constituye la continuación del conflicto. La ley pasa a ser vista como un acto atravesado de intereses sociales que no son generalizables. Externamente, la ley se enfrenta con un hecho incuestionable: El Estado de derecho proclamó un ordenamiento unificado, con leyes generales y codificadas; no obstante, la realidad demostró la imposibilidad de que todas las funciones que debían ser objeto de regulación social, puedan ser abarcadas por la ley.

Debemos señalar que en el Estado de derecho de raíz liberal no existían controles eficaces al poder legislativo, pues los mecanismos constitucionales de limitación a la ley no eran realmente efectivos, pues el poder legislativo sabía que no estaba efectivamente sometido a una norma ni control superior. En la propia incapacidad

¹⁵Manuel Antonio Peña Freire. op. cit., p. 55

del Estado de derecho para asegurar sus valores esenciales se encontrará la necesidad de un tipo institucional superior y vinculante a todo poder, incluido el legislativo.

La historia del Estado ha dejado una notable lección para la humanidad, el haber dejado que el poder legislativo pueda disponer libremente de los contenidos normativos terminó convirtiendo a la instancia legislativa en un poder absoluto.

A partir de las deficiencias del Estado de derecho se ensayarán nuevas fórmulas para intentar el pleno sometimiento del poder al Derecho.

Podemos decir entonces que los elementos antes expuestos relativos al postulado del Estado de derecho del siglo XIX hoy en día han sido superados y desbordados por el desarrollo de la sociedad humana, evidenciado que las formas sociales, por su esencia, son creaciones dinámicas, y, por tanto, variables, versátiles y cambiantes. Sin embargo, detrás de la concepción del Estado de derecho se encuentra un fragmento de la historia de la humanidad y su lucha constante por mejorar sus condiciones de vida.

La noción del Estado de derecho trae consigo la idea de condicionar la autoridad a la libertad de los ciudadanos, y el intento de eliminar la arbitrariedad en la actividad estatal, semejantes objetivos deben ser recordados y honrados en su contexto. Lamentablemente muchos pensadores del Derecho hoy recuerdan y piensan al Estado de derecho a la luz de nuestras condiciones y excluyen sus aspectos evidentemente positivos.

Es absolutamente indudable que el Estado de derecho configuró un sistema institucionalizado que favoreció la concentración del poder en la instancia legislativa y que no pudo conseguir varios de sus objetivos principales, además de excluir a los antagonistas y contrarios de su posición; sin embargo, el Estado de derecho es una categoría histórica revolucionaria para la sociedad humana que ha sido superada por el Estado constitucional.

1.4.- El Estado constitucional de derecho.

El Estado constitucional de derecho constituye, y en teoría supone, la superación del Estado de derecho moderno, caracterizado el primero por integrar un plano de juridicidad superior, vinculante e indisponible para todos los poderes del Estado. El primer paso para la consolidación de un Estado constitucional será la afirmación del carácter normativo de la Constitución, como método para asegurar la máxima vinculación a Derecho de todos los poderes del Estado.

“Esta refundación o configuración del ordenamiento jurídico no supone, en el fondo sino un redimensionamiento del principio de legalidad. Ahora, y según esta nueva formulación del principio, sólo serán Estados de Derecho aquellos modelos político-institucionales que incorporan normativamente una serie de límites o vínculos materiales, como condiciones de validez normativa, a las posibilidades de expresión del poder político. Es decir, todos los actos de producción y ejecución jurídica llevados a cabo por cualesquiera poderes del Estado están, de diversos modos, sometidos a derecho en todos sus aspectos, esto es, tanto formales o procedimentales como materiales y de sentido. El paso delante de este modelo respecto del Estado liberal reside en el nivel de efectividad de estos límites, consecuencia de la afirmación del carácter jurídico de las normas constitucionales, así como su posibilidad de vincular al poder legislativo en la medida en que en él se residencian las máximas capacidades de disposición sobre la comunidad.”.¹⁶ Las normas constitucionales se convierten en normas vinculantes al situarse por arriba de los poderes del Estado y fuera de la pugna y acción política.

Hemos hablado del recorrido del Estado por la historia como si fuese un transcurso lineal, pero debemos hacer presente que el proceso no ha sido ni lineal, ni tampoco un proceso fácil, por el contrario el recorrido para llegar al Estado constitucional fue -y aún es- un trayecto lleno de retos complejos.

Retomando las características que cualifican al Estado constitucional, y al haber hablado respecto de la proclamación del carácter normativo de la Constitución,

¹⁶Manuel Antonio Peña Freire. op. cit., p. 58.

debemos hacer referencia un principio central del Estado constitucional, el principio de soberanía popular, que es el fundamento indiscutible de todos los textos realmente constitucionales. La noción a través de la cual todo poder proviene del pueblo, se ha convertido desde 1917 en una cláusula típica para todas las Constituciones verdaderas y no espurias.

Con la lucha por el sufragio universal se logró convertir la Constitución en norma jurídica, y el Estado constitucional es a partir de entonces a la vez un Estado constitucional democrático; por lo tanto, el Estado constitucional no puede ser entendido si no se comprende su evolución en el desarrollo de la historia, para hablar de Estado constitucional, la Constitución debe ser norma jurídica y asentada sobre el principio de soberanía popular; sin embargo, la idea central es la superación de la visión que el Derecho se agota en la ley.

Para el Estado constitucional, el texto fundamental no es un documento político. “Por eso, lo que caracteriza a la Constitución del siglo XX frente a la constitución del siglo XIX son las garantías constitucionales, es decir, las garantías de soberanía popular frente a la soberanía parlamentaria, las garantías de la Constitución frente a la Ley. Mientras que la Constitución del siglo XIX es una Constitución flexible, en la que no existen límites jurídicos para el legislador y en la que, en consecuencia, no se puede plantear el control de constitucionalidad de la ley, la Constitución del siglo XX va ser una Constitución rígida, únicamente reformable a través de un procedimiento distinto del procedimiento legislativo ordinario y considerablemente agravado con respecto a éste, con base en el cual se va ir afirmando progresivamente el control de constitucionalidad de la Ley.

A través de estas garantías constitucionales la Constitución ha ido penetrando en el ordenamiento jurídico como la norma de cabecera del mismo, en relación con la cual tiene que ser interpretadas todas las demás.”¹⁷

¹⁷ Javier Pérez Royo. op. cit., p. 113.

CAPÍTULO II. EL ESTADO CONSTITUCIONAL EN EL ECUADOR.

2.1.- Condiciones necesarias de constitucional.

En el capítulo anterior analizamos el Estado legislativo y su paso al Estado constitucional, ahora corresponde ver cuáles son las condiciones necesarias para que un ordenamiento se encuentre constitucionalizado.

Para abordar y analizar el tema de constitucionalización del Estado, seguiremos puntualmente a RiccardoGuastini, en un texto de reconocido seguimiento doctrinario denominado “*La Constitucionalización del Ordenamiento Concepto y Condiciones.*”

2.1.1.- Constitución rígida. Primera condición necesaria para que un ordenamiento esté sujeto a un proceso de constitucionalización es que tenga una Constitución rígida. Una Constitución es rígida si cumple con dos requisitos: la Constitución tiene que ser escrita; y, la Constitución está protegida contra la legislación ordinaria, en el sentido que las normas *iusfundamentales* no pueden ser derogadas, modificadas o abrogadas sino sólo por un procedimiento especial de revisión constitucional, que es más complejo que el procedimiento de formación de las leyes.

Podemos decir entonces que, cuando una Constitución rígida está en vigencia hay dos niveles de legislación: legislación ordinaria y la legislación constitucional. La Constitución está supraordenada a la legislación ordinaria, no pudiendo ser, por ésta, derogada, modificada o abrogada. Se debe hacer presente que, la constitucionalización está más acentuada en aquellos ordenamientos en los cuales, según la jurisprudencia constitucional existen principios que no pueden ser modificados en modo alguno: tampoco mediante el procedimiento de revisión constitucional.

2.1.2.- La garantía jurisdiccional de la Constitución.

La segunda condición para que el ordenamiento esté sujeto a un proceso de constitucionalización es que tenga una Constitución garantizada. Es obvio que la rigidez de la Constitución, aunque formalmente establecida, no está asegurada en ausencia de cualquier control sobre la conformidad de las leyes a la Constitución, pues sin garantía de la Constitución no hay verdadera rigidez. En los ordenamientos contemporáneos, el órgano competente para ejercitar la delicada tarea es un órgano jurisdiccional o semi-jurisdiccional.

2.1.3.- Fuerza vinculante de la Constitución.

El tercer aspecto del proceso de constitucionalización es la idea de que la Constitución es un conjunto de normas vinculantes. Este aspecto concierne a la estructura del ordenamiento constitucional, concierne más bien, a la ideología en la cultura jurídica del país del cual se trate. Casi todas las Constituciones contemporáneas son Constituciones largas, en el sentido que incluyen, junto a las normas sobre la organización del Estado, también una declaración de los derechos, es decir una serie de normas que disciplinan las relaciones entre Estado y ciudadanos.

La condición de fuerza vinculante de la Constitución implica un rasgo de la cultura jurídica. Cuando el ordenamiento jurídico está constitucionalizado, los juristas consideran a la Constitución como una verdadera norma jurídica y no como una simple declaración programática.

En definitiva, un elemento esencial del proceso de constitucionalización es transmitir la idea de que cada norma constitucional es una genuina norma jurídica vinculante y capaz de producir efectos jurídicos.

2.1.4.- La sobreinterpretación de la Constitución.

Este aspecto depende las posturas de los intérpretes frente a la Constitución, los jueces, los órganos del Estado y los juristas. Toda Constitución es un texto, finito,

acabado, limitado; por lo tanto, toda Constitución contiene lagunas; razón por la cual, se debe tener presente que, jamás una Constitución puede disciplinar la totalidad de la vida social y política.

“Es innegable, cualquier Constitución no disciplina más que una pequeña parte de la vida política y social; en esa virtud, existe una gran parte de la vida social y política que no está disciplinada a nivel constitucional, por alguna norma jurídica. En ese espacio jurídicamente vacío, cada conducta está, por así decir, permitida: el legislador, en particular, es libre de disponer en un sentido, o de disponer en otro, o de no disponer. En cada dominio que no esté disciplinado por alguna norma constitucional, una ley inconstitucional no es tampoco concebible: en el espacio de Derecho constitucional la discrecionalidad política del legislador está sustraída a todo posible control jurisdiccional por ausencia de algún parámetro de legitimidad constitucional.”¹⁸

A través de la sobreinterpretación de la Constitución, que es una actitud argumentativa, se busca excluir que el Derecho constitucional sea lagunoso, y por tanto, elabora métodos para colmar las lagunas presentes en el ordenamiento jurídico.

Así, la sobreinterpretación presenta dos aspectos:

- El rechazo de la interpretación literal y del argumento *a contrario*. En términos básicos, la interpretación literal y el referido criterio *a contrario* ponen a la luz lagunas.
- El segundo aspecto es la construcción de normas que a pesar de no estar explícitamente formuladas sirven para colmar las lagunas donde puedan ser evitadas.

En virtud del principio de la sobreinterpretación de la Constitución se logra obtener del Estatuto *Iusfundamental* normas idóneas para entender y disciplinar cualquier aspecto de la vida social o política. Cuando la Constitución es correctamente

¹⁸ Riccardo Guastini, *INTERPRETACIÓN, ESTADO Y CONSTITUCIÓN*, Lima-Perú, ARA EDITORES, 1era ed., 2010., p. 162.

sobreinterpretada no quedan espacios vacíos; por lo tanto, toda decisión legislativa está previamente regulada por una norma constitucional. Según la doctrina constitucionalista actual los argumentos *a simili*, la analogía y la invocación de principios constitucionales amplían la presencia de la Constitución en el sistema jurídico hasta el punto de hacer posible una suerte de *omnicomprensividad* del Derecho. Toda controversia podría hallar respuesta en un sistema constitucionalizado gracias a su sobreinterpretación, Es decir, la Constitución regula cualquier controversia imaginable.

2.1.5.- La aplicación directa de las normas constitucionales.

Las normas constitucionales son aplicables de manera directa en sede jurisdiccional. Este aspecto depende: por un lado de una cierta concepción de la Constitución; por otro lado, del comportamiento de los jueces.

Conforme señalamos en el primer capítulo en la concepción liberal clásica, la función de la Constitución es la limitación del poder estatal. Según la idea liberal las relaciones entre particulares no se regulan. Las normas de la Constitución disciplinan la organización del Estado y las relaciones entre Estado y los ciudadanos; por tanto, las normas constitucionales no son susceptibles de aplicación directa, por parte de los jueces, en las controversias que surgen entre los ciudadanos. Los jueces deben aplicar exclusivamente la ley, la Constitución no es idónea para producir efectos en la vida social. Por el contrario, el constitucionalismo actual piensa y argumenta que la Constitución tiene por función moldear las relaciones sociales; en consecuencia, se tiende también a pensar que las normas constitucionales pueden producir efectos directos y ser aplicados por cualquier juez con ocasión de cualquier tipo de controversia. Así resulta preciso indicar que la Constitución debe también ser aplicada en las relaciones interprivadas y en todas las relaciones sociales

Por otro lado, la Constitución ya no constituye un límite a legislación, sino la legislación tiene por mandato el desarrollo de los principios y valores constitucionales.

2.1.6.- La aplicación conforme de las leyes.

Este aspecto tiene que ver con la interpretación *adecuadora* de las leyes, y trata de las técnicas de interpretación de la ley. No existe texto normativo que tenga un solo significado, determinado antes de la interpretación. Ningún texto normativo jamás es susceptible de una única interpretación. Ahora bien, si se utiliza el vocablo norma para referirse no al texto sino a su significado, podemos decir que cada interpretación obtiene de un mismo texto normativo una norma diferente. Suele ocurrir con considerable regularidad que una disposición de rango legal es susceptible de dos interpretaciones: la primera se resuelve en una norma (N1) que contradice una norma constitucional, mientras la segunda se resuelve en una diferente (N2) que, es del todo conforme con la Constitución. Al juez le corresponde elegir la interpretación correcta en sentido de que es su responsabilidad decidir cuál es preferible. El juez puede elegir entre dos posibilidades: interpretar la disposición del primer modo y, considerarla inconstitucional, o interpretarla del segundo modo y considerar que ella está conforme con la Constitución.

La segunda manera de interpretar la disposición legislativa se denomina *adecuadora*. “La interpretación *adecuadora* es aquella que adecúa, armoniza la ley a la Constitución eligiendo el significado (es decir la norma) que evita toda contradicción entre Ley y Constitución.”¹⁹ Desde luego, la interpretación conforme también significa que, ante una interpretación de la ley que vulnere el texto constitucional u otra interpretación de la misma ley que no lo vulnera, el juez prefiere ésta última.

2.1.7.- La influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas.

“La última de las condiciones de constitucionalización del ordenamiento a la que se refiere Guastini consiste en una pluralidad de elementos entre los que se pueden mencionar los siguientes: a) que la Constitución prevea un sistema de solución de diferencias políticas entre órganos del Estado, que permita a un órgano

¹⁹ Riccardo Guastini op. cit., p. 165.

jurisdiccional resolver aplicando normas constitucionales; b) que los órganos jurisdiccionales encargados de la justicia constitucional no asuman actitudes “*selfrestraint*” frente a lo que alguna época se ha llamado las “*políticalcuestions*”, si no que todos los espacios del que hacer público del Estado se han reconducibles a parámetros de enjuiciamiento constitucional; y c) que las normas constitucionales sean utilizadas por los principales actores políticos para argumentar y defender sus opciones políticas o de gobierno.”²⁰

Es decir, los principios constitucionales con su fuerte impronta moral intervienen en la argumentación política, disciplinan las relaciones entre las funciones del Estado y permiten a los órganos jurisdiccionales examinar si la argumentación política que se realiza de las normas constitucionales es correcta.

2.2.- **¿La constitución de 1998 estado legislativo? Un breve análisis.**

¿La Constitución de 1998 implantó un Estado legal o no? debemos advertir que más allá de la proclamación del texto fundamental de 1998 como: “Estado Social de Derecho”, un sector de vanguardia de la doctrina ecuatoriana considera que la Constitución aprobada en Montecristi en 2008 es el documento normativo que instituye el modelo de Estado constitucional y antes de ella se configuraba un Estado legal.

Insistamos en un aspecto, la Constitución de 1998 proclama al Estado ecuatoriano como un Estado Social de Derecho; y, la Constitución de 2008 como Estado constitucional de derechos y justicia; no obstante, la proclamación que hace el legislador constituyente al elaborar la Carta Fundamental es un dato relevante, pero no esencial, y menos aún definitivo, para conocer frente a qué tipo de Estado nos encontramos, los elementos como expusimos son otros.

Decir que la Constitución de 2008 es el documento normativo que instaura un Estado que supera al Estado legislativo es una afirmación ampliamente controvertible, al menos en nuestra opinión.

²⁰ Miguel Carbonell, *neoconstitucionalismo y derechos fundamentales*, CEVALLOS EDITORA JURÍDICA, Quito-Ecuador 2010, p. 36.

Las condiciones a las que se refiere Guastini, para hablar de ordenamiento constitucionalizado nos otorgan el soporte doctrinario para conocer si la Constitución de 1998 implantó normativamente o no un Estado legal.

1.- Constitución rígida. La Constitución de 1998 es escrita y además resistente a la legislación ordinaria, pues requería un procedimiento diferente y agravado en relación a la aprobación de una ley, Art. 282 de la Constitución Política de 1998.

2.- Garantía Jurisdiccional de la Constitución. Esto se refiere a que el texto constitucional establezca un tipo de control de constitucionalidad de las normas, y ese órgano responsable de decidir la constitucionalidad de las normas debe ser jurisdiccional o por lo menos semi-jurisdiccional. La Constitución de 1998 establece un órgano jurisdiccional con dicha competencia, el Tribunal Constitucional, artículos 275, 276 y 278 de la Constitución Política de 1998 y además garantías constitucionales.

3.- Fuerza vinculante de la Constitución. Este aspecto se concreta a través de la idea de que las normas constitucionales son plenamente aplicables y obligan a sus destinatarios. La fuerza vinculante de la Constitución implica que la Constitución es una verdadera norma jurídica que incluye una declaración de derechos, es decir, una serie de normas que disciplinan directamente las relaciones entre el Estado y ciudadanos. La Constitución de 1998 reconoce un amplio catálogo de derechos, civiles, políticos, económicos sociales y culturales garantizados desde el capítulo II hasta el capítulo IV y además con una serie de garantías jurisdiccionales, como hábeas corpus, hábeas data y amparo constitucional. Por lo tanto, las disposiciones constitucionales son auténticas normas jurídicas susceptibles de producir efectos jurídicos como reconocimientos de derechos, invalidez de leyes contrarias a la Constitución entre otros.

4.- La sobre interpretación de la Constitución. Como dijimos la Constitución es un texto finito, limitado, por tanto, no puede disciplinar la totalidad de la vida política y social. Frente a esa realidad innegable del texto constitucional, el propio Estatuto Fundamental instituye dispositivos para evitar que el derecho constitucional sea

lagunoso; sin embargo, este aspecto de condición de constitucionalización del ordenamiento es, principalmente, como ya evidenciamos, una actitud interpretativa de los operadores de justicia frente a la Constitución. La Constitución Política de 1998 reconoció un conjunto de principios constitucionales (por ejemplo artículos: 16, 17, 18, 19 y 24) y otorgó unas competencias muy claras a los jueces ordinarios como al Tribunal Constitucional con la finalidad que todos ellos puedan invocar los referidos principios (por ejemplo artículos: 18, 272, 273, 274 y 276).

En otras palabras, la Constitución de 1998 sí permitía que toda controversia tuviese respuesta en la Constitución entonces vigente. Sin embargo, la cultura constitucional era, y aún hoy es, precaria, por cuanto las facultades de Derecho que forman a los abogados que operan el sistema de justicia han privilegiado una enseñanza basada en el estudio de la ley y otorgado relevancia principal a las materias de derecho civil y penal.

La cultura política y los gobiernos efímeros de turno no se interesaron en fortalecer la institucionalidad del Estado. La importancia de la administración justicia es un tema pendiente para la sociedad civil ecuatoriana, lo cual ha generado poco compromiso por parte de justicia constitucional en la aplicación efectiva de la Constitución; es decir, no era problema del texto constitucional de entonces sino era un problema estructural de la sociedad en entender el modelo constitucional que había asumido.

5.- La aplicación directa de la Constitución. Según este principio, la Constitución no sólo es norma que sirve para regular las relaciones entre los poderes del Estado o entre los ciudadanos también es norma jurídica para regular TODAS las relaciones sociales. Este aspecto fue abordado por la Constitución ecuatoriana de 1998. Cualquier juez debía aplicar la Constitución con ocasión de cualquier controversia, Art. 18 de la Constitución Política de 1998. En cuanto a las relaciones interprivadas podemos señalar que el texto disponía como deber de todo ciudadano el cumplimiento de la Constitución (Art. 97, numeral primero), la posibilidad de deducir amparo constitucional contra particulares, cuando su conducta afecte grave y directamente un interés comunitario, colectivo o derecho

difuso (Art. 95), y derechos de los consumidores (Art. 92). La Constitución de 1998 debía ser entendida como un conjunto de normas vinculantes para todos.

6.- Interpretación conforme de las leyes. Este aspecto, como vimos, tiene relación con la interpretación de la ley. De acuerdo con el principio de interpretación conforme cuando el juez al resolver un caso advierte que existe una disposición normativa que es contraria a la Constitución tiene la posibilidad de optar por la interpretación que más favorable sea para cumplir con algún mandato constitucional; se trata, en definitiva, de una interpretación que pretende armonizar la ley a la Constitución. Esta posibilidad no se encuentra determinada en forma expresa por el texto constitucional de 1998; sin embargo, de acuerdo al Art. 274 cualquier juez podía declarar inaplicable un precepto jurídico contrario a las normas de la Constitución. El Tribunal Constitucional, órgano responsable del control de constitucionalidad, podía suspender total o parcialmente una ley inconstitucional, Art. 276, numeral primero; es decir, los jueces constitucionales y ordinarios al resolver sus casos sí tenían la atribución de elegir una interpretación *adecuada* de la Constitución.

7.- La influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas. Los principios constitucionales intervienen en la argumentación política, rigen las relaciones entre los poderes del Estado y, lo que es más relevante los órganos jurisdiccionales pueden examinar la argumentación política que subyace a las normas jurídicas, ejemplo Art. 276, numerales 1, 2, 4, 5,6 de la Constitución de 1998.

En consecuencia, vemos que la Constitución de 1998 incorporó importantísimos elementos en su texto para implantar un Estado que supere el Estado legislativo del siglo XIX; sin embargo, el problema ha estado en la cultura jurídica del país; por otra lado, es innegable que la Constitución de 2008 es una Constitución mucho más desarrollada y avanzada que la de 1998 en materia de derechos fundamentales, garantías, competencias de la justicia constitucional entre otras cosas, pero el problema no ha estado en el texto si no es un problema estructural, que no forma parte del presente análisis.

2.3.- La Constitución ecuatoriana de 2008 y su proclamación de Estado constitucional de derechos y justicia.

En el primer artículo del texto constitucional de 2008 se lee que el Ecuador “es un Estado constitucional de derechos y justicia”, proclamación única a nivel comparado. La primera reacción de los sectores vinculados con la Ciencia del Derecho, a la Constitución de 2008 y en especial al postulado del Estado constitucional de derechos y justicia, consistió en una crítica generalizada, e incluso la ridiculización; sin embargo ¿qué debemos entender por Estado constitucional de derechos y justicia?

2.3.1 El Estado constitucional.

El Estado constitucional según indica Ferrajoli, es aquel que contrario al viejo modelo legalista del Estado de derecho, somete la misma legalidad a una Constitución rígida, es decir a las normas y derechos reconocidos constitucionalmente, de manera que, las normas y actuaciones de los órganos del Estado no solamente son válidos por la instancia que emite la norma o el acto, sino además por el contenido de esa norma que debe estar sujeta a los principios evocados en la Constitución, así lo señala Ferrajoli cuando indica: “Ante todo, cambian las condiciones de validez de las leyes dependientes ya no solo de la forma de su producción, sino también de la coherencia de sus contenidos con los principios constitucionales. La existencia (o vigencia) de las normas, que en el paradigma paleo-iuspositivista se había disociado de la justicia, se disocia ahora también de la validez, siendo posible que una norma formalmente válida, y por consiguiente vigente, sea sustancialmente invalida por el contraste de su significado con normas constitucionales como por ejemplo, el principio de igualdad o los derechos fundamentales.”²¹

En ese sentido además el carácter preponderante de la Constitución, señala que una norma o ley infraconstitucional únicamente será aplicable si es constitucionalmente válida, por su origen, es decir por nacer del órgano designado para la producción legal del Estado, pero además, por su contenido, en el sentido de adecuarse a los

²¹ Luigi Ferrajoli, “Pasado y Futuro del Estado de Derecho” en *Neoconstitucionalismo (s)*, Madrid, Editorial Trotta, 2003, p. 18.

principios constitucionales reconocidos, estableciendo prohibiciones y obligaciones de contenido a que deben someterse la norma, por ello se dice que la Constitución no solamente tiene un papel descriptivo sino además, critico y proyectivo en relación al objeto que será regulado por las normas infraconstitucionales.

Pero esto supone además un nuevo ejercicio de la democracia que denota que todos los derechos reconocidos constitucionalmente, son de directa e inmediata aplicación y asimismo su tutela se encuentra garantizada por diversas vías sean estas normativas, políticas públicas o garantías jurisdiccionales a las que pueden acceder los ciudadanos en caso de vulneración de derechos.

Pero además, el Estado Constitucional supone que los derechos fundamentales declarados y garantizados en la Constitución son límites indisponibles a las mayorías democráticas, de modo que, la decisión sobre estos temas está sustraída del juego democrático de la política para ser sometidos al rígido cumplimiento por parte del Estado y los ciudadanos.

Como indica Peña Freire: “Las reglas democráticas que apuntan a la estructura del poder y la forma y funcionamiento del gobierno son consideradas adecuadas para determinar quién puede decidir y cómo debe decidir, pero no son suficientes para garantizar un modelo deseable de convivencia. Solo la preservación y garantía de los derechos vitales es condición indispensable de la convivencia pacífica. Para garantizar la intangibilidad de este presupuesto, la constitución ha vinculado a los poderes públicos – incluido el legislativo – a estos derechos. El expediente jurídico utilizado para realizarlo es la existencia de un plano superior de juridicidad donde son ubicados los derechos y los principios básicos del sistema que de ellos se deducen. Como garantía de su intangibilidad queda incluso proscrita la posibilidad de disponer o decidir, aun mayoritariamente, al respecto. Lo constitucional, en definitiva, precede a lo democrático en la medida en que la Constitución del Estado como Estado es axiológicamente posterior a su constitución como Estado de Derecho.”²²

²² Manuel Antonio Peña Freire op. cit., p. 65.

Ramiro Ávila S., es el autor ecuatoriano que más se ha preocupado por analizar y desarrollar el postulado del Estado constitucional de derechos y justicia; razón por la cual, sus textos son de consulta y seguimiento ineludible; en esa perspectiva, Ramiro Ávila ha señalado que el Estado constitucional permite responder las preguntas sobre quién es la autoridad, cómo se hacen las normas y qué contenido deben tener. Por lo tanto, debemos indicar que los temas que se analizarán a continuación tienen como fundamento doctrinario el libro: *“El Neoconstitucionalismo transformador.”*

¿Quiénes son las autoridades?

- “El pueblo, que ejerce el poder a través de la organización colectiva (Arts. 96 y 99 C.E), de la participación en los diferentes niveles de gobierno (Art 100-102 C.E.), de la democracia directa (Art. 103-107 C.E.), de las organizaciones políticas (Art.108-111C.E.) de la representación (Art. 112-117 C.E.).
- Los asambleístas (Art118-119C.E.);
- El presidente de la República (Arts. 141-146 C.E)
- Los jueces y juezas (Art. 167-189 C.E.) Participación)
- El Consejo de Participación Ciudadana y Control Social y órganos del control.
- El Consejo Nacional Electoral y el Tribunal Contencioso Electoral; y,
- la Corte Constitucional.”²³

¿Cómo se hacen las normas?

La Constitución de 2008 en el Capítulo Segundo tiene sección titulada “Procedimiento Legislativo”, (artículos 132 al 140 C.E.). En este procedimiento se regula los asuntos que demandan de ley, los tipos de leyes (orgánicas y ordinarias), las entidades que tienen iniciativa legislativa, el número de debates, el rol del Presidente como legislador (Art. 147-11- C.E.) y su posibilidad de veto parcial o total (Art 139-139y 147 -12- C.E) y sobre el trámite especial de las leyes de urgencia (Art. 140 CE). La Corte Constitucional tiene la potestad de conocer acciones de inconstitucionalidad por la forma (Art. 436 -2-C.E.).

²³ Ramiro Ávila Santamaría, *“El neoconstitucionalismo transformador. El estado y el derecho en la Constitución de 2008”*, Ediciones Aby-Yala, 1era edición, Quito-Ecuador, 2011, p. 114 y 115.

¿Qué contenido deben tener las normas?

La Constitución de 2008 determina la finalidad del poder legislativo y el contenido de las normas: “La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución”²⁴

2.3.2.- El Estado de derechos.

Un Estado de derechos resulta una categoría desconocida en las tipologías del Estado y parecería ser que se trata de una novelería del constituyente ecuatoriano; sin embargo, el Estado de derechos constituye el ideal de superar cualitativamente el régimen del Estado constitucional a través del protagonismo que toman los derechos para el ordenamiento jurídico.

El Estado de derechos nos remite al análisis de dos aspectos: pluralidad jurídica y la centralidad de la persona en el ordenamiento jurídico.

2.3.2.1.- Pluralidad jurídica.

En el Estado de derechos no existe una fuente exclusiva del ordenamiento normativo, por el contrario las fuentes se diversifican.

- La autoridad responsable de la interpretación constitucional; eso es, la Corte Constitucional, crea precedentes nacionales. Los jueces constitucionales en los casos que deben resolver necesariamente tienen que aplicar principios constitucionales, a través de un proceso de argumentación jurídica. La jurisprudencia constitucional es fuente integrante del Derecho, pues entre las competencias que le han sido asignadas a la Corte Constitucional se encuentra que sus decisiones tendrán efecto obligatorio para toda autoridad pública (Art. 436 numeral primero de la constitución de 2008)

²⁴ Art. 84 de la Constitución de 2008

- El sistema jurídico internacional de derechos humanos es parte del ordenamiento jurídico interno. “El Derecho Internacional se encuentra “atravesado” a lo largo del texto constitucional, ya como fuente de los derechos, ya como jerarquía normativa. No es cualquier derecho internacional sino aquel que tiene por objeto la protección de las personas y no las relaciones entre el estado u objetos de carácter patrimonial-comercial”.²⁵ Las instancias internacionales elaboran sentencias generales y obligatorias. La jurisprudencia internacional es norma de cumplimiento obligatorio para el Ecuador y su ejecución, conforme dispone el Art. 93 de la Constitución de 2008, puede ser demandada a través de la acción por incumplimiento,
- El ejecutivo emite políticas públicas. Conforme hemos señalado en la concepción decimonónica del Estado, la función ejecutiva solo podía hacer lo que la ley le permitía; no obstante, ese principio de limitación de la función ejecutiva con el trascurso del tiempo ha sido superado por las complejas tareas que debe cumplir el poder ejecutivo. En el Estado constitucional y en el Estado de derechos los órganos públicos y el ejecutivo establecen y ejecutan políticas públicas con el objetivo de cumplir las obligaciones y mandatos constitucionales, dichas políticas se concretan y materializan a través de actos normativos de efectos generales o actos administrativos que al igual que toda actuación del poder público está sujeta al control de constitucionalidad. Lo importante es señalar que las políticas públicas tienen amplios márgenes de discrecionalidad y la ley es una norma que no establece mandatos concretos sino límites generales de actuación para la función ejecutiva.
- Uno de los temas más complejos de aceptar es la coexistencia de un ordenamiento de raíz ancestral indígena junto al derecho occidental. Comencemos por indicar que el Derecho indígena es anterior al nacimiento del Estado ecuatoriano y ese sistema normativo propio de las culturas y

²⁵ Ramiro Ávila Santamaría. op. cit., p. 144

pueblos indígenas ha sobrevivido y resistido en el tiempo. Como cualquier sistema jurídico, el derecho indígena está compuesto por principios, normas, instituciones, procedimientos y autoridades que deben aplicarlo. El referido sistema normativo está reconocido expresamente por el Art. 171 de la Constitución como un sistema jurídico. Por otra parte, cuando el texto constitucional en los artículos 1, 57.9 y 171 señala que el Estado es plurinacional e intercultural evidencia la existencia de la pluralidad jurídica.

- Para el neoconstitucionalismo la moral es parte necesariamente integrante del sistema jurídico, los principales defensores del neoconstitucionalismo sostienen que la Constituciones contemporáneas al introducir valores, como los derechos, enlazan el naturalismo y el positivismo. “Por un lado, los principios son tan ambiguos que requieren interpretación moral y, por otro, los principios están positivizados; comprender el alcance de un derecho se lo hace a través de la argumentación jurídica que debe contener debates morales sobre el alcance del derecho, y en esto el iusnaturalismo racional aporta de manera determinante; además, solo se puede argumentar moralmente sobre normas reconocidas constitucionalmente, y en esto el positivismo contribuye al reconocimiento de las normas a través de lo que ahora como validez formal o vigencia.”²⁶

2.3.2.2.- La centralidad de los derechos.

La otra explicación que tiene el Estado de derechos es la centralidad de los derechos de las personas sobre el Estado y la ley, aspecto que será analizado el próximo capítulo; sin embargo, al margen del estudio de derechos fundamentales que haremos posteriormente, es preciso abordar desde el texto constitucional los siguientes temas: 1) el Estado sometido a los derechos, 2) el Derecho sometido a los derechos con relación al Estado, 3) todo poder está sometido a los derechos y 4) todo el Estado es garante de los derechos.

²⁶Ramiro Ávila Santamaría. op. cit., p 133.

1.- El Estado está sometido a los derechos, toda función del Estado está vinculada a los derechos, lo cual se manifiesta en forma absolutamente clara en el Estatuto Iusfundamental.

- Es deber primordial del Estado garantizar el efectivo goce de los derechos, Art. 3, numeral 1 de la C.E.
- El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos, Art. 11, numeral nueve de la C.E
- La participación en todo asunto de interés público es un derecho, Art. 95 de la C.E.
- La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa no pueden atentar contra los derechos, Art. 84 de la C.E.
- La formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas, cuya rectoría la tiene el ejecutivo, garantizan derechos, artículos. 141 y 85 de la C.E.
- Los jueces administran justicia con sujeción a los derechos, Art. 172 C.E.
- La función de transparencia y control social protegerá el ejercicio y cumplimiento de los derechos, Art. 204 C.E.

2.- El Derecho sometido a los derechos, esto implica que todo órgano del Estado que tiene capacidad de dictar normas jurídicas, no tiene posibilidad de libre disposición para configurar éstas, sino está subordinado al respeto de los derechos.

- En ningún caso las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público pueden atentar contra los derechos, Art. 84 C.E.
- La Constitución es la norma jurídica suprema y prevalece sobre cualquier otra norma, Art. 424 de la C.E.
- Los derechos son de inmediato cumplimiento y aplicación por parte de cualquier autoridad pública, Art. 426 de la C.E.

3.- “Todo poder sometido a los derechos: el Estado no es ya el destinatario de las obligaciones si no cualquier ente, persona o colectividad que está en relación de poder con otra. Es lo que en la doctrina se denomina el “efecto horizontal”. Si hay una relación jurídica en la que una de las partes está en situación de sumisión o

subordinación y esto genera violación de derechos, existe la posibilidad de controlar ese poder.”²⁷. Un aspecto de esencial importancia en el Estado Constitucional y más aún en el Estado de derechos, es el entendimiento de que la Constitución rige también las relaciones entre los particulares y no sólo a las autoridades u órganos públicos.

4.- En el diseño institucional del Estado constitucional se advierte el valor con el que el legislador constituyente concibe a los derechos. En la Constitución de 2008 el peso que se concede a los derechos es extraordinario, 85 artículos conforman el esquema de derechos y garantías. La determinación con la que se pretende asegurar la efectividad de los derechos es evidente. “La Constitución incorpora garantías primarias, es decir, establece mandatos y habilita a los poderes públicos, tanto legislativo como Ejecutivo, para la puesta en marcha de las políticas que deben generar las condiciones jurídicas y materiales de realización de los derechos.

A tales garantías, se dedican íntegramente dos títulos: el sexto (“régimen de desarrollo”) y séptimo (“régimen del buen vivir”), que comprenden un lugar de cuarenta y ocho artículos. Por si éstas fallaran, se prevé un variado y bien armado de garantías secundarias o jurisdiccionales, tanto en el ámbito de la Función Judicial como mediante distintas vías de acceso a la Corte Constitucional.

Y, por último, el texto incorpora, explícitamente mecanismos de exigencia y control, por medio de la Función de Transparencia y Control Social (capítulo quinto del título IV), además de las distintas formas de participación (capítulo primero del título IV) y de los derechos que en sí mismos implican formas de exigencia y de control ciudadano (derechos de reunión y manifestación, de asociación, de expresión de información, etc.)”²⁸.

2.3.3.-El Estado de justicia.

Una de las cuestiones de mayor controversia en el incipiente constitucionalismo ecuatoriano ha sido la cualificación del Estado como un Estado de justicia. El tema

²⁷Ramiro Ávila Santamaría. op. cit., p. 141.

²⁸Marco Aparicio Wilhelmi, “*Derechos: enunciación y principios de aplicación*” en Desafíos Constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva, Serie Justicia y Derechos Humanos, Neoconstitucionalismo y Sociedad, 1era edición, Quito-Ecuador, 2008, p. 20.

de justicia, como elemento de definición del Estado ecuatoriano, merece una atención prioritaria y específica, pero sin olvidar que la invocación a la justicia que se hace en el primer artículo de la Constitución está conectada directamente con los postulados centrales del Estado constitucional y del Estado derechos; en consecuencia, un análisis del Estado de justicia sin entender los elementos antes referidos resulta imposible.

Ahora bien, el término justicia siempre ha sido considerado por la ciencia jurídica tradicional como un elemento externo al Derecho; y por tanto, un tema propio para otras ciencias.

Pero el Ecuador intenta superar esa visión restringida del Derecho y de la justicia, y nuestro texto constitucional recoge los elementos del neoconstitucionalismo como ninguno en el nivel comparado; y, en esa compleja tarea, el legislador constituyente da un paso más en el reto de la materialización del constitucionalismo, al señalar que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia.

Como ya hemos dicho la vinculación constitucional que tiene el Estado ecuatoriano no es al Derecho si con los derechos; en esa perspectiva, la invocación a la justicia es el ideal de que las normas materiales reconocidas en la Constitución condicionen la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos.

Otro aspecto que subyace en la invocación constitucional a la justicia es la finalidad que ésta debe cumplir en la organización social, más aún cuando pensamos en sociedades como la nuestra que por décadas han diseñado una red global institucional que ha excluido e invisibilizado a los sectores peor situados. La justicia constituye, por tanto, una finalidad que el Estado pretende cumplir, a través de la incorporación de un modelo sustentado en los derechos sociales y las libertades, en la solidaridad, en la protección de los menos favorecidos o peor situados; razón por la cual, se concibe al Estado como un ente con plena capacidad de regulación en la vida económica de la sociedad. En consecuencia, la justicia es un objetivo que el Estado debe cumplir con la finalidad de evitar una sociedad que produzca desigualdad.

En nuestra opinión la noción de justicia es complementaria al postulado del Estado constitucional de derechos, y no un aspecto esencial. El ideal de configurar el Estado

constitucional de derechos implica entender la justicia como se indicó anteriormente; por lo tanto, la invocación a la justicia en la Constitución es una expresión que aparenta más relevancia de la que en realidad tiene. El catálogo de derechos reconocidos en la Constitución y otras disposiciones constitucionales no correspondientes a la parte dogmática evidencian la forma de cómo está concebido el Estado y su rol con los sectores peor situados.

CAPÍTULO TRES. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

3.1.- Los derechos fundamentales una aproximación teórica.

Los derechos que se reconocen en una Constitución son la pieza fundamental de los contenidos que existen en la misma. El Estado constitucional atribuye a los derechos el papel de ser la razón más importante del Derecho y del Estado; por lo tanto, el Estado es un artificio de tutela de los derechos fundamentales, pues al ser los derechos el fundamento del Estado éstos imponen fines y objetivos que deben ser cumplidos.

Un aspecto que define sustantivamente el Estado Constitucional es la orientación de la organización política-institucional a la protección de los derechos al margen, o por encima, de la ley; no se trata, de la eficacia de los derechos en los términos regulados en la ley, sino de la eficacia de los derechos en los términos previstos en la Constitución.

Ferrajoli caracteriza “a los derechos fundamentales como aquellas expectativas o facultades de todos que definen las connotaciones sustanciales de la democracia y que están constitucionalmente sustraídas al arbitrio de las mayorías, como límites o vínculos insalvables de las decisiones de gobierno.”²⁹ Esta tesis da contenido a la idea de que en el modelo de Estado constitucional: Derecho y poder encuentran legitimidad en un presupuesto de orden externo que es la persona como valor, y la primacía axiológica de este postulado sobre cualquier otro.

Este dato resulta de relevancia capital, en el Estado constitucional el poder encuentra su legitimidad en un presupuesto externo que es la persona y su dignidad; por lo tanto, los derechos fundamentales se entienden como la principal y más fuerte expresión de la centralidad de la persona; en esa virtud, los derechos son la expresión jurídica de los valores centrales del pacto social.

²⁹Luigi Ferrajoli: “*Derechos fundamentales*” en *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999, p. 37.

La Constitución y los derechos fundamentales son creaciones, son artificios jurídicos que –como escribe L. Prieto³⁰ cobran todo su sentido en tanto que límites al poder y garantía de la libertad e inmunidad de las personas. Los derechos existen –como sostiene G. Pisarello³¹ para maximizar la autonomía de las personas y minimizar el impacto de los poderes (públicos y privados) sobre sus vidas.

Los derechos fundamentales son un contenido básico del orden jurídico, tanto en sentido formal como material, dado que son estos derechos los que disponen límites materiales para los poderes públicos y privados y establecen, asimismo, los fines básicos a los que los poderes públicos deben orientarse.

En el Estado constitucional, “los derechos fundamentales son a la vez garantías institucionales, normas objetivas del sistema jurídico y derechos subjetivos, en tanto que libertades, potestades, pretensiones e inmunidades normativas protegidas por el ordenamiento jurídico. Junto a esta doble dimensión objetiva y subjetiva se caracterizan por presentar una especial resistencia jurídica frente a la acción de los poderes públicos, incluido el legislador y también en las relaciones entre particulares.”³²

Entonces, los derechos fundamentales deben ser pensados y entendidos como límites o prohibiciones que afectan al legislador. Esto es, los derechos no son ilimitados, no son absolutos, tienen un contenido constitucionalmente predeterminado y, salvo habilitación expresa, no pueden ser vaciados por el legislador. El legislador no tiene posibilidad constitucional de imponer límites a los derechos donde la Constitución no lo hace. Sin embargo, como enseña L. Prieto³³ no puede sostenerse la idea de que entre los derechos constitucionales y sus límites hay fronteras nítidas, o que es posible formular un catálogo taxativo de los supuestos de hecho y sus excepciones correspondientes a los enunciados de derechos constitucionales.

³⁰Luis Prieto Sanchís: “*JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES*”, Trotta, Madrid, 2003. p. 9 a 11

³¹Gerardo Pisarello: “Derechos sociales, democracia e inmigración en el constitucionalismo español: del originalismo a una interpretación sistemática y evolutiva”, en M^a José AÑÓN (ed): *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración*, TirantLo Blanch, Valencia, 2004, pág. 41.

³²María José Añón, s/f, *Derechos Fundamentales y Constitución*, obtenido el 15 de mayo de 2012 en http://drept.unibuc.ro/dyn_doc/relatii-internationale/cds-2010-3.Cc-40.-Anon.pdf. p. 29.

³³Luis Prieto Sanchís. op. cit., p. 220

De las aportaciones actuales sobre derechos fundamentales podemos repasar tres tesis con respecto a los mismos: 1) integridad de los derechos fundamentales o su continuidad axiológica; 2) la tesis de la indistinción estructural de los mismos; y, 3) la tesis que muestra las diferencias entre derechos y garantías.

3.1.1.- La tesis de la integridad de los derechos.

Hoy en día la doctrina constitucional señala que existen buenas razones -teóricas y empíricas- para abandonar de modo definitivo la visión tradicional de los derechos, postulando la existencia de una relación de continuidad, indivisibilidad e interdependencia entre los mismos.

Pisarello propone la idea de continuidad y ha ahondando en dos aspectos básicos. De un lado, en la tesis histórica, que muestra el reconocimiento de todos los derechos como resultado de una serie de luchas. En consecuencia, surge la idea de que su conquista ha consistido en el reconocimiento de poderes, esto es, “de espacios capaces de resistir, en ámbitos diferentes, los efectos opresivos de micro y macro poderes que, desprovistos de límites y controles, representan una amenaza para la autonomía individual y colectiva de las personas, sobre todo de los miembros más vulnerables de una sociedad”³⁴.

De otro lado, sopesando la dimensión valorativa de los derechos fundamentales, que nos pone en condiciones para considerar que todos los derechos fundamentales (sean civiles, políticos, sociales o culturales) son en realidad derechos a una igual libertad, esto es, instrumentos jurídicos de máxima jerarquía que pretenden la minimización de la arbitrariedad y la maximización de la autonomía o de la autodeterminación de las personas y los grupos, sin distinciones ni exclusiones injustificadas. Por ello se habla de los derechos fundamentales como contrapoderes.

“Cuando hablamos de derechos fundamentales nos referimos a situaciones a favor de cuya protección jurídica hay especiales razones morales, y esto sería lo que justificaría su obligatoriedad. Las concepciones morales y jurídicas han incidido en

³⁴ Gerardo Pisarello. op. cit., p. 220.

la idea de que los derechos fundamentales están ligados a aquellos valores, necesidades e intereses que hacen que un ser humano pueda actuar como un agente moral. A este respecto, los derechos están vinculados a una concepción normativa de la persona como agente moral, responsable y libre, y al principio que prescribe que los seres humanos son merecedores de igual e idéntica consideración y respeto.”³⁵

De tal forma que el reconocimiento de derechos tiene que ver, sin duda, con nuestra capacidad de actuar legítimamente, y las restricciones ilegítimas de derechos o sus limitaciones erosionan dicha capacidad y limitan nuestra autonomía.

El Estado constitucional intenta establecer diseño institucional más eficaz para el reconocimiento de derechos de las personas y los grupos y su protección frente a la arbitrariedad o la capacidad de invasión de cualquier tipo de poder sobre las vidas de las personas.

3.1.2.- La tesis de la continuidad estructural de los derechos.

Frente a la difundida y no reflexionada concepción que distingue de manera radical entre derechos civiles o libertades -caracterizados por exigir para su realización únicamente deberes negativos o de abstención que justifican su mejor protección- y derechos de prestación-de los que se afirma que sólo se realizan mediante acciones positivas y costosas-, es posible afirmar que todos los derechos fundamentales, en su contenido esencial, son derechos híbridos, cuya tutela comporta para el poder obligaciones positivas y negativas, de hacer y de no hacer, costosas y no costosas.

A pesar de las diferencias de contextos en los que se discute acerca de la morfología de los derechos fundamentales y de sus posibilidades de realización, nos parece adecuado repasar sobre algunos argumentos.

En primer lugar, todos los derechos exigen un amplio abanico de acciones; en este sentido las acciones son positivas y negativas, por parte del Estado y de otros sujetos que pueden afectar a un derecho. Las obligaciones del Estado en relación con los

³⁵ María José Añón, op. cit., p. 30-31.

derechos fundamentales van desde la aprobación de normas pertinentes para su realización, la disposición de instituciones encargadas de su garantía, medidas de respeto por parte del Estado cuya violación consiste en una conducta positiva del Estado, obligaciones de protección y satisfacción de derechos cuya violación consiste en actos de omisión del Estado al no adoptar medidas restrictivas, y obligaciones de prestar directamente un servicio. Dicho de otra forma: todos los derechos contienen un abanico de situaciones normativas protegidas en términos de libertades, potestades, inmunidades y pretensiones. En este sentido, todas las garantías pueden ser vistas, en definitiva, como obligaciones positivas del Estado; entre otras cosas, porque todos los derechos tienen una dimensión social.

Así las cosas, “las diferencias entre los derechos “de no lesión” y los derechos “de prestación” no se encuentran en un plano lógico, ni en la estructura de los derechos, ni en su “naturaleza”, sino en planteamientos de orden político. Como sabemos, este argumento ha dado lugar al tópico de considerar a los derechos civiles, de autonomía o de libertad, como “auténticos” derechos o derechos en sentido pleno, desde el punto de vista de su valor normativo o de su vinculatoriedad; y sostener, de otro lado, que en comparación con ellos, los derechos sociales son derechos menores, menos vinculantes o meramente programáticos. Esta línea de argumentación se ha convertido en un común denominador en la discusión jurídica, y sin duda lastra el impulso de cualquier derecho que no pertenezca al conjunto de los derechos civiles.”³⁶

El error está en la clasificación en si misma de la cual supuestamente deriva una prioridad lógica, que en realidades una prioridad axiológica, la libertad negativa sobre la positiva; así como si fuese posible una gradación natural de los derechos de libertad sobre los derechos de prestación. Si consiguiéramos ordenar todos los derechos en virtud del tipo de obligaciones y sus grados, fuese posible comprobar que las categorías que son utilizadas para su clasificación pueden haber quedado obsoletas y lo que hasta ahora han sido considerados derechos distintos se encontrarían todos ellos alternados formando un todo.

³⁶María José Añón, op. cit., p. 32.

3.1.3.-La distinción entre derechos y garantías.

Es conocida entre nosotros la posición de L. Ferrajoli³⁷ a este respecto. Como sabemos, distingue entre la existencia de un derecho y sus garantías. Así, por derecho subjetivo Ferrajoli entiende cualquier expectativa positiva –de prestación– o negativa – de no sufrir lesión– adscrita a un sujeto por una norma jurídica. Esta posición rechaza la concepción limitada de los derechos fundamentales que expresaría una doble reducción. Por un lado, la identificación de un derecho subjetivo con el deber que tiene un sujeto en una relación jurídica respecto al titular del derecho, y de otro lado, la analogía entre derecho subjetivo y protección jurisdiccional del mismo. Ferrajoli obviamente suscribe la importancia de las garantías, pero discrepa de la identificación conceptual entre el derecho y las garantías que lo acompañan.

“Por garantía puede entenderse toda obligación correspondiente a un derecho subjetivo, y a estos efectos establece la distinción entre garantías primarias o sustanciales –consistentes en obligaciones o prohibiciones que corresponden a los derechos subjetivos garantizados, que pueden ser positivas o negativas–, y garantías secundarias o jurisdiccionales, para hacer referencia a las obligaciones que tienen los órganos judiciales de aplicar la sanción o declarar la nulidad cuando se constaten, en el primer caso actos ilícitos y en el segundo, actos no válidos que violen derechos subjetivos y con ellos sus correspondientes garantías primarias. Ambos tipos de garantías tienen funciones distintas, pues las primeras están orientadas a la satisfacción primaria y material de los derechos, mientras que las segundas operan en un segundo nivel como remedio dispuesto para la reparación de la inobservancia de las primeras representada por los actos ilícitos o por los actos inválidos.”³⁸

En ese sentido resulta interesante la tesis de L. Ferrajoli³⁹ al explicar que respecto a las garantías de los derechos podemos realizar dos tipos de evaluación. En primer término, cabe distinguir si se ha producido su desarrollo normativo a nivel legislativo y reglamentario. De no ser así, lo correcto es sostener que nos encontramos ante una laguna jurídica cuyo responsable es el legislador. En segundo término, examinar el

³⁷ Luigi FERRAJOLI: *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Prólogo de P. Andrés Ibáñez, traducción de P. Andrés Ibáñez y A. Grepí, 1999, págs. 37 y ss.

³⁸ María José Añón, op. cit., p. 35.

³⁹ Luigi Ferrajoli: “Garantías”, cit, págs. 40 a 42.

grado de cumplimiento o incumplimiento de las garantías y, en ese caso, podemos hablar de ineffectividad de primer grado o sustancial, a propósito de la observancia o inobservancia de normas y garantías primarias, y de efectividad o ineffectividad secundaria o de segundo grado o jurisdiccional con respecto a la observancia o inobservancia de las normas y garantías secundarias. Ello explica por qué el paradigma garantista puede quedar vacío de contenido, pues aun cuando los derechos se reconozcan en las Constituciones, las mismas pueden quedar inoperantes por defecto de actuación, tanto por ausencia como por ineffectividad de todo tipo de garantías

En suma, volver sobre el modelo de derechos fundamentales y valorar su impronta nos sitúa de nuevo ante el objetivo más radical y emancipador del constitucionalismo, vinculado a la exigencia de establecer límites y vínculos a todo tipo de poder, con el fin básico de proteger los derechos.

3.2.- La dignidad.

La noción de los derechos fundamentales, previos a la ley, está edificada sobre la idea de la dignidad, un concepto de notable orgullo para la cultura occidental. La dignidad constituye el pilar central del cual está enganchado el proyecto emancipador de los derechos fundamentales.

Todos los sistemas jurídicos siempre han intentado legitimarse a través de algo superior a ellos, como dice José Antonio Marina, por medio de “un gancho metajurídico”⁴⁰. Los ganchos permiten dar firmeza al ordenamiento jurídico y siempre han sido ajenos al sistema normativo. Entre esos ganchos utilizados en la historia de la humanidad estuvieron Dios, la naturaleza, la razón, el Tao, entre otros, pero ninguno tuvo la posibilidad de ser universalmente aceptado y por ello terminaron descartados.

La dignidad simboliza la voluntad de los seres humanos de constituirse como una especie con derechos; es decir, la invención de expresar que los seres humanos se encuentran dotados de un valor propio. La dignidad es una condición que le permite

⁴⁰ Véase José Antonio Marina y María de la Válgoma, *La Lucha por la dignidad. Teoría de la felicidad política*, Barcelona, EDITORIAL ANAGRAMA, S.A, 2da edición 2001, la TEORÍA DE LOS GANCHOS TRASCENDENTES p. 253-271.

al sujeto ser acreedor de algo, una propiedad que la persona adquiere por la sola condición de ser un individuo de la especie humana, y que no es posible perder por ningún motivo. La dignidad es una afirmación constituyente, un supuesto que permite reconocer a todos los seres humanos derechos.

La dignidad es una propiedad que los seres humanos nos dimos a nosotros mismos para ponernos a salvo del poder y la arbitrariedad, una herramienta para acceder a los bienes que necesitamos o deseamos; así, el hombre es un ser dotado de dignidad individual.

En virtud de las razones expuestas el principio de dignidad humana está recogido, implícita o explícitamente, en todas las cartas constitucionales donde rige la cláusula de Estado democrático de derecho, y más aún en los Estados constitucionales (que se supone son la superación del Estado de derecho).

A través de la dignidad el individuo es reconocido como un fin en sí mismo, como un sujeto fundamental, al cual se le reconoce un valor intrínseco, sin mérito alguno, y por lo tanto, objeto de protección del ordenamiento jurídico y de la sociedad en general; razón por la cual, el Estado y la estructura social han de asegurar a la persona humana un mínimo de condiciones razonables que le permitan su desarrollo.

Podemos entonces finalizar este tema indicando que la dignidad es un valor jurídico supremo, pero sobre todo un axioma ético, un principio fundamental, por medio del cual los seres humanos buscamos proteger las conquistas históricas que hemos logrado con esfuerzo y sacrificio ante las muestras de nuestra propia barbarie y tiranía.

3.3.-El contenido esencial de los derechos fundamentales.

El interés por la noción del contenido esencial de los derechos fundamentales obedece al protagonismo indiscutible del que disfrutaban los derechos constitucionales en todos los ámbitos del sistema jurídico, tal y como hemos venido analizando.

El protagonismo al que nos referimos pone de manifiesto que el problema actual de los derechos hoy en día no es su consagración en un texto constitucional, sino el de su realización efectiva. La proyección de los derechos humanos en todas sus

dimensiones, individual, prestacional, o frente a terceros, evidencia su omnipresencia en el Estado constitucional.

Dada la importancia que envuelve a la noción de los derechos fundamentales, su ámbito de existencia e influencia es considerablemente amplio y muestra que los derechos constitucionales no son categorías inmutables, sino realidades vivas en constante desarrollo y evolución; en esa perspectiva, el ejercicio de los derechos fundamentales supone necesariamente manifestaciones de interés que pueden colisionar.

La tesis de integridad de los derechos fundamentales evidencia que entre éstos existe una relación de continuidad e indivisibilidad; y, en virtud de dicha concepción doctrinaria se supera de manera definitiva la noción lockiana que postula la existencia de derechos absolutos (vida, libertad y propiedad).

Así las cosas, la primera conclusión con la que debemos iniciar el estudio de la cláusula de intangibilidad de los derechos fundamentales es afirmar que los derechos reconocidos en la Constitución no son bajo ningún punto de vista bienes jurídicos absolutos, por el contrario los derechos fundamentales constituyen expresiones jurídicas limitadas, porque la existencia del Estado constitucional, al fundarse en un orden social plural, democrático y dinámico, no permite la inclusión de categorías absolutas en su carta constitucional.

La cláusula del contenido esencial de los derechos fundamentales encuentra su origen en la Ley Fundamental alemana en el Art. 19.2 que prescribe: “En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su esencia”, dicha cláusula tiene por finalidad evitar que las limitaciones que se asignen a los derechos los vacíen de su contenido.

La incorporación en el ordenamiento jurídico de la cláusula de intangibilidad de los derechos fundamentales configura una garantía de protección de los derechos frente a las injerencias del poder público o privado; es decir, el contenido esencial de un derecho es un límite, sobre el cual el poder debe abstenerse de producir alguna intervención restrictiva e ilegítima.

En consideración a los presupuestos referidos, podemos exponer algunos conceptos del contenido esencial de los derechos fundamentales.

- “Se denomina contenido esencial el ámbito necesario e irreducible de conducta que el derecho protege, con independencia de las modalidades que el derecho asuma o de las formas en las que se manifieste. Es el núcleo básico del derecho fundamental, no susceptible de interpretación o de opinión sometida a la dinámica de coyunturas o ideas políticas.”⁴¹
- El Tribunal Constitucional español refiriéndose a la noción de contenido esencial dijo: “constituyen aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizado por decirlo así. Todo ello referido a un momento histórico en que cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales.”⁴²
- “Se puede (...) hablar de una esenciabilidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De ese modo se rebasa se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan mas allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección”⁴³
- Por su parte la Corte Constitucional colombiana aludió al núcleo esencial así: “Es el reducto medular invulnerable que no puede ser puesto en peligro por autoridad o particular alguno, de manera que postula la idea de un contenido

⁴¹Peter Haberle, *El contenido esencial como garantía de los derechos fundamentales*. Grunsesetz 3 Auflage. Heidelberg. 1983.

⁴² Ver en <http://maspedroruizgallo.blogspot.com/2009/09/contenido-esencial-de-los-derechos.html>, obtenido el 15 de 2012.

⁴³Sentencia 11/1981, de 8 de abril de 1981, dictada por el Tribunal Constitucional Español, ver en <http://www.boe.es/buscar/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1981-0011>, obtenida 13 abril de 2012.

mínimo irreductible del derecho que, por serlo, se erige en barrera infranqueable frente al legislador. Este límite de los límites permite distinguir, en relación con cada derecho, lo que es obra del constituyente y lo que pertenece al quehacer del legislador histórico que, con la condición de no trasponer el umbral del núcleo esencial, puede actualizarla según la época, tendencias, valores y necesidades de cada momento.”⁴⁴

Ahora bien, existen principalmente dos teorías sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales: la teoría absoluta y la teoría relativa.

3.3.1.- Teoría absoluta.

La teoría absoluta imagina el ámbito normativo del derecho fundamental como un área comprendida por dos círculos concéntricos. “El primero de ellos, el más reducido, sería el núcleo duro del derecho y vincularía de modo absoluto al legislador, de manera que en ningún supuesto ni bajo ninguna circunstancia este podría afectarlo o restringirlo. El segundo de los círculos, sería un contenido que en forma de círculo alrededor del núcleo duro, no vincularía al legislador más que de una manera débil y relativa, al punto que esa parte del contenido del derecho podría quedar a disposición del legislador, aunque no sería una disposición absoluta o discrecional, sino sólo posible en la medida que la intervención legislativa superase el juicio de proporcionalidad.

Esto significa que el derecho podría ser limitado, restringido, sacrificado en su contenido (no esencial) siempre y cuando exista una justificación para el sacrificio, que en muchas veces se reduce más que a uno económico entre beneficios y prejuicios.”⁴⁵

De acuerdo a la teoría absoluta la zona nuclear del derecho es intocable, intangible, y la zona periférica, accidental o contingente, es posible de ser intervenida por el legislador con el fin de actualizar los derechos a las exigencias cotidianas o suplir las

⁴⁴ Corte Constitucional Colombiana, sentencia, C-142 de 2001. Magistrado ponente: Eduardo Montealegre Lynett.

⁴⁵ César Augusto Londoño Ayala, Bloque de Constitucionalidad, Bogotá Colombia, Ediciones Nueva Jurídica, 1era edición, 2010, p. 202.

necesidades que se deriven de la realidad social; no obstante, nunca puede intervenir en el espacio nuclear.

3.3.2.- Teoría relativa.

Para la teoría relativa, el contenido esencial de un derecho fundamental no es algo prestablecido ni inmutable sino que su determinación se realiza casuísticamente.

Cabe sostener que la idea principal de la teoría relativa del contenido esencial de los derechos fundamentales, se ciñe a que existe una identidad entre el principio de proporcionalidad y dicho contenido. La referida equivalencia lleva como fundamento que toda medida tomada por el legislador que resulte desproporcionada vulnera el contenido esencial; en consecuencia, el contenido esencial es todo aquello que subsiste después de emplear el principio de proporcionalidad. Es decir, que toda decisión legislativa que limite un derecho y que no sea desproporcionada, no afecta al contenido esencial de un derecho, sólo afectarán el contenido esencial las leyes restrictivas que no aprueben el examen de proporcionalidad.

“Otra consecuencia de esta equivalencia (principio de proporcionalidad y contenido), es que la conformación del contenido esencial viene influenciada por el resto de normas que estatuyen los demás bienes jurídicos constitucionales que recoge la Constitución, y que entran en conflicto con el derecho fundamental, por eso la necesidad de identificar el contenido con la aplicación de la proporcionalidad”⁴⁶. Así las cosas, desde esta teoría se desprende que el contenido esencial no es algo que venga predeterminado por la disposición constitucional que recoge un determinado derecho, sino que este contenido es relativo, pues depende de la interacción con los otros bienes jurídicos también recogidos en la Constitución.

⁴⁶Carlos Alberto López, “*MUTACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES POR LA INTERPRETACIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. CONCEPTO, JUSTIFICACIÓN Y LÍMITES*” tesis doctoral para la Universidad Carlos III de Madrid, p. 202., obtenido el 17 de abril de 2012 en http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/10016/2534/1/tesis_lopez_cadena.pdf

En íntima relación con lo expuesto debemos señalar que para la teoría relativa toda restricción de los derechos fundamentales exige una justificación constitucional, que puede figurar de manera explícita en la Norma Fundamental o puede derivarse implícitamente de la misma.

El contenido esencial de un derecho fundamental resulta de su ponderación con los bienes o derechos que justifican su limitación; en consecuencia, no existe un núcleo permanente identificable como contenido esencial del derecho.

La única forma jurídicamente válida, razonable y legítima para limitar un derecho fundamental es posible con la práctica de un juicio de constitucionalidad, dicho juicio se realiza mediante un examen de razonabilidad, denominado por la doctrina alemana "principio de proporcionalidad en sentido amplio". En un resumen considerablemente apretado podemos señalar que los elementos del referido juicio son a) el examen de adecuación de la medida limitadora al bien que mediante ella se pretende proteger; b) la falta de una alternativa menos gravosa y la consecuente necesidad de la lesión del derecho para el fin pretendido; y, c) el principio de proporcionalidad en sentido estricto que busca valorar si la lesión es proporcionada al fin que con ella se pretende.

Por lo tanto, para la teoría relativa el contenido esencial es determinable sólo casuísticamente en atención a las circunstancias del caso y luego de ponderarse los beneficios y perjuicios que se produzcan en él, tanto para el derecho intervenido como para el bien protegido a través de su limitación.

CAPÍTULO IV.- EL DERECHO POR PRINCIPIOS, EL DERECHO POR REGLAS.

Previo a desarrollar el presente capítulo es indispensable que indiquemos que la literatura existente que estudia el tema de reglas y principios es abundantemente amplia; sin embargo, podemos decir que la misma es coincidente en ciertos puntos de análisis, en esa perspectiva nuestro enfoque relativo al estudio del principialismo está totalmente influenciado por el análisis del escritor Alonso García Figueroa⁴⁷.

4.1.- Los principios.

Las ideas de coherencia y viabilidad del positivismo jurídico han sido cuestionadas desde múltiples perspectivas, una de las que más frutos ha producido, tanto por su contundencia crítica como por como por su idoneidad para proponer nuevos temas, es la que ha tenido lugar desde la llamada jurisprudencia de principios o constitucionalismo de principios.

Los principios son un elemento que revela la vinculación del Derecho a la moral; por lo tanto, sí existen principios en el Derecho, entonces necesariamente existe una relación conceptual entre Derecho y moral.

Para el autor R. Dworkin los jueces al resolver las causas puestas en su conocimiento en ocasiones, y en especial en los casos difíciles, no sólo hacen referencia a las normas jurídicas positivas sino también a principios morales, el ejemplo que Dworkin pone sobre esto es el caso ELMER.⁴⁸

Para Dworkin el derecho no sólo está compuesto por reglas del tipo “prohibido circular a más de 100kms. Hora”, en el derecho existen otras normas, que el autor las llama principios, tales como “nadie puede beneficiarse de su propia culpa o

⁴⁷En el presente capítulo seguimos el orden que Alfonso García Figueroa realiza en el capítulo VI “LA CUESTIÓN DE LOS PRINCIPIOS” del libro *Interpretación y Argumentación Jurídica* de Marina Gascón Abellán y Alfonso García Figueroa, 1ª edición, San Salvador, el Salvador, Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, 2003.

⁴⁸Ver Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, Madrid ARIEL Derecho, 5ta reimpresión, 2002 p. 73 y del mismo autor *El imperio de la justicia*, trad. de Claudia Ferrari, Gedisa, Barcelona, 1992.

negligencia”. Ese tipo de normas se distinguen por tener una estructura propia y una forma de funcionar diversa en la argumentación de los operadores jurídicos.

Dworkin sostiene un concepto no positivista del Derecho y señala que el Derecho no es sólo un conjunto de normas creadas por el legislador o de costumbres sociales, sino que está formado por principios originados en la moral. Los principios en sentido estricto encarnan derechos individuales, derechos morales frente al Estado que nadie puede arrebatar. Existen ciertos derechos anteriores y superiores al Derecho positivo que se imponen a otras consideraciones del Estado como si se tratara de “triunfos frente a la mayoría”.

En esa virtud, el juez no tiene por qué crear nuevo Derecho. El juez debe descubrir aquellos principios que sin estar en una regla positivista, pertenecen al Derecho. Por tanto, el no positivismo de Dworkin defiende que el juez nunca debería ejercer discreción ni crear Derecho, porque el Derecho (a través de los principios morales) siempre le ofrece una única respuesta correcta, lo brevemente señalado se conoce como la tesis de la única respuesta correcta de Dworkin.

Existen tres posturas doctrinarias básicas que se han formulado entre principios y reglas.

1.- La tesis fuerte de la separación. Según la tesis fuerte de la separación, entre reglas y principios existen diferencias cualitativas. “Esta división fuerte concibe reglas y principios como entidades normativas conjuntamente exhaustivas del ámbito de las normas y mutuamente excluyentes”⁴⁹ Así, toda norma es o bien una regla o bien un principio.

2.- La tesis débil de la separación. Según la tesis débil de la separación, entre reglas y principios existe una diferencia meramente gradual y no una diferencia cualitativa. Los criterios tradicionales de distinción entre principios y reglas (generalidad, fundamentalidad, vaguedad, superioridad jerárquica, etc.) suelen anexarse a este planteamiento. Por ejemplo, según el criterio de la generalidad, los principios son

⁴⁹Marina Gascón Abellán y Alfonso García Figueroa, *Interpretación y Argumentación Jurídica*, San Salvador, el Salvador, Edición del Consejo Nacional de la Judicatura del Salvador, Escuela de Capacitación Judicial, 1era edición, 2003. P 126, obtenido en <http://www.cnj.gob.sv/images/stories/documentos/pdfs/InterpretacionArgumentacionJuridicaII/Interpjuridicaintro.pdf>

más generales que las reglas, pero también las reglas pueden ser generales; según el criterio de la fundamentalidad, los principios son más fundamentales que las reglas, pero también las reglas pueden ser fundamentales; según el criterio de la vaguedad, los principios son más vagos que las reglas, pero también las reglas pueden ser vagas, y así sucesivamente.

3.- La tesis de la conformidad. Según la tesis de la conformidad entre principios y reglas no existe diferencias.

4.1.2.- Clasificación de los principios.

1.- “Principio positivo del derecho: son aquéllos que han sido expresamente dictados por una fuente de producción jurídica y aparecen en un texto normativo.”⁵⁰

2.- “Principio implícito del Derecho, una regla que es considerada premisa o consecuencia de disposiciones legales o normas. La interpretación positivista de los principios generales del Derecho los considera fundamentalmente principios implícitos, esto es, principios no formulados en los códigos, pero derivables de sus contenidos.”⁵¹ Estos principios son deducidos por el aplicador del Derecho a partir de disposiciones expresas del ordenamiento jurídico

3.- Principio extrasistémico del Derecho, se trata de una regla que no es principio positivo de Derecho, ni principio implícito del derecho. Nadie puede beneficiarse de su propia culpa o negligencia, es un ejemplo.

4.- Principio Nombre del Derecho, “a saber, un nombre que caracteriza los rasgos esenciales de las instituciones jurídicas: el mandato, el comodato, la compraventa”⁵²

5.- Principio Construcción del derecho, “a saber, construcción de legislador racional o perfecto presupuesto en la interpretación jurídica. Por ejemplo, el principio de prohibición, según el cual, todo lo que no está prohibido, está permitido”⁵³

⁵⁰Marina Gascón Abellán y Alfonso García Figueroa. op. cit., p. 127

⁵¹Loc. cit.

⁵²Loc. cit.

⁵³Marina Gascón Abellán y Alfonso García Figueroa. op. cit., p. 128

Los principios que serán abordados son los principios explícitos, implícitos y extrasistemáticos, los principios-nombre y los principios-construcción según Alfonso García Figuera parecen quebrar la relación del principio con el sistema jurídico. En consecuencia, los principios-nombre y los principios-construcción son instrumentos argumentativos reconducibles de un modo u otro a los primeros tres tipos de principios.

Ahora bien, debemos realizar algunas precisiones en relación a los principios generales del Derecho que son entendidos como principios implícitos.

Se ha sostenido que los principios generales del Derecho son reformulaciones de otras normas del sistema jurídico que únicamente se invocan en defecto de ley o costumbre aplicable, lo cual resulta incoherente, pues si los principios generales del Derecho son principios implícitos ya contenidos en las leyes, entonces deberían invocarse las leyes, porque si los principios generales del Derecho fueran principios implícitos, éstos no pueden aportar nada nuevo a lo que ya nos ofrecían las reglas reformuladas por el principio general.

Según la doctrina clásica la configuración de los principios debe ser una tarea confiada a la ciencia jurídica, la razón de tal afirmación está en que el Derecho se explica y se entiende como un sistema axiomático; y en esa perspectiva debemos anotar que las propiedades formales de los sistemas axiomáticos se traducen en los sistemas normativos en propiedades de completitud, coherencia e independencia, o sea, ausencia de lagunas, ausencia de antinomias y ausencia de redundancias, si las propiedades referidas no se dan el sistema normativo es defectuoso y debe ser corregido.

No obstante, es preciso hacer algunas distinciones. En cuanto al problema de las lagunas y el problema de las antinomias el ordenamiento jurídico requiere un cambio de la base del sistema; mientras que, la eliminación de las redundancias y la reducción del casuismo, no exigen un cambio de la base del sistema jurídico, sino simplemente su reformulación; esto significa la presentación de una base más reducida pero con el mismo contenido.

Como es comúnmente conocido en los regímenes constitucionales sólo el legislador tiene competencia para modificar la base del ordenamiento jurídico; razón por la cual, la solución de antinomias y las lagunas es competencia del legislador y por su parte la ciencia jurídica se encarga de reformular el sistema.

Ahora bien, debemos hablar de casuismo como consecuencia de la producción de normas que regulan casos básicos. El casuismo implica la multiplicación de un número elevado de normas, ante ese inconveniente se construyen normas generales. Por otra parte, estamos frente ante una redundancia cuando dos normas regulan el caso y lo solucionan de la misma forma, y al igual que ocurre con el casuismo: la solución es la elaboración de normas más generales. Sin embargo, para la solución de las lagunas es imprescindible la alteración del sistema jurídico.

Si analizamos con detenimiento la función que los ordenamientos jurídicos asignan a los principios generales del Derecho, se advierte que éstos son invocados para resolver las lagunas normativas del sistema (invocados en defectos de ley y costumbre aplicable). “Esto supone un inconveniente para una concepción positivista de los principios generales del Derecho en la dogmática jurídica: la elaboración de principios generales del Derecho está atribuida a la ciencia jurídica, sin que ésta pueda modificar la base del sistema y sin embargo, la modificación del sistema es precisamente lo que se requiere de los principios cuando son invocados en último recurso para la integración del sistema. Esta paradoja parece difícilmente salvable aunque resulta explicable por el uso frecuente de las ficciones en el mundo del Derecho.”⁵⁴

Debemos advertir que, al parecer el discurso acerca de las relaciones entre Derecho y moral aparejado a los principios debe situarse fundamentalmente a los problemas que ocasionan los principios extrasistemáticos de Derecho, aquellos principios que están fuera del sistema jurídico y a la vez pertenecen al Derecho. La definición de los principios extrasistemáticos resulta chocante porque postula que ciertos principios son jurídicos sin ser jurídicos. Esta aparente dificultad es entendible si tomamos en cuenta que simboliza el carácter no pacífico del concepto de Derecho.

⁵⁴ *Ibíd.*, p. 130.

Para recapitular lo analizado hasta ahora respecto de la clasificación de los principios y de los principios generales del derecho, vale decir lo siguiente:

Los principios explícitos son directamente válidos porque el modo de obtener su validez como normas jurídicas no es diferente de las reglas, se trata de principios que forman parte del ordenamiento jurídico por emanar de algún tipo de legislador, es decir son normas que tienen un soporte institucional; los principios implícitos son indirectamente válidos por cuanto se deducen a partir de disposiciones expresas del ordenamiento jurídico, en esa virtud su validez reposa en otras normas válidas; y, los principios extrasistemáticos adolecerían de una validez discutible.

De manera que los principios extrasistemáticos están en el centro del debate acerca de la validez del Derecho. Se enfrentan así dos posturas de la validez de las normas o de la existencia de las normas: “la validez entendida fundamentalmente como pertenencia a un sistema, de acuerdo con la cual, una norma es jurídica si pertenece a un sistema jurídico, el que, a su vez, es identificado por un criterio de carácter formal, y la validez como obligatoriedad, la validez normativa, según la cual una norma existe si es moralmente obligatoria.”⁵⁵

4.2.- Las reglas: todo o nada.

Para Dworkin, existe una distinción de carácter lógico entre principios y reglas. Dworkin sostiene una distinción cualitativa y no gradual, entre principios y reglas; es decir, una tesis fuerte. La distinción lógica de Dworkin parte de dos criterios: para las reglas el criterio de la aplicación disyuntiva o mejor dicho la manera de todo o nada (*all or nothing fashion*) y el criterio de la dimensión de peso (*dimension of weight*) de los principios.

Según el criterio de la aplicación disyuntiva, las reglas se aplican a la manera de todo o nada. Por ejemplo: Regla 1. “Todo reclamo, solicitud o pedido a una autoridad pública deberá ser resuelto en un término no mayor a quince días, contados a partir de la fecha de su presentación.” Si la autoridad pública no contesta en el término de quince días efectúa una conducta prohibida; por el contrario, si contesta la petición en el término previsto, la autoridad realiza una conducta permitida; es decir, no

⁵⁵ Marina Gascón Abellán y Alfonso García Figueroa. op. cit., p. 132.

prohibida. En definitiva, o se cumple la regla o no se cumple; por tanto, las reglas gozan de una estructura binaria.

También debemos hacer presente que las reglas presentan excepciones, revisemos el ejemplo del silencio administrativo del art. 28 de la Ley de Modernización antes señalado. Regla 2. “Todo reclamo, solicitud o pedido a una autoridad pública deberá ser resuelto en un término no mayor a quince días, contados a partir de la fecha de su presentación, **salvo que una norma legal expresamente señale otro distinto....**”. De conformidad con la excepción indicada en la Regla 2 la autoridad si puede resolver un reclamo en un término mayor de quince días pero siempre que una norma legal señale un plazo superior.

Las excepciones en las reglas no son un problema insuperable. Para hacer efectiva “la estructura todo o nada de las reglas se podría incorporar a la todas las excepciones necesarias a fin de construir una regla completa, que sí responda a esa aplicabilidad disyuntiva... Esto significa que podemos definir las reglas como aquellas normas que cuentan con un número cierto de excepciones. El criterio de la aplicación todo o nada de las reglas deriva finalmente hacia lo que podríamos llamar el carácter exhaustivo de las excepciones.”⁵⁶

A diferencia de las reglas los principios presentan una dimensión de peso. La dimensión del peso se advierte en la forma como colisionan principios y reglas. Cuando las reglas entran en conflicto existen dos posibles soluciones. 1) Considerar que una de las reglas no es jurídicamente válida y por tanto la solución radica en aplicar la regla válida; y, 2) puede suceder que una de las reglas sea excepción de la otra, en tal caso se debe comprobar si en el caso a resolver la regla constituye una excepción a la regla general o no, así que hablando desde el punto de vista estrictamente técnico en los dos casos no existe conflicto.

Pero en algunas ocasiones los ordenamientos normativos si presentan verdaderas antinomias entre dos reglas. Por ejemplo, suele suceder que en un sistema jurídico existen dos normas válidas que contemplan el mismo supuesto de hecho pero con consecuencias incompatibles; esto es, una norma permite cierta conducta y otra

⁵⁶Marina Gascón Abellán y Alfonso García Figueroa. op. cit., p. 133

norma prohíbe la misma conducta, lo cual significa una real antinomia y un ordenamiento jurídico digno de ser calificado como tal, no puede permitir ese tipo de problemas. Por exigencia de racionalidad del sistema jurídico la antinomia debe resolverse, bien determinando si una de las normas funciona como excepción en relación a la otra o bien directamente determinando la invalidez de una de las normas. Lo importante radica en señalar que un ordenamiento jurídico racional no es posible que una misma conducta esté prohibida y permitida a la vez. En este caso, probablemente, se debería aplicar el criterio de la *lex posterior*, según el cual la ley posterior se impone a la anterior.

Los mecanismos para solución de conflictos revisados hasta ahora corresponden a las reglas; sin embargo, cuando los principios entran en conflicto reaccionan y se solucionan de una forma diversa. Son principios típicos las normas que reconocen derechos fundamentales como el derecho al agua, libertad, y otros más que son generalmente de jerarquía constitucional. “Entre dos principios no suelen generarse antinomias, sino más bien tensiones. El Tribunal Constitucional Federal de Alemania afirma que los conflictos entre principios provocan una “situación de tensión”⁵⁷.

De tal manera que es imprescindible puntualizar dos situaciones: 1) los conflictos entre principios no se resuelven de una vez y para siempre, y 2) la tensión de principios no implica la invalidez de uno de éstos. Según la doctrina contemporánea las tensiones entre principios no pueden ser resueltas con los mecanismos tradicionales de resolución de antinomias.

El criterio de *lex superior*, según el cual la disposición de rango superior debe prevalecer sobre la disposición inferior, resulta inaplicable en la colisión de principios constitucionales, pues éstos gozan de igual jerarquía, y también resulta difícil la aplicación del criterio jerárquico entre principios implícitos y extrasistemáticos entre los que no se ha previsto una jerarquía establecida. Como hemos dicho la colisión de principios depende del caso concreto y eso significa que resulta imposible determinar exhaustivamente las excepciones a la aplicación de un principio.

⁵⁷ Marina Gascón Abellán y Alfonso García Figueroa. op. cit., p. 134

El criterio de especialidad, según el cual la norma más especial prevalece a la más general resulta de compleja aplicación, sobre todo si se repara que los principios suelen caracterizarse, por definición, por un muy amplio grado de generalidad.

El criterio de la *lex posterior*, en virtud del cual la ley posterior se impone a la ley anterior tampoco es procedente en los conflictos entre principios por las razones explicadas para el criterio de la *lex superior*. Si los principios en conflicto son constitucionales no hay manera de determinar la posterioridad. En cambio, si los principios en conflicto son extrasistemáticos o implícitos, también resulta muy complejo determinar cuál es posterior en el tiempo.

Por lo tanto, debemos arribar a una conclusión central, los principios en conflicto deben ser ponderados y sólo en el caso concreto podrá establecerse una prioridad.

4.2.1.- La crítica a la concepción de todo o nada de las reglas.

La idea de que reglas y principios se distinguen por la aplicabilidad todo o nada propia de las reglas y por la dimensión de peso propia de los principios es susceptible de algunas críticas. Para criticar esta distinción es posible mostrar casos en que las reglas presenten rasgos establecidos exclusivamente a los principios o mostrar casos en que los principios presenten aspectos asignados exclusivamente a las reglas.

Hasta el momento, hemos analizado lo que aparentemente sucede cuando entran en conflicto reglas entre sí y cuando colisionan principios entre sí; sin embargo, qué sucede cuando entran en conflicto una regla y un principio. Si existe una distinción cualitativa entre ambos tipos de normas -principios y reglas- esto resultaría algo extraño, porque se podría pensar que al ser los principios y reglas entidades normativas independientes no debería tener posibilidad de colisión. Pero es perfectamente posible que exista un conflicto entre principio y regla.

Supongamos que un principio prohíbe algún comportamiento y la regla incurre en la prohibición prevista por el principio. Al parecer para solucionar el inconveniente referido lo procedente sería argumentar las razones por las cuales la regla se separa

del principio. Pero si es necesario argumentar para poder aplicar una regla, uno de los presupuestos sobre los que se funda la distinción fuerte de reglas y principios se destruye porque según el modelo fuerte las reglas se aplican de la manera “todo o nada”. Se ha replicado que la regla seguiría manteniendo su condición de tal si se añadiese una cláusula de excepción en la regla, pero en el fondo dicha cláusula contendría un principio. “...Juan Carlos Bayón utiliza en este caso una imagen bien expresiva para explicarlo: los principios que excepcionan una regla funcionarían como un caballo de Troya que entraría en las reglas portando consigo propiedades propias de los principios y devastando desde su propio interior la condición distintiva de las reglas, pues, de nuevo, el juicio sobre la justificación de excepción de la regla sobre la base de un principio abre el camino a una argumentación que es precisamente lo que una regla habría de excluir.”⁵⁸

Algo similar ocurre cuando a una regla se le aplican técnicas argumentativas o interpretativas diferentes de las usuales, o cuando una regla presenta conceptos considerablemente indeterminados. En estos casos, nos encontramos ante principios que excepcionan la regla y que impiden que ésta pueda aplicarse a la manera de todo o nada, pues su aplicación requiere de una labor argumentativa por parte del operador jurídico; y no olvidemos, para los autores principialistas la labor argumentativa se realiza exclusivamente en los principios.

4.3.- Alexy. Los principios como mandatos de optimización.

Para el reconocido autor alemán Robert Alexy el aspecto central que permite distinguir los principios de las reglas es la dimensión de peso de los principios; en esa perspectiva, Alexy califica a los principios como “mandatos de optimización”⁵⁹. Los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en el mayor grado y medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes, eso significa que los principios son mandatos de optimización, caracterizados por el hecho que pueden ser cumplidos en diferente grado y en la medida de que su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales, sino también de las jurídicas. En cambio, las

⁵⁸ Marina Gascón Abellán y Alfonso García Figueroa. op. cit., p. 136.

⁵⁹ Véase Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, C.E.C., Madrid 2002, 1993, p. 86 y 87.

reglas serían “mandatos definitivos”, normas que únicamente pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida entonces debe exactamente hacerse lo que la misma exige.⁶⁰

A partir de las definiciones descritas se identifican los elementos centrales de la concepción de Alexy con respecto a los principios.

- La graduabilidad. Los principios ordenan que se haga algo en la mayor medida posible. Esto quiere decir que los principios pueden satisfacerse en un mayor o menor grado pero siempre dentro de los márgenes que determinan las posibilidades jurídicas y fácticas; mientras que, las reglas no pueden ser sometidas a ningún tipo de gradualización.
- “La optimización. El cumplimiento de los principios debe tener lugar, en la mayor medida posible, luego el principio exige la optimización del grado de cumplimiento al concurrir con otras normas del sistema.”⁶¹
- El deber ser ideal. La optimización de los principios se regula a partir de una meta ideal a la cual debe propender la aplicación del principio, que marca el deber ser, que consiste en el horizonte de la mayor medida posible.
- “El carácter prima facie. Los principios son mandatos de optimización, no mandatos definitivos. Esto significa que tienen una virtualidad prima facie dentro de unos límites fácticos y jurídicos. Los principios, a diferencia de las reglas, no contienen determinaciones.”⁶²

Debemos hacer presente que el supuesto carácter prima facie de los principios presenta inconvenientes, por cuanto no es un rasgo cualificador de los principios frente a las reglas. Las reglas, previo a ser aplicadas por el operador jurídico, también requieren de cierta deliberación en relación con el resto de las normas del

⁶⁰Robert Alexy., op. cit., p. 86.

⁶¹Marina Gascón Abellán y Alfonso García Figueroa. op. cit., p. 138.

⁶²Ibíd., p. 138.

ordenamiento. En todo caso el carácter *prima facie* no es una característica esencial para fundar una distinción fuerte entre reglas y principios.

Después de lo explicado surge una pregunta central relacionada con los principios entendidos como mandatos de optimización, ¿cómo se determina el óptimo al que debe propender la aplicación de un principio? el óptimo es el resultado de la ponderación de los principios en conflicto.

Ahora bien, como hemos manifestado en reiteradas ocasiones en este capítulo cuando se trata de principios en conflicto no existen criterios definitivos para establecer una jerarquía inamovible de los mismos. Sin embargo, los autores principialistas consideran que existe la posibilidad de ensayar un método racional que discipline los conflictos entre principios.

Para Alexy⁶³ existen dos métodos que disciplinan los conflictos entre principios: 1) un orden estricto o fuerte de principios y 2) un orden débil de los mismos.

En el orden estricto, o cardinal, se asigna un peso, entre 0 y 1, a cada principio. Es decir, el peso de los valores de los principios se expresa en una escala numérica calculable. Por ejemplo el principio “x” tiene el peso de 0’7 mientras que el principio “y” tiene el peso de 0’3. Pero este método implica varios inconvenientes, si la ordenación cardinal se efectúa en abstracto, se genera el riesgo de dar lugar a una estructuración jerárquica de los principios. Se ha dicho que para solucionar el inconveniente referido la ponderación debe contemplar la intensidad de cada principio en el caso concreto.

“Sin embargo, ni siquiera esta corrección es satisfactoria, pues el orden cardinal no hace sino desplazar el problema de la ponderación hacia el momento de la asignación de valor numérico a los principios y, en su caso, a su intensidad en las situaciones concretas.”⁶⁴.

⁶³Véase Robert Alexy op. cit., p.152 y ss; “Sistemas jurídicos, principios jurídicos y razón práctica”, en *Doxa*, nº 5, 1988, p. 145-148.

⁶⁴Marina Gascón Abellán y Alfonso García Figueroa. op. cit., p. 138

Los problemas que subyacen al establecimiento de un orden estricto nos hacen ver que un orden débil podría ser más adecuado. El orden débil de principios según Alexy comprende tres elementos: un sistema de condiciones de precedencia, un sistema de prioridades *prima facie* y un sistema de estructuras de ponderación.

- El establecimiento de condiciones de prioridad, consiste en determinar la superioridad de uno u otro principio en conflicto bajo ciertas condiciones. Utilicemos un ejemplo, supongamos que la justicia constitucional resuelve un caso y señala que bajo ciertas condiciones el derecho a la información prevalece sobre el derecho al honor; y, además digamos que las condiciones en las que prevalece el derecho a la información sean que la información que se emita sea veraz y referida a hechos de trascendencia pública, y que bajo esa condición el derecho a la información prevalece ante el derecho al honor de la persona a quien se refiere tal información. “Pues bien, esta conclusión, puede generalizarse en una ley de colisión que vale para todas las colisiones de principios y que reza: “las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio prevalente”. Así, el que las colisiones entre principios deban resolverse mediante ponderación en cada caso concreto no significa que la solución de la colisión sea solamente significativa para tal caso, sino que pueden establecerse relaciones de prioridad relevantes para la decisión en nuevos casos.”⁶⁵ Sin embargo, estas reglas no pueden agotar todas las posibles situaciones que pueden suceder.
- Por otro lado, es necesario establecer una serie de prioridades *prima facie*. “Las prioridades *prima facie* establecen cargas de la argumentación, pero si son más fuertes los argumentos de un principio que juega en sentido contrario, se cumple suficientemente con la misma.”⁶⁶ De tal suerte que se crea un cierto orden en los principios, aunque no contienen una determinación definitiva.

⁶⁵Ramón Ruiz Ruiz, “LA DISTINCIÓN ENTRE REGLAS Y PRINCIPIOS Y SUS IMPLICACIONES EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO”, URBE et IUS :Newsletter Nro. 20, p. 21. Obtenido 3 17 de junio de 2012, en http://www.urbeetius.org/newsletters/20/news20_ruizruiz.pdf

⁶⁶Ibídem, p. 22.

- Y, el tercer elemento de una teoría débil de los principios es la ley de la ponderación, aunque no es motivo de análisis en este trabajo, debemos brevemente referirnos a ella. Los principios, exigen su realización lo más completa posible, en relación con las posibilidades fácticas y jurídicas. Ahora bien, la referencia a las posibilidades fácticas conduce a los principios de adecuación o idoneidad y de necesidad. El primero de idoneidad exige que una medida restrictiva de un derecho no sea admitida si no es adecuada para conseguir la finalidad para la que fue adoptada; el principio de necesidad, exige que para que tal medida sea aceptada no puede haber otra medida que sea menos grave para el derecho en cuestión y que tenga, por lo menos, la misma eficacia para conseguir la finalidad perseguida. Por otro lado, la referencia a las posibilidades jurídicas implica una ley de ponderación que en palabras de Alexy se formula como sigue: cuanto más alto sea el grado de incumplimiento o de menoscabo de un principio, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro, es decir el principio de proporcionalidad en sentido estricto.

Pero, los tres elementos que conforman el orden débil de principios (sistema de condiciones de precedencia, sistema de prioridades *prima facie* y sistema de estructuras de ponderación) conducen a una teoría de la argumentación jurídica.

En consecuencia, la distinción entre reglas y principios al parecer funciona exclusivamente en el plano argumentativo y no dentro del sistema jurídico; razón por la cual, la tesis más acertada es la que propugna que la distinción entre reglas y principios es gradual y no cualitativa; así que, lo que hace que una norma sea un principio o una regla no es su enunciado lingüístico, sino el modo de solucionar sus eventuales conflictos. Por lo tanto, “sería posible definir los principios como aquellas normas que remiten a una teoría de la argumentación jurídica en mayor medida que las reglas. Esto explicaría la asociación de las reglas a la manera de aplicar los casos fáciles y de los principios a la esfera de los casos difíciles.”⁶⁷

⁶⁷ Marina Gascón Abellán y Alfonso García Figueroa. op. cit., p. 146

CAPÍTULO V. LA FUNCIÓN JUDICIAL EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL.

La existencia del denominado Estado constitucional ha generado en la doctrina una serie de discusiones acerca de su conveniencia; pero, sin lugar a dudas uno de los temas que más polémica ha causado el advenimiento del Estado constitucional en la vida política y jurídica contemporánea es la función que deben cumplir los jueces en este nuevo esquema.

A lo largo del presente trabajo hemos señalado que el Estado legislativo, característico del siglo XIX, sufrió un cambio en su estructura y terminó por incorporar, en la época de posguerras en Europa, un nuevo régimen que implementó una Constitución democrática y rígida, la cual estableció límites jurídicos al poder para la garantía de las libertades y derechos de los individuos y, por ello, la Norma Fundamental asumió carácter normativo con eficacia directa en el sistema jurídico.

Así, el Estado Constitucional defiende la supremacía política de la Constitución y derivadamente su supremacía jurídica; en tal perspectiva, si el Estado legislativo de derecho había proclamado la sumisión de la administración y el juez a la ley, el Estado constitucional postula: la sumisión del poder a la Constitución, lo cual supone -como hemos señalado en todo el trabajo- que también el legislador viene sometido a Derecho y por supuesto a la Constitución.

Las Constituciones que Europa aprobó establecieron un catálogo de valores y principios superiores a las cuales el poder público y todas las personas debían atenerse; en esa virtud, el Derecho ordena y controla la sociedad; pero el Derecho debe ser controlado, a su vez, desde los valores constitucionales a cuyo servicio está. Las normas jurídicas, en especial las leyes, ordenan a la sociedad; mientras que, las leyes son objeto de control material por parte de los jueces quienes deben resolver si éstas son conformes con los valores positivizados en la Constitución.

Por lo tanto, los jueces tienen la delicada tarea de constituirse en garantes de la Constitución y por ende en los últimos depositarios del control del ordenamiento jurídico; razón por la cual, la jurisdicción goza de un considerable poder.

Si existe una enseñanza que la historia ha entregado a la humanidad, y que el constitucionalismo ha recogido como uno de sus rasgos característicos fundamentales, está en conocer que del poder hay que esperar siempre un potencial abuso; por tal motivo, el Estado Constitucional no desconoce esa realidad y propugna que todas las instancias en las cuales se concentra y ejerce poder deben tener control, el problema que surge es determinar quién controla a los jueces que son los últimos depositarios del sistema jurídico, o si los jueces controlan en realidad el respeto de la Constitución.

Ante los cuestionamientos referidos hay algunos temas que deben ser abordados.

Un aspecto que merece atención especial radica en señalar que los valores superiores que una Constitución recoge están elaborados en términos muy amplios e imprecisos; por tanto, determinar el contenido de los valores constitucionales es una tarea compleja; más aun, si se advierte el hecho de que tal determinación es perceptible de manera personal e intuitiva, por ejemplo cada persona cree tener una idea sobre qué es la justicia.

Ante tal inconveniente la solución que ha presentado la organización estatal ha sido establecer una autoridad que defina el contenido de dichos valores, esa autoridad, en virtud del principio democrático, es el legislador; no obstante, dado que los valores, principios y derechos constitucionales tiene un carácter supramayoritario o supralegal son los jueces quienes en última instancia terminan ejerciendo la función de determinar el contenido de los valores constitucionales.

En estrecha relación con lo expuesto se debe también indicar que la Constitución no contiene un sistema cerrado de valores, al contrario es un sistema abierto y flexible pues los agentes jurídicos que operan dicho sistema están vinculados ciegamente a éstos ya que pueden moldearlos, suprimirlos e incluso hasta añadir otros.

Además, los valores establecidos en el texto constitucional ni siquiera reflejan una concepción uniforme. Los valores que la Constitución expresa son tendencialmente contrastantes; razón por la cual, la eventual presencia de varios de ellos en un caso concreto deja al juez sin guía para la acción: se abre un ancho margen para la discrecionalidad judicial, pues es el juez quien debe sopesar los principios en juego y decidir razonablemente; esto es, discrecionalmente cuál debe prevalecer en el caso concreto.

Un Estado que disponga de una verdadera Constitución necesariamente tiene un órgano encargado de controlar el cumplimiento de ésta, dicho órgano (corte constitucional o tribunal constitucional) tiene la importante ventaja de tener un funcionamiento constante y la capacidad de materializar las declaraciones abstractas en resoluciones concretas; es decir, la justicia convierte a la Constitución en algo vivo y real; sin embargo, la instancia responsable del control de constitucionalidad en todo el mundo es vulnerable políticamente y por ello en muchas ocasiones ha sido utilizada como un instrumento más al servicio del poder político.

Ahora, si bien es cierto que el gobierno no puede manipular de forma directa los valores previstos por la Constitución; sin embargo, puede hacerlo cuando se apodera del Tribunal o Corte Constitucional. En el mundo entero e incluso en los países a los cuales se reconoce una calidad democrática y constitucional ejemplar nos encontramos que la justicia constitucional ha dado el contenido más inesperado a los valores constitucionales superiores de acuerdo con los intereses, ideologías e influencias de un puñado de magistrados.

Por lo tanto, después de un análisis crítico debemos aceptar que el poder político tiene la capacidad de convertir a los valores en simples nombres de contenido variable y al final de las estructuras y redes instrumentales del Estado Constitucional nos encontramos al poder político a cuyo servicio está el Derecho y la justicia. Sin embargo, hay que preguntarse si el poder político es el final de la escala, pues al parecer detrás de éste operan intereses de las clases y grupos económicos y sociales que lo apoyan.

En la actualidad los partidos políticos no pueden acceder al poder y menos mantenerse en él sin la estrecha colaboración de determinados grupos y las leyes e incluso las sentencias forman parte del acuerdo. Los grupos económicos cobran por la ayuda que prestan a los políticos y éstos pagan con leyes que les respaldan. En definitiva, la cadena de servicios que atraviesa todo el Estado se alarga y aparecen cada vez más protagonistas y a medida que se va profundizando las relaciones se vuelven más opacas.

El Estado constitucional como modelo de una sociedad justa y moderna hasta ahora no ha podido resistir una verificación sincera con la realidad, y, por tal razón debemos asumir con entereza la verdad, el Estado constitucional es una construcción teórica, una fórmula jurídica, una suerte de tipo político ideal; sin embargo, eso no es motivo para restar importancia a la meta que busca este complejo modelo y que constituye el respeto de la dignidad del ser humano.

Para los autores que defienden el sistema ideado para el Estado constitucional, en relación a los cuestionamientos a la función judicial del Estado constitucional se deben tener presente los siguientes aspectos.

Una caracterización correcta de la función judicial es posible sólo a partir del principio axiológico que da sentido al Estado constitucional, y, en virtud del cual todo sistema constitucional está orientado a la garantía efectiva de los derechos de los individuos.

La actividad jurisdiccional puede caracterizarse por estar únicamente vinculada al interés del Derecho, y ese interés al Derecho no es otro que la tutela de los derechos afectados, vulnerados o lesionados. A partir del principio referido se predica que la función de administración de justicia ejerce la garantía de cierre del sistema jurídico, mediante la corrección de las conductas y desviaciones ilegítimas en que los otros poderes del Estado y los propios individuos incurran.

Para que el poder jurisdiccional realice su función de garante del texto fundamental, a través de la corrección de las conductas ilegítimas en que incurren los sujetos que conforman el ordenamiento constitucional, es necesario que el poder judicial sea un

poder real que tenga la potestad constitucional y política de imponerse a los otros poderes del Estado, cuando los hechos evidencien que dichos poderes han actuado al margen de la Constitución; por lo tanto, el poder judicial tiene que ser un poder independiente.

Para la doctrina constitucional, la independencia judicial debe ser entendida “como el sometimiento a Derecho del juez en el ejercicio de la función jurisdiccional, es decir, como la posibilidad de que el juez pueda decidir conforme a Derecho y sólo a Derecho, dicha afirmación implica no sólo la prohibición de heterointegración, sino también la independencia respecto del sentido político del ordenamiento y la independencia respecto de las consecuencias sociales y económicas de la decisión adoptada. Gracias a estos dos factores, el juez queda situado como un *outsider* al sistema político que tiene como un único criterio rector en la interpretación y aplicación del Derecho el de la garantía de los derechos e intereses de los ciudadanos.”⁶⁸.

A partir de los rasgos señalados para los autores neoconstitucionalistas se puede definir a la función jurisdiccional en el Estado constitucional “como aquella actividad i) ejercida por un poder real e independiente ii) orientado a la garantía de derechos e intereses de los ciudadanos mediante iii) la corrección de los márgenes de desviación e ilegitimidad jurídicas y iv) la resolución de conflictos jurídicos al señalar los derechos e intereses que son legítimos y, por tanto, merecedores de tutela.”⁶⁹.

Un tema de central importancia, y además atravesado por interesantes discusiones doctrinales, es la legitimidad de la función jurisdiccional. Desde el punto de vista funcional los ordenamientos normativos, a consecuencia del principio constitucional de apertura a lo externo, están obligados jurídicamente a la satisfacción y garantía de los derechos; por lo tanto, al sistema jurídico le corresponde dar respuesta a las pretensiones y demandas que a él se dirigen; de tal manera que, el poder judicial asume las funciones que le son atribuidas en el modelo constitucional, lo cual permite la comunicación entre el sistema jurídico y su entorno.

⁶⁸Manuel Antonio Peña Freire, op. cit., p 231.

⁶⁹Loc. Cit.

También la doctrina constitucional sostiene que es correcto señalar que existe una legitimidad constitucional de la función jurisdiccional, lo cual significa que dicha legitimidad se localiza en la Constitución y en el Derecho y no solamente en la ley. “Particularmente no lo está en el sometimiento incondicionado a las decisiones de otros poderes, en especial, si consideramos que éstas pueden desviarse del sentido constitucional y vulnerar derechos de los ciudadanos. Estas decisiones habrán de ser objeto de una acción correctiva por parte del juez, que sólo así cumple con la función que genéricamente tiene atribuida.

La legitimidad del poder judicial, como sede en que se residencia la función jurisdiccional, viene determinada por el cumplimiento de las exigencias y cometidos constitucionales. De este modo, es legitimidad instrumental, pues sólo un modelo de poder judicial que refleje el fin al que se encuentra vinculado es legítimo. En un sentido dinámico, la actuación del poder judicial sólo será legítima mientras esté ordenada a la realización de las funciones que le vienen atribuidas en los textos constitucionales.”⁷⁰

Así para el neoconstitucionalismo, la principal garantía frente al poder del Juez es su absoluto sometimiento al Derecho; esto es, a la totalidad de las normas que integran un ordenamiento jurídico y en virtud de la cuales el juez tiene que resolver un conflicto. En consecuencia, el poder judicial no puede crear sus propias reglas de juego, ni realizar ningún tipo de regulación *ex novo* o con pretensiones de vinculación general.

Los criterios y reglas para la actuación y decisión de la función judicial le vienen dados, en primer lugar, a partir de uno de los principios básicos del Estado constitucional según el cual todos los poderes están sometidos a Derecho y, dada la vinculación del juez al sentido del Derecho, lo que le permite, y al mismo tiempo le obliga, a prescindir del sentido mayoritario, del sentido personal, etc.

⁷⁰Manuel Antonio Peña Freire, op., cit, p 231.

Para los escritores neoconstitucionalistas debe tener presente que, si es consustancial al constitucionalismo la centralidad de un poder judicial fuertemente discrecional y con amplias facultades dispositivas, entonces parece necesario cuidar muchísimo la argumentación para no renunciar a valores como la previsibilidad, certeza, igualdad en la aplicación de la ley y de manera especial el carácter no arbitrario de la función judicial.

El carácter no arbitrario de la función judicial es un aspecto de importancia particular. Si el juez ya “no es la boca que pronuncia las palabras de la ley” sino el depositario de un poder que se ejerce con discrecionalidad, entonces debe justificar la racionalidad de sus decisiones, pues ahí reside su real legitimidad; en tal virtud, debe garantizar que ese ejercicio discrecional de poder no es un ejercicio arbitrario.

La existencia incuestionable de una fuerte discrecionalidad en el desempeño de la función judicial para los teóricos del Estado constitucional no proporciona inmunidad al juez; por el contrario, implica un reto para la implementación de controles jurídicos que se ejercen sobre el proceso argumentativo que conduce desde el inicio del proceso hasta la elaboración de la resolución final.

En nuestra opinión el Estado constitucional supone un ideal difícilmente alcanzable; razón por la cual, como ya dijimos, se trata solo de una construcción teórica que enfrenta un contexto en la cual tanto los intereses del poder político como de los grupos económicos son los que terminan imponiéndose sobre los valores constitucionales.

Ante esa innegable realidad los jueces y en especial los jueces de nuestro país tienen la obligación de capacitarse para entender el tipo de Estado que el Ecuador pretende instaurar tras la aprobación de la Constitución de 2008; y, por otro lado, la función jurisdiccional debe comprometerse a actuar independientemente de las presiones que sobre ella se ejercen.

Finalmente, la Constitución no es por sí misma más que un texto lingüístico así en dicho texto se prometan los valores más maravillosos del mundo actual, lo que hace

a la Constitución un elemento de importancia para el Derecho y la sociedad es la voluntad del Estado, los partidos, y la sociedad en hacerla operativa.

CONCLUSIONES.

De conformidad con la investigación realizada podemos arribar a las siguientes conclusiones.

- El Estado es una institución reciente en la historia de la humanidad, constituye el régimen de coexistencia humano más complejo de los conocidos y representa la primera forma propiamente política de organización social en la que el poder se institucionaliza. El principio de igualdad es el elemento que caracteriza y diferencia al Estado de todas las demás formas políticas conocidas.
- El Estado se concibió como un poder que por principio se encuentra concentrado en una instancia objetiva que se relaciona por igual con todos los individuos, y ahí está su carácter potencialmente opresor, en la medida en que concentra el poder como no había ocurrido antes; por ello, en la desconfianza hacia el uso que se pudiera hacer del monopolio del poder, es donde encontraría fundamento la reivindicación de los derechos y la división de poderes.
- El Estado de derecho del siglo XIX es una creación cuyo objetivo central es la eliminación de la arbitrariedad en el ámbito de la actividad estatal. El Estado liberal se caracteriza por la concepción de la ley como acto de un parlamento representativo y se concreta en: a) la supremacía de la ley sobre la Administración; b) la subordinación de los derechos de los ciudadanos a la ley; c) la presencia de jueces con competencia exclusiva para aplicar sólo la ley en las controversias surgidas entre los ciudadanos y entre éstos y la Administración del Estado.
- El Estado de derecho entiende a la ley como un acto normativo jerárquicamente superior; por tanto, el Derecho se ve reducido a la ley, de manera que, el poder absoluto del rey fue sustituido por el poder absoluto del órgano que tiene la responsabilidad de elaborar la ley. La ley fue la expresión de la hegemonía de la cámara legislativa, frente a todos los actos jurídicos,

incluso frente a las Constituciones de aquella época, que eran documentos flexibles susceptibles de ser reformados por la ley.

- Se advierte entonces que el Estado de derecho decimonónico al enfrentarse con la realidad se somete a una serie de cuestionamientos que afectan su estructura. La ley no es una expresión de generalidad y abstracción de una sociedad homogénea, sino un instrumento de competición y de enfrentamiento social y constituye la continuación del conflicto. La ley se enfrenta con un hecho incuestionable: el Estado de derecho proclamó un ordenamiento unificado; no obstante, la realidad demostró la imposibilidad de que todas las funciones que debían ser objeto de regulación social, puedan ser abarcadas por la ley.
- A partir de las deficiencias del Estado de Derecho se ensayará una nueva fórmula para intentar el pleno sometimiento del poder al Derecho, a través del Estado constitucional.
- El Estado constitucional de derecho constituye el adelanto del Estado de derecho y se caracteriza por integrar un plano de juridicidad superior, vinculante e indisponible para todos los poderes del Estado. Ahora bien, sólo son Estados constitucionales aquellos modelos que incorporan una serie de límites o vínculos materiales, como condiciones de validez normativa, a las posibilidades de expresión del poder político.
- La doctrina constitucional contemporánea ha establecido que se puede hablar de un ordenamiento jurídico constitucionalizado, cuando se presenten las siguientes condiciones: Constitución rígida, garantía jurisdiccional de la Constitución, fuerza vinculante de la Constitución, aplicación directa de la Norma Fundamental, sobreinterpretación de la Constitución, aplicación conforme de las leyes; y la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas.
- En ese contexto, la afirmación según la cual la Constitución aprobada en 2008 es la que incorpora por primera vez el Estado constitucional, más allá

de la declaración solemne del primer artículo, no es correcta por cuanto la Constitución de 1998 es la que recoge los elementos para un cambio de paradigma en la cultura constitucional ecuatoriana.

- Para entender el postulado del Estado constitucional de derechos y justicia resulta imprescindible abordar cada uno de sus elementos.
- El Estado constitucional permite responder las preguntas sobre quién es la autoridad, cómo se hacen las normas y qué contenido deben tener.
- El Estado de derechos, por su parte, es una categoría desconocida en las tipologías del Estado y constituye el ideal de superar el régimen del Estado constitucional, a través del protagonismo que toman los derechos para el ordenamiento jurídico.
- La invocación a la justicia que hace el legislador constituyente de Montecristi en el primer precepto del texto constitucional está conectada con los postulados centrales del Estado constitucional y del Estado derechos. La idea que respalda al Estado de Justicia está en que la justicia es una finalidad que debe cumplir la organización social, a través de la incorporación de un modelo sustentado en los derechos sociales y las libertades, en la solidaridad y en la protección de los menos favorecidos. Sin embargo, la noción de justicia es complementaria al postulado del Estado constitucional de derechos, y no un aspecto esencial.
- Los derechos que se reconocen en una Constitución son la pieza fundamental de los contenidos que existen en la misma. En el Estado constitucional el poder encuentra su legitimidad en un presupuesto externo que es la persona y su dignidad; por lo tanto, los derechos fundamentales se entienden como la principal y más fuerte expresión de la centralidad de la persona.
- La noción de los derechos fundamentales está edificada sobre la idea de la dignidad. A través de la dignidad el individuo es reconocido como un fin en sí mismo, como un sujeto fundamental, al cual se le reconoce un valor

intrínseco, sin mérito alguno, y por lo tanto, objeto de protección del ordenamiento jurídico y de la sociedad en general; así, la dignidad es un valor jurídico supremo y un axioma ético.

- Los derechos reconocidos en la Constitución no son bienes jurídicos absolutos, por el contrario, los derechos son expresiones jurídicas limitadas porque el Estado constitucional está fundado en un orden plural, democrático y dinámico; en esa perspectiva, los derechos tienen un contenido esencial, salvo habilitación, no pueden ser vaciados.
- La incorporación en el ordenamiento jurídico de la cláusula de intangibilidad de los derechos fundamentales configura una garantía de protección de los derechos frente a las injerencias del poder (público o privado). El contenido esencial de un derecho es un límite, sobre el cual el poder debe abstenerse de producir alguna intervención restrictiva e ilegítima. Ahora, la determinación del contenido esencial del derecho debe hacerse observando la teoría relativa.
- Las ideas de coherencia y viabilidad del positivismo jurídico han sido cuestionadas desde múltiples perspectivas una de las que más frutos ha producido, es la que ha tenido lugar desde la llamada jurisprudencia de principios o constitucionalismo de principios.
- Existen tres posturas doctrinarias básicas que se han formulado entre principios y reglas: 1) la tesis fuerte de la separación, de conformidad con la tesis fuerte de la separación, entre reglas y principios existen diferencias cualitativas. 2) La tesis débil de la separación, según esta tesis entre reglas y principios existe una diferencia meramente gradual; y, finalmente 3) la tesis de la conformidad, según la cual entre principios y reglas no existe diferencias.
- Al parecer la tesis más acertada es la que propugna que la distinción entre reglas y principios es gradual y no cualitativa; así que, lo que hace que una norma sea un principio o una regla no es su enunciado lingüístico, sino el

modo de solucionar sus eventuales conflictos. Por lo tanto, sería posible definir los principios como normas que remiten a una teoría de la argumentación jurídica en mayor medida que las reglas.

- La existencia del Estado constitucional ha generado en la doctrina una serie de discusiones acerca de su conveniencia y uno de los temas de mayor controversia es el poder que ejercen los jueces en sus nuevas funciones.
- Las Constituciones actuales establecen una serie de valores y principios superiores a las cuales el poder público y todas las personas deben atenerse; en esa virtud, el Derecho ordena y controla la sociedad; pero el Derecho debe ser controlado, desde los valores constitucionales; por lo tanto, los jueces tienen la delicada tarea de constituirse en garantes de la Constitución y por ende en los últimos depositarios del control del ordenamiento jurídico, el problema que surge es determinar quién controla a los jueces que son los últimos depositarios del sistema jurídico.
- Los valores superiores que una Constitución recoge están elaborados en términos muy amplios; por tanto, determinar el contenido de los valores constitucionales es una tarea compleja; más si se advierte el hecho de que tal determinación es perceptible de manera personal e intuitiva. Ante tal inconveniente la solución que ha presentado la organización estatal ha sido establecer que la jurisdicción sea la instancia que defina el contenido de dichos valores.
- Un Estado que disponga de una Constitución tiene un órgano encargado de controlar el cumplimiento de ésta, dicho órgano tiene la importante ventaja de tener un funcionamiento constante y la capacidad de materializar las declaraciones abstractas en resoluciones concretas. Sin embargo, el poder político tiene la capacidad de convertir a los valores en nombres de contenido variable.

- En la actualidad el Estado constitucional como modelo de sociedad justa y moderna hasta ahora no ha podido resistir una verificación sincera con la realidad. El Estado constitucional supone un ideal difícilmente alcanzable; se trata solo de una construcción teórica que enfrenta un contexto en la cual tanto los intereses del poder político como de los grupos económicos son los que terminan imponiéndose sobre los valores constitucionales.
- Ante esa innegable realidad los jueces tienen la obligación de capacitarse y la responsabilidad de comprometerse a actuar independientemente de las presiones que sobre ellos se ejercen.
- Finalmente, lo que hace a la Constitución un elemento de importancia para el Derecho y la sociedad es la voluntad del Estado, los partidos, y la sociedad en hacerla operativa.

BIBLIOGRAFÍA:

ALEXYS Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Colección: El Derecho y la Justicia. Tercera Reimpresión a la Primera Edición. Traducción: Ernesto Garzón Valdés. Madrid-España. 2002.

ÁVILA Santamaría Ramiro, *El neoconstitucionalismo transformador. El estado y el derecho en la Constitución de 2008*, Ediciones Aby-Yala, 1era edición, Quito-Ecuador, 2011.

ÁVILA Santamaría Ramiro, “Las garantías: herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos”, en *Desafíos Constitucionales, La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Quito, Serie Justicia y Derechos Humanos, 1era ed., 2008.

BERNAL Pulido Carlos, *El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2005.

BORJA Rodrigo, *Derecho Político y Constitucional*, México, Fondo de Cultura Económica, última edición, 1991.

CARBONELL Miguel, *neoconstitucionalismo y derechos fundamentales*, CEVALLOS EDITORA JURÍDICA, Quito-Ecuador, 2010.

DWORKIN Ronald, *Los derechos en serio*, ARIEL S.A, Barcelona España, 5ta reimpresión 2002.

FERRAJOLI Luigi, “Pasado y Futuro del Estado de Derecho”, en *Neoconstitucionalismo (s)*, Madrid, Editorial Trotta, 2003.

GUASTINI Riccardo, *INTERPRETACIÓN, ESTADO Y CONSTITUCIÓN*, Lima-Perú, ARA EDITORES, 1era ed., 2010.

HABERLE Peter, *El contenido esencial como garantía de los derechos fundamentales*. Grungetz 3 Auflage. Heidelberg. 1983.

LONDOÑO AyalaCésar Augusto, *Bloque de Constitucionalidad*, Bogotá Colombia, Ediciones Nueva Jurídica, 1era edición, 2010.

MARINA José Antonio y de la VÁLGOMA María, *La Lucha por la dignidad. Teoría de la felicidad política*, Barcelona, EDITORIAL ANAGRAMA, S.A, 2da edición, 2001.

PEÑA Freire Manuel Antonio, *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, Madrid, Editorial Trotta S.A, 1997.

PÉREZ Royo Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 8va ed., 2002.

PISARELLO Gerardo, Derechos sociales, democracia e inmigración en el constitucionalismo español: del originalismo a una interpretación sistemática y evolutiva, en M^a José AÑÓN: *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración*, Tirant Blanch, Valencia, 2004.

SANCHÍS Luis Prieto, *“JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES*, Trotta, Madrid 2da ed. 2003.

WILHELM Marco Aparicio, *“Derechos: enunciación y principios de aplicación”* en Desafíos Constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva, Serie Justicia y Derechos Humanos, Neoconstitucionalismo y Sociedad, 1era edición, Quito-Ecuador, 2008.

ZAGREBELSKY Gustavo, *El derecho dúctil, ley-derechos-justicia*, Madrid, Editorial Trotta, 8va ed., 2008.

BIBLIOGRAFÍA ELECTRÓNICA:

ABELLÁN Marina Gascón y García Figueroa Alfonso, *Interpretación y Argumentación Jurídica*, San Salvador, el Salvador, Edición del Consejo Nacional de la Judicatura del Salvador, Escuela de Capacitación Judicial, 1era edición, 2003, en <http://www.cnj.gob.sv/images/stories/documentos/pdfs/InterpretacionArgumentacionJuridicaII/Interpjuridicaintro.pdf>

AÑON María José, *Derechos Fundamentales y Constitución*, en http://drept.unibuc.ro/dyn_doc/relatii-internationale/cds-2010-3.Cc-40.-Anon.pdf.

LÓPEZ Carlos Alberto, *MUTACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES POR LA INTERPRETACIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. CONCEPTO, JUSTIFICACIÓN Y LÍMITES*, tesis doctoral para la Universidad Carlos III de Madrid, en http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/10016/2534/1/tesis_lopez_cadena.pdf.

RUIZ Ruiz, Ramón, “LA DISTINCIÓN ENTRE REGLAS Y PRINCIPIOS Y SUS IMPLICACIONES EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO”, *URBE et IUS Newsletter* Nro. 20, en http://www.urbeetius.org/newsletters/20/news20_ruizruiz.pdf.

LEGISLACIÓN UTILIZADA:

-Constitución Política de la República del Ecuador 1998. (R.O. No. 1 de 11 de Agosto de 1998).

-Constitución Política 2008, aprobada en referéndum del 28 de septiembre de 2008. (R.O. No. 449 de 20 de Octubre de 2008).