



Universidad del Azuay

Especialidad en Derecho Constitucional

***LA APLICACIÓN E INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS
CONSTITUCIONALES COMO PRINCIPIOS DE APLICACIÓN DE LOS
DERECHOS SEGÚN LA CONSTITUCIÓN DEL 2008***

**Trabajo previo a la obtención del título de Especialista en Derecho
Constitucional**

Autor: Abg. José Fernando Naranjo Naranjo

Director: Dr. Jorge Morales Álvarez

Cuenca, Ecuador

2011

DEDICATORIA

Primeramente a Dios, por darme a mis padres y hermanos, que son la razón de mi superación.

A mis padres, por su dedicación y preocupación a mi persona, y apoyarme siempre en mi formación profesional.

A mis hermanos, por apoyarme siempre en mis estudios.

A mis sobrinos; para que durante su formación que recibirán sea fuente de inspiración y surgimiento.

AGRADECIMIENTO

Expreso mi agradecimiento y estima a mi Director de Tesis, Dr. Jorge Morales Álvarez por todo el apoyo recibido durante el desarrollo de este trabajo.

Al Departamento de Posgrados por todo el gran esfuerzo realizado, antes y durante la Especialización de Derecho Constitucional.

Al Dr. Tarquino Orellana, Director de la presente Especialización por la gran organización y desempeño para que este estudio sea de un nivel excelente.

A mi familia por ofrecerme su apoyo y ayuda de manera incondicional, durante todo este proceso de formación.

RESUMEN

La aplicación e interpretación de las normas constitucionales como principios de aplicación ha puesto como manifiesto la efectividad que tienen los derechos fundamentales y garantías para su pleno cumplimiento, al definirse el Estado Ecuatoriano como “Estado Constitucional de Derechos y Justicia”, sometiendo a todos los poderes públicos a respetar y garantizar los derechos fundamentales.

Bajo este nuevo paradigma del Neoconstitucionalismo ha replanteado la naturaleza y el alcance de la actividad judicial, donde los jueces tienen la cruda tarea que enfrentan sobre severos problemas interpretativos y aplicativos y en los que deben y requiere de un amplio arsenal de técnicas y protocolos argumentativos.

La Constitución del 2008, a comparación de la Constitución anterior supera todo ese anacronismo que limitaba tanto la aplicabilidad e interpretación de las normas jurídicas, sobre el nuevo rol de los jueces como garantes de los derechos, y un órgano denominado Corte Constitucional, como intérprete máximo de la Constitución.

ABSTRACT

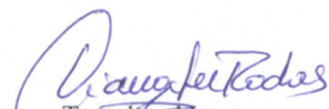
The application and interpretation of constitutional regulations as principles of practice have demonstrated the effectiveness of the observance of the fundamental rights and guarantees, defining the Ecuadorian State as a "Constitutional State of Rights and Justice" and forcing all public powers to respect and guarantee the fundamental rights.

Under this new paradigm of Neo-Constitutionalism, the nature and scope of the judicial activity has been restated. Judges face the difficult task of dealing with complex interpretation problems, which require an ample arsenal of argumentation techniques and protocols.

The 2008 Constitution compared to the previous Constitution rises above the anachronism that limited the applicability and interpretation of judicial regulations; the Judges play a new role as guarantors of rights and an organism known as Constitutional Court is the maximum interpreter of the Constitution.



UNIVERSIDAD DEL
AZUAY
DPTO. IDIOMAS



Translated by,

Diana Lee Rodas

INDICE DE CONTENIDOS

DEDICATORIA	II
AGRADECIMIENTO	III
RESUMEN	III
ABSTRACT	V
INTRODUCCIÓN	1
CAPITULO 1. CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO	
1.1.Una Constitución Rígida	4
1.2. La Garantía Jurisdiccional de la Constitución	4
1.3. La Fuerza Vinculante de la Constitución	5
1.4. La Sobre- Interpretación de la Constitución	6
1.5. La Aplicación Directa de las Normas Constitucionales	7
1.6. La Interpretación Conforme a las Leyes	7
CAPITULO 2. DEL ESTADO LEGAL AL ESTADO CONSTITUCIONAL	
2.1. El Estado Legal de Derecho	11
2.2. El Estado Constitucional de Derechos	13
2.2.1. El Estado de Derechos	16
2.2.2. El Estado de Justicia	19
2.2.3. La Pluralidad Jurídica	22
CAPITULO 3. LAS NORMAS CONSTITUCIONALES	
3.1. Las Reglas Constitucionales	24
3.2. Los Principios Constitucionales	24
3.3. Los Valores Constitucionales	37
3.4. Diferencia entre Normas, Principios y Valores	38

CAPITULO 4. APLICACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN

4.1.La Constitución como Norma Jurídica_____	40
4.2. La Aplicación Directa de la Constitución por parte de los Jueces Constitucionales_____	43
4.3.Consecuencias de la Aplicación Directa de la Constitución_____	51

CAPITULO 5. INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

4.1. Del Poder Legislativo al Control Constitucional_____	53
4.2. Qué significa Interpretación_____	56
4.3. La interpretación Constitucional_____	57
4.4. La Interpretación Constitucional y Derechos_____	62
4.5. La Corte Constitucional, el único órgano competente para Interpretar la Constitución.- ¿Existe otros intérpretes?_____	64
4.6. Teorías sobre la Finalidad de la Interpretación_____	74
4.7. Principios que sirve de guía a la Interpretación Constitucional_____	75
4.8. Presupuesto de la Interpretación Constitucional_____	77

6. CONCLUSIONES

7. REFERENCIA BIBLIOGRAFIA

INTRODUCCIÓN

El Neo-constitucionalismo se ha introducido como una nueva fórmula, de surgimiento, de cambio dentro de un ordenamiento jurídico; y eso es el Estado Constitucional. Han sido varios los aportes interesantes de autores destacados que han aportado por esta nueva alternativa los parámetros y lineamientos en que se funda este razonamiento. Sobre esas bases han sido varios los ordenamientos jurídicos contemporáneos que han adoptado este nuevo paradigma; entre ellos el Estado Ecuatoriano.

A partir del 2008, el Ecuador al definirse en su Artículo 1° como un “Estado Constitucional de Derechos y Justicia”, desencadenó un vuelco transversal tanto en la estructura y en funcionamiento del Derecho. Lo más prominente será sobre los derechos fundamentales, dotándoles de nuevos parámetros de efectibilidad y exigibilidad para su cabal cumplimiento. Antes los derechos se garantizaban mediante prestaciones, obligaciones de hacer por parte del poder público. Ahora existe una serie de prohibiciones y limitaciones al poder estatal garantizando así los derechos fundamentales, sometiendo los derechos al Estado.

Los derechos se han convertido en el eje, círculo donde debe girar la aplicación e interpretación de todo el ordenamiento jurídico, donde las normas constitucionales han sido revestidas como principios de aplicación (art 11); podríamos afirmar así que el Ecuador es un Estado de Derechos.

Este trabajo tiene como fin primordial especificar las principales herramientas y técnicas para los operadores jurídicos, donde el Estado ha depositado ante su responsabilidad el garantizar los derechos reconocidos en la Constitución, denominados bajo la descripción de “garantes”; y controlados por un órgano máximo de interpretación constitucional (Corte Constitucional). A su vez también está dirigido para todos los actores políticos, que tengan su interés por la teoría de la aplicación e interpretación de las normas constitucionales.

CAPITULO 1. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

El constitucionalismo podríamos sostener que comienza a surgir a finales de la segunda guerra mundial, sustituyendo en algunos ordenamientos jurídicos al Estado de Derecho. Parece que se ha consolidado en la doctrina el uso de la expresión constitucionalismo avanzado o constitucionalismo de derechos o (neo) constitucionalismo como lo consideran algunos autores para designar el nuevo modelo jurídico que representa el Estado Constitucional de Derecho, comienzan a introducirse como ejemplos en constituciones como Alemania e Italia (primero); Portugal y España(segundo). Son varios los aportes de autores sobre el constitucionalismo del ordenamiento jurídico que en su conjunto sostienen que las modificaciones operadas sobre el modelo o paradigma de un estado constitucional son de tal entidad que ya puede hablarse de un estado (neo) constitucional.

Comenzaremos haciendo algunas consideraciones de algunos autores sobre el constitucionalismo.- **LOUIS FAVOREU**, sostiene que debemos entender como un “Proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente impregnado por las normas constitucionales”. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una constitución extremadamente invasora, entrometida (pervasiva, invadente), capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales.¹

ALFONSO GARCIA FIGUEROA, denomina constitucionalización “Al proceso y al resultado de la transformación del Derecho causada por la Constitución”.²

SANTIAGO SASTRE ARIZA, argumenta que el modelo jurídico de un Estado Constitucional de Derecho, que surge con el paradigma del constitucionalismo se caracteriza porque reúnen dos funciones fundamentales. En primer lugar la noción del

¹FAVOREU Louis; “Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico”; ensayo presentado en el XV Congreso Internacional de Derecho Comparado; Bristol, 1998; mención de GUASTINI Riccardo.

² GARCIA FIGUEROA Alfonso; “La Teoría del Derecho en Tiempos de Constitucionalismo”; Editado por CARBONELL Miguel; en su libro “Neo – Constitucionalismo”; Editorial Trotta, 2003, Madrid; pág. 163.

poder constituyente va perdiendo su significado revolucionario o su agresividad y se va asociando cada vez más al concepto de legalidad constitucional, es decir, a la posibilidad de una legalidad superior a la ordinaria y que, por tanto, es capaz de limitar al legislador. En segundo lugar, la Constitución aparece como un marco normativo regido por el principio del pluralismo en el que se establecen las reglas del juego democrático, pero esto no impide que pueda desempeñar una importante función directiva para el futuro, ya que en ella se establecen los principios fundamentales que deben regir la comunidad.

Del mismo modo el autor sostiene dos persecuciones que estas Constituciones Constitucionales de Derecho pueden ocasionar, tienen que ver sobre todo: **1)** con su condición normativa garantizada y **2)** con las características de su contenido. Con el primero se alude a que el proceso de normativización se logró superar todos los obstáculos(entre ellos la resistencia del principio monárquico, la concepción rousseaniana de la ley y la noción de Constitución del liberalismo decimonónico) y, finalmente dejó de ser considerada una norma con un valor meramente programático o como un conjunto de recomendaciones u orientaciones dirigidas al legislador, para consolidar su valor normativo y operar como una auténtica norma jurídica con eficacia directa e inmediata. Con lo segundo se quiere subrayar que en estas Constituciones Constitucionales, en contra de las advertencias de Kelsen, se incorporan contenidos materiales que adoptan la forma de derechos, principios, directrices y valores. Estas disposiciones constitucionales presentan un amplio grado de indeterminación, destacando principalmente el tipo de vaguedad que ofrecen los conceptos esencialmente controvertidos que expresan un contenido con una fuerte carga valorativa difícil de precisar. La concepción de la Constitución como norma afecta directa y especialmente a las funciones de quienes habían venido desempeñando la tarea legislativa y la labor jurisdiccional. Sintéticamente, el carácter voluntarista que caracteriza la actuación del legislador (reflejada en el principio hobbesiano auctoritas non veritas facit legem), aparece ahora erosionado debido a lo que se ha denominado el sometimiento al imperio de la Constitución. Por otro lado, la Función Jurisdiccional ya no puede responder a un modelo cognoscitivista y deductivista de aplicación de la

ley (al que se refiere la máxima veritas, non auctoritas fácil iudicium), ya que los preceptos constitucionales dejan un amplio margen de actuación³.

FIORAVANTI, autor italiano considera que las constituciones constitucionales se definen por la conjunción de dos rasgos: el de ser una norma que limita al legislador y el de ser una norma directa fundamental.

RICCARDO GUASTINI, considera que la constitucionalización es una cuestión de grado, en el sentido de que un ordenamiento puede estar más o menos constitucionalizado dependiendo de cuantas y cuales condiciones de Constitucionalización estén satisfechas en el seno de aquel ordenamiento. Solo estando satisfechas tales condiciones el ordenamiento jurídico de que se trate estará completamente impregnado por las normas constitucionales. Por tal motivo el autor hace una consideración muy importante y un aporte interesante sobre cuáles deben ser las bases que deben partir una constitución invasora, impregnada, de las cuales considero necesarias traer a colisión para nuestro estudio para entender sobre la Constitucionalización del ordenamiento jurídico.-

1.1. Una Constitución Rígida.-

Una Constitución es rígida si y solo si, en primer lugar es escrita; en segundo lugar, está protegida (o garantizada) frente a la legislación ordinaria.

1.2. La Garantía Jurisdiccional de la Constitución.-

La rigidez de una Constitución aunque este formalmente establecida requiere la presencia de un órgano de control, tal control que ejerce es un órgano jurisdiccional; (Corte, Tribunal Constitucional, y Jueces), según la Constitución Ecuatoriana es la Corte Constitucional.

³ SASTRE ARIZAGA Santiago; "La Ciencia Jurídica ante el Neo – Constitucionalismo"; editado por CARBONELL Miguel; en su libro "Neo – Constitucionalismo"; Editorial Trotta S. A. Madrid, 2003; págs. 240 – 241.

Existen algunos tipos de control por órganos jurisdiccionales en los diferentes ordenamientos jurídicos, traeremos a colisión algunos modelos fundamentales de control:

- a) Primer modelo (como ejemplo, Estados Unidos), control a posteriori (por vía de excepción) y, por lo tanto in concreto, ejercido por cada juez en el ámbito de su propia competencia jurisdiccional. Este sistema de control presenta dos características importantes: En primer lugar, hace posible que una ley inconstitucional entre en vigor y también que sea aplicada por un largo tiempo antes de que su ilegitimidad constitucional sea reconocida por los jueces. En segundo lugar, dentro de este sistema, la decisión de un juez- incluso de un Tribunal Supremo- que declare la ilegitimidad constitucional de una ley, no produce efectos generales, sino solo efectos circunscritos a la controversia decidida.
- b) Segundo modelo (Francia), control a priori (por vía de acción) y, por lo tanto, in abstracto, ejercido por un Tribunal Constitucional (o por órgano similar). Este tipo de control teóricamente impide que una ley inconstitucional pueda entrar en vigor. Pero el control in abstracto no puede asegurar una total conformidad de las leyes con la Constitución, ya que los posibles efectos inconstitucionales de una ley no siempre pueden ser determinados plenamente si no es atendiendo a su impacto sobre casos concretos.
- c) Tercer modelo (Alemania, Italia, España, etc.), control a posteriori (por vía de excepción) y, por lo tanto, in concreto, ejercido por un Tribunal Constitucional. Este tipo de control, siendo a posteriori, no puede impedir la entrada en vigor de leyes inconstitucionales. Por otra parte, la decisión del Tribunal Constitucional, que declara la ilegitimidad de una ley, está provista de efectos generales erga omnes. En otras palabras: la ley es anulada en definitiva y ya no puede ser aplicada por juez alguno.

1.3. La Fuerza Vinculante de la Constitución.-

Una Constitución posee fuerza vinculante en el sentido de que incluyen, al lado de las normas sobre la organización del estado, también una declaración de derechos o sea, una serie de normas que regulan directamente las relaciones entre el Estado y los ciudadanos. Además lo que más cuenta en el seno de las declaraciones de derechos frecuentemente se encuentran no solo normas claras y precisas, que confieren derechos de libertad sino también:

- a) Principios generales que son directamente aplicables pero exigen interpretación y concretización por obra del legislador, de los jueces y de los órganos del Estado en general;
- b) Disposiciones programáticas que confieren a los ciudadanos ya no derechos de libertad sino otros derechos. Uno de los elementos esenciales del proceso de Constitucionalización es precisamente la difusión, en el seno de la cultura jurídica, de la idea de que toda norma constitucional independientemente de su estructura o de su contenido normativo es una norma jurídica genuina, vinculante y susceptible de producir efectos jurídicos.

1.4. La Sobre_ Interpretación de la Constitución.-

Depende de la postura de los intérpretes frente a la Constitución, los jueces (especialmente el Tribunal o Corte Constitucional, en caso de que exista), los órganos del estado en general y, naturalmente los juristas. Toda Constitución por muy larga que sea, aun así finito fatalmente contiene lagunas, visto de que jamás una constitución puede regular la vida social y política en su totalidad.

Por otro lado, una laguna, cualquier laguna, en cualquier texto normativo no depende del texto en cuanto tal; depende como está interpretado el texto en cuestión, ya que todo texto normativo es susceptible de diversas interpretaciones. Una condición importante de Constitucionalización es precisamente la sobre_ interpretación del texto Constitucional. Cabe decir que la sobre_ interpretación de la Constitución presupone que la Constitución misma sea entendida como vinculante.

1.5. La Aplicación Directa de las Normas Constitucionales.-

Esta condición depende por un lado, de la difusión en el seno de la cultura jurídica de cierta concepción de la Constitución; por otro lado, de la actitud de los jueces, la función de la Constitución es moldear las relaciones sociales. Por consecuencia, también se tiende a pensar que las normas constitucionales, sobre todo los principios generales y las normas programáticas, pueden producir efectos directos y ser aplicadas por cualquier juez en ocasión de cualquier controversia. La idea es que la Constitución deba ser inmediatamente aplicada también en las relaciones entre particulares, al menos siempre y cuando la controversia de que se trate no pueda ser resuelta sobre la base de la ley, ya sea porque la ley muestra lagunas, o porque la ley si ofrece una solución, pero tal solución parece injusta.

La aplicación directa de la Constitución, junto con la concepción de la Constitución que esta presupone, es otro elemento esencial de la constitucionalización del ordenamiento. Condición que se encuentra estrechamente vinculada con la fuerza vinculante de la Constitución y con la sobre- interpretación de la Constitución, porque la aplicación directa de la Constitución sea concebida como un conjunto de normas vinculantes para cualquiera; por otro lado, que el texto constitucional sea sometido a interpretación extensiva.

1.6. La Interpretación Conforme de las Leyes.-

Esta condición tiene relación con la técnica de interpretación no de la Constitución, sino de la ley. No existe un texto normativo que tenga un solo significado determinado antes de la interpretación, es decir ningún texto normativo es susceptible nunca de una sola interpretación. Pues bien, sucede frecuentemente que cierta disposición legislativa interpretada in abstracto(es decir simplemente leyendo el texto) o in concreto(es decir, en ocasión de una controversia específica) es susceptible de dos interpretaciones: la primera, N1

contradice a una norma constitucional, mientras que la segunda, N2, por el contrario, es del todo conforme con la Constitución.

Evidentemente, toca al juez elegir la interpretación “correcta”, en el sentido de que es su tarea decidir cuál interpretación es preferible. El juez puede, por consiguiente, elegir entre dos posibilidades: interpretar la disposición en cuestión de la primera forma y, por consiguiente considerarla inconstitucional, o, bien interpretarla de la segunda forma y considerar, por tanto, que es conforme con la Constitución. Esta segunda interpretación se le suele llamar “conforme” (adecuadora o armonizante). La interpretación conforme es, en suma; aquella que adecua, armoniza la ley con la Constitución (previamente interpretada), eligiendo frente a una doble posibilidad interpretativa, el significado(o sea, la norma) que evite toda contradicción entre la ley y la Constitución.⁴

Dentro del estudio del constitucionalismo será necesario hacer otras anotaciones para adentrarnos sobre algunos datos de su transformación, para ello tomaremos las referencias del autor **ALFONSO GARCIA FIGUEROA**.- Quién sostiene que el desarrollo del constitucionalismo ha influido poderosamente ciertos aspectos implícitos, entre ellos: un aspecto material, un aspecto estructural, un aspecto funcional y un aspecto político.

1) El aspecto material de la Constitucionalización del ordenamiento jurídico consiste en la consabida recepción en el sistema jurídico de ciertas exigencias de la moral crítica bajo la forma de derechos fundamentales, es decir; el derecho ha adquirido una fuerte carga axiológica, se ha rematerializado. El aspecto material de la Constitucionalización ha tendido así a reforzar entre los juristas un concepto no positivista del Derecho en el que el sistema jurídico está vinculado a la moral conceptualmente. Seguramente este sea uno de los elementos que distinga al constitucionalismo actual (neo_ constitucionalismo) con el tradicional que era sobre todo una ideología, una teoría meramente normativa, mientras

⁴GUASTINI Riccardo; “La Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico: Caso Italiano”; editado por Miguel Carbonell en su libro “Neo - Constitucionalismo”; Editorial Trotta; año 2003; pág. 49-58.

que el constitucionalismo actual se ha convertido en una teoría del Derecho opuesto al positivismo jurídico como método.

- 2) El aspecto estructural de la Constitucionalización del ordenamiento tiene que ver con la estructura de las normas constitucionales.
- 3) El aspecto funcional se expresa a través del tipo de argumentación que estás fomentan.-

a) Los principios constitucionales permiten por su particular estructura expandir inmensamente su ámbito de influencia. El autor Robert Alexy habla en este sentido de una “omnipresencia de la Constitución”, que incide sobre el ordenamiento jurídico, y sobre la aplicación del ordenamiento. En cuanto los principios constitucionales inciden sobre el ordenamiento jurídico, el autor haciendo referencia a lo manifestado por el Tribunal Constitucional Alemán, en expresión del tribunal se produce un “efecto de irradiación” de los principios constitucionales sobre todo el ordenamiento jurídico, cuya interpretación se somete a los principios constitucionales. Sobre la aplicación del derecho, pues los principios constitucionales son capaces de disciplinarlo todo, amplían la aplicabilidad del sistema jurídico, de modo que nada queda fuera de su ámbito. Riccardo Guastini se refiere a este fenómeno como “sobre-interpretación constitucional”; no existen espacios vacíos, esto es libres del Derecho Constitucional; toda decisión legislativa esta prerregulada, no existe lugar para la discreción legislativa.

b) Bajo su aspecto funcional, los principios constitucionales alientan una forma distinta de aplicar el Derecho, la ponderación. Tal ponderación remite necesariamente a un razonamiento jurídico complejo cuyas premisas van más allá del Derecho Legal y cuya aplicación no responde propiamente al esquema subsuntivo de la aplicación como se había concebido tradicionalmente. La teoría de los principios remite por última instancia a una teoría de la argumentación jurídica.

Si el aspecto material de la Constitucionalización del ordenamiento ha vinculado el Derecho a la Moral, el aspecto funcional ha aproximado el razonamiento jurídico al razonamiento moral. Si a ello se añade que la teoría de la argumentación jurídica ha primado la respectiva argumentativa en el estudio del Derecho, esto es, su estudio como un sistema dinámico de argumentos y no como un mero sistema estático de reglas y principios, el resultado final consiste en que el estudio de un tipo específico de argumentación práctica general.

- 4) En términos políticos, tanto el aspecto material, estructural y funcional del sistema jurídico constitucionalizado presentan consecuencias importantes en la relación de fuerzas de los poderes del Estado. La consecuencia más importante consiste en la acentuación del desplazamiento del protagonismo desde el legislativo hacia el judicial. El autor Robert Alexy en este sentido habla de la “omnipotencia de los Tribunales”.

Esta transferencia hacia lo judicial han sido considerado como una grave lesión del principio democrático, la razón consiste en que los principios constitucionales presentan una naturaleza bifronte: por un lado constituye un límite en la medida en que encierran un núcleo de significado irrenunciable, pero al mismo tiempo su ponderación confiere un mayor margen de discreción. Aparentemente los principios constitucionales han exhibido, pues un comportamiento selectivo que les ha llevado a mostrar un rostro más severo, más restrictivo al legislador, y su rostro más amable, mas concesivo al aplicador del Derecho. Se trata de una consecuencia de la estructura de los principios que ofrecen un amplio margen de maniobra en el discurso de la aplicación que en cierta forma libera al juez, a la hora de enfrentarse con el caso concreto y esto supone, en efecto; un riesgo para el Estado de Derecho y que el control último de legalidad y constitucionalidad

en el Estado Constitucional se atribuye a instancias jurisdiccionales, según criterios de Riccardo Guastini.⁵

CAPITULO 2.DEL ESTADO LEGAL AL ESTADO CONSTITUCIONAL

En algunos países europeos, el nuevo paradigma del constitucionalismo (neo-constitucionalismo), dio paso a la sustitución del Estado de Derecho al Estado Constitucional de Derechos. Luigi Ferrajoli sostiene que estos cambios se produjo por las Constituciones rígidas y del control de constitucionalidad de las leyes ordinarias, lo cual produjo cambios diferentes entre estos dos modelos, tanto en la naturaleza y estructura del Derecho; en la naturaleza de la ciencia jurídica y; en la de la jurisdicción.⁶

En el caso del Ecuador el Estado Constitucional sustituyo al Estado Social que fue una continuación y/o corrección del estado legal de derecho. Para ello haremos algunas comparaciones entre estos dos tipos de estado.-

2.1. En el Estado de Derecho.- La principal fuente normativa se manifiesta en la ley. En el Estado de Derecho, la Constitución es el instrumento racional que establece la pauta de la organización jurídica a través de la división o separación de poderes, que para equilibrarla acción pública otorga preeminencia al legislativo, lo cual afirma con la consideración de la ley como única fuente del derecho; la constitución era la encargada de consagrar los derechos, en forma de mera declaración de derechos subjetivos. De esta forma, este tipo de constituciones se consideran como punto de partida del ordenamiento jurídico, como aparente consenso político entre clases que a su vez dicta las leyes.⁷ En otros términos en el Estado de Derecho la ley determina la autoridad y la estructura del poder. El poder se divide entre: el poder ejecutivo, poder legislativo y el

⁵ GARCIA FIGUEROA Alfonso; “La Teoría del Derecho en Tiempos de Constitucionalismo”; editado por CARBONELL Miguel en su libro “Neo - Constitucionalismo”; Edición Trotta, 2003, Madrid; págs. 164- 168.

⁶ FERRAJOLI Luigi; “Pasado y Futuro del Estado de Derecho”, editado por CARBONELL Miguel en su libro “Neo – Constitucionalismo”; Edición Trotta, 2003, Madrid; pág. 14.

⁷ SANCHEZ ZURATY Manuel; “Derecho Constitucional Ecuatoriano en el Siglo XXI”; cap. “Elementos Constitutivos del Estado”, Editorial Jurídica del Ecuador; Tomo I; 1ra edición, Quito, 2009; pags.53-54.

poder judicial. Sin embargo en la práctica, el poder se encuentra concentrado en una clase política que es la que conforma el Parlamento. El Estado de Derecho es en resumen la síntesis de una pugna de poderes entre quienes ejercían el poder económico(burguesía) y político (aristocracia). El modelo que triunfa es el burgués aunque la historia demuestra que durante mucho tiempo el modelo fue simplemente teórico y poco implementado. LaBurguesía a través de la idea de ciudadanía y de representación, se introdujo en el parlamento, limito al ejecutivo y controló al judicial, en base al principio de legalidad. Las personas que tenían ciertas características eran ciudadanos, el resto de personas que es la mayoría siguen siendo vasallas o súbditas. Los límites del Estado los impone el parlamento; el ejecutivo solo puede hacer lo que establece la ley y el judicial es **“boca de la ley”**. Por la ley se puede definir cuáles son los derechos, las competencias de las autoridades y las garantías; el parlamento incluso podría cambiar la Constitución, eliminar derechos y restringir las garantías; la Constitución no es rígida y se puede reformar por el procedimiento ordinario de creación de leyes; los derechos son los que están reconocidos y desarrollados en las leyes(básicamente el Código Civil y el Código Penal), las garantías formales están descritas en las leyes y se encarga a la administración de justicia ordinaria el reconocerlos y protegerlos.⁸

En el Estado Social de Derecho.- Se experimenta una variación, orientada ante todo por la conservación de las libertades individuales_ *por lo que es una continuación y no un antagonismo del estado liberal clásico*_ pero haciéndolas compatibles con los derechos sociales, surgidos de las necesidades históricas que hicieron evidentes la revolución industrial europea a mediados del siglo XIX, y concretados especialmente en Alemania. Esta clase de derechos, denominados de segunda generación, permitieron la intervención estatal *con ello el desarrollo de nuevos patrones de justicia a través de la ley como el principal manifestación del derecho*_ pero ya no es solo la ley en sentido formal, sino también en sentido material, puesto que el legislador complementa la ley con la actividad del poder ejecutivo, el cual a partir del

⁸ ÁVILA SANTAMARÍA Ramiro; sobre sus apuntes “Ecuador Estado Constitucional de derechos y Justicia”; págs. 20-21.

establecimiento de políticas sociales y económicas orientan una nueva concepción de estado, como corrección a los vicios del estado liberal.

En el estado Social de Derecho el concepto de Constitución evoluciona pues el catálogo de derechos por ella establecidos se amplía hacia una concepción de justicia material, no solo de igualdad formal ante la ley o libertades negativas porque incluye posibilidades para que el estado entre a intervenir para alcanzar una sociedad más justa.

Por la conflictividad social es evidente que la ley es insuficiente para afrontar y dar respuestas a todas las problemáticas que presentan las colectividades modernas. Esto hace necesario considerar la Constitución no como el simple conjunto de normas jurídicas o reglas de conducta para constituir un orden social de libertad y de justicia, sino como un punto de llegada de valores e ideales.⁹

2.2. Del Estado Legal al Estado Constitucional.-El Estado Constitucionales el resultado de la evolución del Estado Legal. El Estado Legal se basa en el principio de legalidad, por el que todo acto del poder solo puede hacer lo determinado en la ley y todo acto privado es permitido en tanto que no estéprohibido.En cambio en el Estado Constitucional se basa en que los actos públicos y privados están sometidos a la Constitución, incluso la ley. Además el estudio del Estado Constitucional nos ayudara a señalar algunas similitudes y diferencias entre ellas a saber quién son las autoridades, como se hacen las normas y que contenidos deben tener con referencia en el Estado Legal. En el Estado Legal la autoridad estásometida a la ley: lexfacitregem. La ley es anterior y está sobre la ley y esto solo puede hacer lo establecido en la ley. En el Estado Constitucional las máximas autoridades están definidas en la Constitución, tanto su nominación, su forma de designación como sus competencias. **¿Quiénes son las autoridades?****1.** El Pueblo, que ejerce el poder a través de la organización colectiva, de la participación en los diferentes niveles de gobierno, de la democracia directa, de las organizaciones políticas, de la representación. **2.** Los Asambleístas. **3.**El

⁹ SANCHEZ SURATY Manuel; “Derecho Constitucional Ecuatoriana en el Siglo XXI”; cap. “Elementos Constitutivos del Estado” Editorial Jurídica del Ecuador; Tomo I; 1ra edición; Quito, 2009; págs. 53- 54.

Presidente. **4.** Los jueces. **5.** El Consejo de Participación Ciudadana y Control Social y órganos de control. **6.** El Consejo Nacional Electoral y el Tribunal Contencioso Electoral y; **7.** La Corte Constitucional. Esta caracterización no hay mucha diferencia entre el Estado Legal con el Constitucional, en el que se podría afirmar que el sometimiento de la autoridad a la ley, en el modelo legislativo, es semejante en el modelo constitucional.

¿Cómo se hacen las normas? En el Estado Legal no se puede hacer la ley de cualquier manera sino de la forma determinada previamente en la ley, donde el procedimiento en este estado es importante. En el Estado Constitucional, el procedimiento para la elaboración de una ley debe estar en la Constitución, esta garantía se denomina en el constitucionalismo; vigencia o validez formal. De igual manera en esta consideración no hay mucha diferencia entre estos dos tipos de estados.

¿Qué es lo que se debe legislar? Esta es una pregunta esencial que marca la diferencia entre el Estado Legal y el Constitucional. En el primero, la materia legal depende exclusivamente de la configuración del Parlamento. En el Estado Constitucional en cambio, no existe libertad de los parlamentarios para decidir la agenda legislativa. Existen expresas prohibiciones para el legislador tales como no emitir leyes que sean contrarias a la constitución o los derechos. De esta forma, además de la validez formal, se requiere la validez sustancial o material, así lo consagra el **art. 84** de la constitución, *“La Asamblea 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 atentaran contra los derechos que reconoce la Constitución”*¹⁰

¹⁰ ÁVILA SANTAMARÍA Ramiro; “La Nueva Constitución del Ecuador; Estado, Derechos e Instituciones”; “Debate sobre la Constitución”; cap.; Edición Corporación Editora Nacional; 1ra edición, Quito, 2009; pags.406-408.

De igual manera señalaremos otras características fundamentales de este nuevo paradigma.- En el Estado Constitucional, la Constitución determina el contenido de la ley, el acceso y el ejercicio de la autoridad y la estructura de poder. La Constitución está conformada por una parte material, orgánica y procedimental.

-Material.- Porque tiene derechos que serán protegidos con particular importancia que, a su vez serán el fin del Estado.

- Orgánica.- Porque determina los órganos que forman parte del estado y que son los llamados a garantizar los derechos.

- Procedimental.- Porque se establece mecanismos de participación que procuran que los debates públicos sean informados y reglados, tanto para la toma de decisiones como para la elaboración de normas jurídicas.

En suma, en el constitucionalismo se conjugan estado como estructura, derechos como fin y democracia como medio. Los derechos de las personas son, a la vez límites del poder y vínculos.

Límites.- Porque ningún poder los puede violentar, aun si proviene de mayorías parlamentarias, y lo que se pretende es minimizar la posibilidad de violación de derechos, y;

Vínculos.- Porque los poderes de los estados están obligados a efectivizarlos, y lo que se procura es la maximización del ejercicio de los derechos.

En el modelo Constitucional se distingue entre la representación parlamentaria y la representación constituyente, el segundo (representación constituyente), que es el instrumento de la soberanía popular, limita al primero (representación parlamentaria); por ello las Constituciones como garantía, son rígidas y no pueden ser reformadas por procedimientos parlamentarios ordinarios. La Constitución es además, norma jurídica directamente aplicable por cualquier persona, autoridad o juez. Al considerarse una norma vinculante requiere de una autoridad competente para sancionar su incumplimiento. Esta autoridad es la Corte Constitucional, que tiene facultades para

sancionar la inconstitucionalidad de los actos que emanan del poder público en cualquier forma: leyes y otras normas de carácter general, actos administrativos, políticas públicas y autos o sentencias. El poder para resolver conflictos entre órganos o por exceso en sus atribuciones, se transfiere del parlamento a los jueces que tienen competencia constitucional.¹¹

Por lo que se define al Estado Ecuatoriano en su **Art 1.**-“El Ecuador es un Estado Constitucional de Derechos y Justicia (...)”.

2.2.1.En el Estado de Derechos.-En este tema señalaremos los cambios que se suscitaron entre el Estado de Derecho y en el Estado de Derechos.-

El Estado de Derecho.- Se caracterizó por el sometimiento del estado a la ley, es decir el legislativo es quien somete al Estado a la ley, entendiendo al Derecho como un conjunto de normas validas formalmente, la comprensión del fenómeno político y jurídico fue el derecho. El Derecho se basta a sí mismo; por el derecho se crea el derecho, por el derecho se entiende e interpreta el derecho, por el derecho se pretende solucionar los problemas que surgen. El derecho es autónomo no requiere el auxilio de otras ciencias tanto para su comprensión o aplicación. Además la comprensión del derecho se restringea la ley y, por la tanto a la producción legislativa. Por su parte, el estado es el destinatario principal del derecho ya como estructura ya como garante de las relaciones jurídicas de las personas. El Estado es el último obligado y es el ente que tiene exclusivamente el monopolio de la fuerza, y de ahí los vínculos y limites que imponen los derechos. Todo esto se resume en la frase de entender al derecho como *lex dura lex*.

En el Estado de Derechos.- El análisis es diferente por un lado: el Estado y el otro el Derecho del que de éste emana están sometidos a los derechos de las personas y las colectividades. Significa esto que los parlamentarios no tiene libertad para configurar la

¹¹ ÁVILA SANTAMARÍA Ramiro, sobre sus apuntes “Ecuador Estado Constitucional de Derechos y Justicia”; págs. 22- 23.

ley, sino que están estrechamente vinculados por los derechos. Los derechos se entienden y se interpretan a partir de la realidad en la que ocurren las violaciones o restricciones a su ejercicio. Luego el derecho, incluyendo a los derechos, no puede ser autónomo sino que es reflexivo y se entiende gracias al auxilio de otras ciencias. Por otro lado el punto de referencia ya no es exclusivamente el Estado sino el poder. Todo poder que pueda vulnerar o vulnera los derechos humanos está limitado y vinculado por los derechos. Esto es lo que Robert Alexy llama el “efecto de irradiación”. Todo poder público o privado, está sometido a los derechos. En el Estado Constitucional de Derechos es el constituyente, quien somete a través de la Constitución a todos los poderes públicos. Finalmente en el Estado de Derechos, los derechos que son creaciones y reivindicaciones históricas anteriores y superiores al Estado someten y limitan a todos los poderes incluso al constituyente y por lo tanto diríamos que la parte dogmática tiene una relación de importancia superior a la orgánica y que incluso prima en importancia en el texto jurídico al establecer el fin y al instrumentalizar para su efectivo cumplimiento a los órganos estatales.

Explicaremos algunos artículos importantes en las que establece el sometimiento del Estado a los Derechos, el Derecho sometido a los Derechos.-

1. El Estado sometido a los Derechos:

- El deber primordial del Estado es garantizar el efectivo goce de los derechos (art 11 numeral 1).
- El más alto deber del Estado es respetar y hacer respetar los derechos (art. 11 numeral 9).
- La participación ciudadana en todo asunto de interés público es un derecho (art. 95).
- La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa no puede atentar contra los derechos (art. 84)
- La formulación ejecución, evaluación y control de las políticas públicas, cuya rectoría la tiene el Ejecutivo, garantizan derechos (arts. 141 y 85).
- Los jueces administran justicia con sujeción a los derechos (art. 172).

- La función de transferencia y control social protegerá el ejercicio y cumplimiento de los derechos (art. 204).
- La función electoral garantiza los derechos de participación política (art. 217).

2.El Derecho sometido a los Derechos:

- En ningún caso las leyes otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentaran contra los derechos (art 84).
- La constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra norma (art 424).
- Los derechos son de inmediato cumplimiento y aplicación por parte de cualquier autoridad pública (art. 426).

Además en el Estado Constitucional de Derechos reconoce también varios derechos no solo el producido por el parlamento sino también el derecho internacional; la jurisprudencia internacional; la jurisprudencia constitucional nacional; las políticas públicas; el derecho indígena e incluso hasta la moral critica. Explicaremos cada uno de estos derechos.-

El Derecho Internacional, se encuentra en el texto Constitucional ya como fuente de los derechos, ya como jerarquía normativa, expresada en la Constitución *como instrumentos internacionales* que tienen como objetivo la protección de las personas. Intencionalmente el abanico de los instrumentos se ha abierto, no se limitó solo a los convenios, que requiere firma, ratificación y deposito, sino a lo que se conoce en el Derecho Internacional como *softlaw*, en cuya categoría se incluyen las declaraciones, las resoluciones de órganos de las Naciones Unidas, las normas mínimas, las directrices, las observaciones generales, entre otras.

La Jurisprudencia Internacional, es norma de obligatorio cumplimiento y puede ser demandada su ejecución a través de la acción por incumplimiento que tendrán por objeto garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico (...); así como el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de

derechos humanos (...); estos órganos no es cualquier órgano sino aquel que tienen competencia en derechos humanos.

La Jurisprudencia Nacional, es una atribución de la Corte Constitucional cuando se dispone que sus decisiones tengan carácter vinculante (...). Las sentencias de la Corte Constitucional tienen efecto general y obligatorio para toda autoridad pública (...). De igual modo los jueces generan también jurisprudencia que vinculan a ellos y a las partes en conflicto jurídico.

Las Políticas Públicas, generan también normas que tienen las características de leyes, en el sentido de que son generales y de cumplimiento obligatorio.

El Derecho Indígena, está expresamente reconocido como un sistema jurídico que tiene su dinámica propia distinta a la justicia ordinaria, y que tiene procedimientos, autoridades e ejecución.

La Moral, podría ser considerada una fuente más del Derecho, si consideramos que los derechos humanos son valores reconocidos y acordados universalmente. No cualquier valor tiene que ser considerado por el Derecho sino aquellos que están constitucionalizados. La moral nos importa en tanto introduce al Derecho la valorización de la Justicia.¹²

2.2.2. En el Estado de Justicia.-Hans Kelsen en su ensayo titulado **¿Que significa Justicia?** Hace un repaso sobre el desarrollo del pensamiento humano respecto de la justicia, para concluir que resulta tan difícil definir la justicia, que su análisis no puede ser parte de la ciencia jurídica. Se podría afirmar incluso que invocando la justicia se ha justificado algunos regímenes autoritarios y represivos, en manera de ejemplo en el iusnaturalismo existían causales para declarar una guerra justa. Parecería entonces, al menos desde el positivismo jurídico, que atribuir la justicia al Estado y a los derechos, en el texto constitucional no tiene sentido. Desde esta perspectiva que es la dominante, el análisis de la justicia es ajeno y externo al Derecho. Por la justicia las personas

¹² ÁVILA SANTAMARIA Ramiro; “La Nueva Constitución del Ecuador, Estado, Derechos e Instituciones”; cap. “Debate sobre la visión de la Constitución”; Editora Nacional, Quito, 1ra edición, 2009; págs. 408- 412.

pueden juzgar un sistema jurídico y político pero no pueden imponer sus valoraciones. Por el Derecho en cambio los juristas y los jueces deben abstenerse de hacer valoraciones de justicia y deben describir el derecho los primeros y aplicarlo los segundos. Para clarificar el término justicia nos interesa cuando la justicia se puede predicar del Estado y del Derecho.

Podemos hacer algunas consideraciones distintas una de ellas es el que sostiene **C.S. Nino** quien manifiesta que las normas jurídicas están compuestas por tres elementos: **1)** los principios. **2)** los enunciados lingüísticos (reglas) y **3)** la valoración de justicia. Los tres planos de una norma deben ser consistentes. **(1)** Los principios son normas téticas que establecen un mandato de maximización normalmente consta en el plano constitucional y que tiene una estructura carente de hipótesis y de obligación concreta. Las normas que establecen derechos suelen expresarse en forma de principios; ejemplo “Toda persona tiene derecho a una vida adecuada y digna”, esta es una norma tética porque impone al Estado una finalidad ideal que nadie carezca de vivienda, es un mandato de maximización, porque tiene pretensión universal, en cantidad y en calidad deber ser adecuada asu contexto social y cultural y digna para desarrollar otros derechos, la norma no dice en qué circunstancias el Estado debe proveer la vivienda, cuándo se viola el derecho ni tampoco la forma de obligarse. **(2)** el enunciado lingüístico es lo que se conoce como regla que debe tener una hipótesis de hecho y una obligación, la regla debe guardar armonía con los principios constitucionales y suelen constar en el derecho ordinario o en la jurisprudencia. Del principio enunciado haríamos la siguiente regla: si una persona no tiene donde vivir el estado lo proveerá de un albergue; si el estado construye una casa esta deberá contar con todos los servicios adecuados. En esta norma ya existe una hipótesis de hecho y una obligación y las reglas están conformes al principio del derecho a la vivienda digna y adecuada. **(3)** Finalmente, al aplicar el derecho, el resultado debe ser la realización de la justicia. Una regla es parte del sistema jurídico y el sistema no puede arrojar resultados injustos. Si se presenta el caso en el que una regla no es coherente con el principio, quien tiene autoridad para aplicar la regla debe buscar otra regla; sino existe la regla, entonces debe crearla. Si la regla es conforme con el principio pero

arroja un resultado injusto se debe buscar otra regla y otro principio. Dentro de esta hipótesis analizaremos el Caso Masera resuelto por la Corte de Apelaciones de Argentina, quien tenía responsabilidades por muertes, torturas, desapariciones y alteraciones de identidad de miles de personas, años después de haber ocurridos los hechos. Por un lado, el acusado esgrimía una regla la “prescripción” de la acción penal y el principio de *non bis in ídem*; que tenía sustento en el principio constitucional de la seguridad jurídica, por otro lado las víctimas, esgrimían otro principio la tutela efectiva de los derechos que no tenía regla prevista en el ordenamiento jurídico argentino para el caso en concreto. Si el juez aplicaba el derecho invocado por Massera el resultado era injusto; si el juez sostenía que tenía regla para aplicar, también era injusto. En el caso, el juez, invocando Derecho Penal Internacional, construyó una regla y determinó que la justicia del derecho positivo era tan injusta que tenía que aplicar otro derecho. El acusado fue condenado. Este ejemplo nos sirva para demostrar que el análisis de la justicia desde una perspectiva neo-constitucional es parte del derecho y por lo tanto el análisis de la justicia se lo hace desde lo interno.

Además será necesario distinguir la vigencia de la validez de las normas jurídicas. La vigencia tiene relación con la producción formal de la norma esto es que haya sido elaborado por una autoridad competente y de acuerdo al procedimiento también establecido por una norma. La validez tiene relación con el contenido de la norma. Una norma puede estar vigente y sin embargo ser inválida. Está vigente si ha cumplido con las formalidades y esto se puede verificar empíricamente. Es válida si ha cumplido con el contenido esencial del programa constitucional y esto requiere de un ejercicio valorativo.

En relación sobre la validez y vigencia de las normas jurídicas, la palabra validez no solo tiene que ver con la coherencia entre principio y regla, sino también con la justicia. Habido mucho reduccionismo, empezando por el iusnaturalismo, por el que una norma es válida solo si es justa; otro es el Legalismo, por el que si la norma está vigente se debe presumir la justicia. Desde la teoría garantista según J.L. Serrano sostiene que el juicio de validez tiene semejanza con el juicio de justicia: ambos son

valorativos y requieren de argumentación jurídica para determinar el grado de eficacia. “La teoría del derecho, al menos en su versión garantista asume, debate y comparte con otras disciplinas los problemas de la justicia y el pacto constituyente”. La teoría del derecho, la sociología y la teoría de la justicia ya no deben ser disciplinas separadas y cerradas sino que todas se funden y se retroalimentan para alterar la realidad desde la aplicación de la Constitución.

En suma, la invocación del Estado a la Justicia no significa otra cosa que el resultado del quehacer estatal, al estar condicionado por la Constitución y los derechos en ella reconocidos, no puede sino ser una organización social y política justa.¹³

2.2.3.La Pluralidad Jurídica.-En el Estado Legislativo o Estado de Derecho, la única fuente del derecho, es la ley. Todas las fuentes restantes, y los sistemas jurídicos de las que brotan son auxiliares, que sirven para desentrañar el sentido y el contexto de la ley, o que no existen y, por lo tanto, no deben ser considerados.¹⁴El Parlamento se reserva para sí la iniciativa, la producción, la interpretación y la derogación de la ley.¹⁵ En la comprensión formal de ley, por supuesto, se entiende todo el sistema jurídico incluso la Constitución.

En el Estado Constitucional de Derechos, en cambio, los sistemas jurídicos y las fuentes se diversifican: **1.** La autoridad que ejerce competencia constitucional crea normas con carácter de ley (precedentes nacionales). **2.** Las instancias internacionales que dictan sentencias que también son generales y obligatorias (precedentes internacionales). **3.** El ejecutivo emite políticas públicas que tienen fuerza de ley, por ser actos administrativos con carácter general y obligatorio. **4.** Las comunidades indígenas tienen normas, procedimientos y soluciones a conflictos con carácter de sentencia y finalmente; **5.** La moral tiene relevancia en la comprensión de textos jurídicos. En suma

¹³ ÁVILA SANTAMARÍA Ramiro; sobre sus apuntes “Ecuador Estado Constitucional de Derechos y Justicia”; págs. 23- 28.

¹⁴ Código Civil, Título Preliminar, artículo 2.

¹⁵ Constitución Política del Ecuador de 1998, artículo 130. 5; Código Civil, artículo 3.

el sistema formal no es el único Derecho y la ley ha perdido la cualidad de ser la única fuente del derecho, resulta entonces lo que vivimos, es una pluralidad jurídica.¹⁶

CAPITULO 3. LAS NORMAS CONSTITUCIONALES

El carácter normativo de la Constitución, la consideración de que ella es Derecho y debe ser aplicada por todos los operadores jurídicos, sean ellos jueces o funcionarios en general, obliga a examinar la relación que puede existir entre la Ley y La Constitución, claro está la superioridad jerárquica que existe, lo que resulta que los preceptos legales deben guardar armonía e interpretarse de conformidad con las normas constitucionales, caso contrario de contradecir a la constitución, será declarado inconstitucional, en este caso será la Corte Constitucional dentro de un Estado Constitucional. Lo que arroja es que hay una relación entre Ley y Constitución, la primera cumple con la función de desarrollar lo ordenado en la norma superior (mandatos constitucionales) pero en conformidad con las normas constitucionales. Una de las peculiaridades que puede existir entre la Ley y las normas constitucionales tiene que ver con las peculiaridades estructurales de las normas constitucionales, existe diferencia sustancial de la una con respecto de la otra que afectan tanto su comportamiento y los efectos jurídicos que generan. Reconocer la variedad que revisten las normas constitucionales en su enunciación tiene gran importancia para el Derecho Constitucional Contemporáneo, contribuye a una cabal comprensión de la constitución normativa y se convierte en elemento esencial de la teoría de la interpretación constitucional. La Constitución normativa *incluye reglas, principios y valores*, les otorga a todos ellos la calidad de normas jurídicas y distinguen sus alcances. Dentro del análisis detallaremos cada una de estas peculiaridades de las normas constitucionales¹⁷:

¹⁶ ÁVILA SANTAMARÍA Ramiro; sobre sus apuntes “Ecuador Estado Constitucional de Derechos y Justicia”; págs. 30- 31.

¹⁷ VILA CASADO Iván; “Nuevo Derecho Constitucional, Antecedentes y Fundamentos”; cap. “Normas Constitucionales”; Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez; Bogotá D.C. Colombia; 2002; págs. 329 – 331.

3.1. Las Reglas Constitucionales.-Podemos decir que son prescripciones que contienen mandatos de acción, dentro de los que generalmente figuran supuestos de hecho y consecuencias jurídicas¹⁸.

3.2. Los Principios Constitucionales.-Una de las ideas más importantes que surge en la moderna teoría del Derecho, es que los ordenamientos jurídicos no estaban compuestos solo con reglas, sino con principios, aparece tanto en el mundo anglosajón con los aportes de Dworkin y Robert Alexy en el germánico, quienes suman los principios constitucionales, quebrantando todo esa convicción tradicional sostenida por Austin y por Herbert L Hart; y en el derecho continental que apareció en los Trabajos de Kelsen, sostenía que el Derecho estaba constituido exclusivamente por reglas, es decir, por normas bien determinadas, provistas de una estructura condicional hipotética. Junto a esta tesis se difundió la idea de que la única manera de aplicar el derecho era la subsunción. Entonces se consideraba que todo el derecho estaba conformado por reglas, por cuanto la forma de aplicación de las reglas era la subsunción, que era una especie de silogismo, cuyo ejemplo más claro es de Kelsen en su “Teoría Pura del Derecho”, son las normas penales integradas por un supuesto de hecho y una sanción claramente diferenciada la estructura de estas normas es condicional hipotética:

Si A, entonces debe ser B

En esta estructura, **A** es el supuesto de hecho de la norma y **B** la consecuencia jurídica. Y lo que en la norma prevé es que, en caso de que en la realidad ocurriese el supuesto de hecho **A** de la norma, entonces el juez debería imputar la sanción **B** al agente que hubiese cometido la acción prevista en el supuesto de hecho.

Pero en esta nueva teoría del derecho (estado constitucional) el reconocimiento de los principios implica a su vez el reconocimiento de una nueva forma de aplicación del derecho; el paso de la subsunción a la ponderación. Entonces los principios no son otra cosa que normas, pero no normas dotadas de una estructura condicional

¹⁸ *Ibíd*em; pág. 332.

hipotética bajo la convicción tradicional con un supuesto de hecho y una sanción bien determinados; sino más bien según el concepto de **Robert Alexy** quien define que los principios “*Son mandatos de optimización que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas que juegan en sentido contrario*”.

Para aplicar los principios debemos acudir a la ponderación; la palabra ponderación se deriva de la locución latina pondus que significa peso. Esta referencia significa que cuando un juez, tribunal o fiscal pondera los principios en conflicto, su función consiste en pesar o sopesar los principios que concurren al caso concreto. A esto dejó claro Ronald Dworkin que manifestó que los principios están dotados de una propiedad que las reglas no conocen: el peso. Lo que se deriva es que los principios tienen un peso en cada caso concreto, y ponderar consiste en determinar cuál es el peso específico de los principios que entran en colisión.

Que debemos entender por ponderación “La forma en que se aplican los principios jurídicos, es decir normas que tienen la estructura de mandatos de optimización”. Estas no determinan exactamente lo que debe hacerse, sino que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Las posibilidades jurídicas están determinadas por los principios y reglas opuestas, y las posibilidades reales se derivan de enunciados facticos¹⁹.

En términos más generales, el autor **Luis Prieto Sanchis**, define que la ponderación hace referencia a la “Acción de considerar imparcialmente los aspectos contrapuestos de una cuestión o el equilibrio entre el peso de dos cosas”²⁰.

El término ponderación ha sido un tema que no está todo claro y que ha ocasionado varios planteamientos entre varios autores, sobre todo cuando entra a solucionar los conflictos entre principios constitucionales; entre ellos.-

¹⁹ BERNAL PULIDO Carlos; “El Derecho de los Derechos”; cap. “La Ponderación como procedimiento para interpretar los Derechos Fundamentales”; 1ra edición; Colombia; 2005; págs. 95 – 97.

²⁰ PRIETO SANCHEZ Luis; “Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial”; editado por Miguel Carbonell; “Neoconstitucionalismo”; Editorial Trotta; Madrid; 2003; pág. 137.

El autor **José Juan Moreso**²¹ en su obra “Conflictos entre Principios Constitucionales”, considera que la ponderación suele considerarse como uno de los rasgos centrales de la aplicación del derecho en la cultura del nuevo constitucionalismo, cuando se trata de la aplicación de los principios constitucionales (en especial de principios que establecen derechos), sin embargo sostiene que la ponderación no se contrapone a la de subsunción, ya que la ponderación es solo un paso previo que hace posible la inevitable subsunción.

Para ello el autor hace algunos aciertos y desaciertos sobre la ponderación, para ello parte del concepto de Guastini.- Según Guastini la ponderación presenta las tres siguientes características:

1. La ponderación se realiza entre dos principios en conflicto (P1 y P2), cuyos supuestos de hecho se superponen parcialmente, entre los que hay una antinomia de carácter parcial-parcial, para este caso ninguna de las tres posibilidades generales para resolver esta antinomia vale: ni la *lex superior derogat inferiori*, porque por hipótesis se trata de principios constitucionales, no vale *lex posterior derogat priori*, porque por hipótesis se trata de principios coetáneos; no vale tampoco *lex specialis derogat generali*, dado que la antinomia es parcial- parcial no hay relaciones de especialidad entre dichos principios, pero que en estos casos el autor Riccardo Guastini aplicando la *lex specialis* se puede establecer una excepción o exclusión para resolver ciertas antinomias.
2. La ponderación consiste en el establecimiento de una jerarquía axiológica entre los principios en conflicto. Una jerarquía axiológica es una relación valorativa establecida por el intérprete, mediante un juicio de valor. Como resultado de la valoración, un principio (el considerado superior en dicha jerarquía valorativa), desplaza al otro (u otros) y resulta aplicable.
3. La jerarquía valorativa no es establecida en abstracto, sino que es establecida en su aplicación al caso concreto. Ello establece una jerarquía que Guastini denomina una jerarquía móvil, es decir, aunque en un caso concreto P1

²¹ MORESO José Juan; “Conflicto entre Principios Constitucionales”, editado por Miguel Carbonell; “Neoconstitucionalismo”; Editorial Trotta; Madrid; 2003; págs. 99 – 112.

desplace a P2, bien puede ser que en otro caso desplace P2 a P1. La conclusión de Guastini es la siguiente:

“El conflicto no queda resuelto de forma estable, de una vez por todas, haciendo prevalecer sin más uno de los dos principios sobre el otro, y toda solución del conflicto vale solo para el caso concreto y, por lo tanto es imprevisible la solución del mismo conflicto en casos futuros”.

Sobre esta conceptualización de Guastini, el autor Moreso, hace una aproximación acierta y desacierta, en cuanto a la acierta concuerda que la ponderación es el resultado de una actividad radicalmente subjetiva, porque la jerarquización axiológica entre principios en conflicto es el resultado de un juicio de valor del intérprete, ya que para Guastini los juicios de valor tienen una naturaleza radicalmente subjetiva. Pero en cuanto al desacierto considera el autor que la ponderación atrae como consecuencia un particularismo jurídico; que se basa en una posición particularista quién sostiene que la ponderación al ser una actividad de elegir entre principios en conflictos se convertiría, en una actividad no controlable racionalmente, ya que son actividades que dependen de juicios de valor subjetivos, de resultar así, el resultado de la ponderación no puede ser controlado, y en este sentido, que los conflictos de principios constitucionales no pueden ser resueltos de una forma controlable racionalmente, su motivación no estaría sujeta a control.

Por otra parte el autor Luis Prieto Sanchis²² con respecto a la ponderación hace algunos aportes interesantes quién sostiene que en la ponderación en efecto, hay siempre razones en pugna, intereses o bienes en conflicto, en suma, normas que nos suministran justificaciones diferentes a la hora de adoptar una decisión. En el mundo del derecho el resultado de la ponderación no ha de ser necesariamente el equilibrio entre tales intereses, razones o normas; al contrario, lo habitual es que la ponderación desemboque en el triunfo de alguno de ellos en el caso concreto. En cambio donde si ha de existir equilibrio es en el

²² SANCHIS PRIETO Luis; “Neoconstitucionalismo y Ponderación Constitucional”; editado por Miguel Carbonell; Editorial Trotta; 2003, Madrid; págs. 137 – 138.

plano abstracto, en principio han de ser todos del mismo valor, pues de otro modo no habría nada que ponderar, sencillamente en caso de conflicto se impondría, el de más valor. Ponderar consiste en buscar la mejor decisión, la mejor sentencia, cuando en la argumentación concurren razones justificatorias conflictivas y del mismo valor.

Lo que resulta es que la ponderación es un método para la resolución de cierto tipo de antinomias o contradicciones normativa, en que los criterios de uso jerárquico, cronológico o especialidad, en caso de los dos primeros no son aplicables a los conflictos constitucionales que se producen en el seno de un mismo documento normativo, pero sí en cambio en algunos casos lo de especialidad, el cual ha traído como consecuencia ciertas consideraciones por posiciones sustentados por algunos autores, entre ellos Ricardo Guastini quien considera que se podría resolver aplicando la regla *lexspecialis*, reformulando en sede interpretativa uno de los principios y precisamente introduciendo en ellos una cláusula de excepción o exclusión. Según Juan José Moreso, considera que ello ocurre cuando estamos en presencia de derechos y deberes correlativos incondicionales y derrotables, esto es de deberes categóricos o cuya observancia no está sometida a la concurrencia de ninguna condición, pero que son *prima facie* o que pueden ser derrotados en algunos casos.

Desde el punto de vista del autor Luis Prieto Sanchis²³ sostiene que los conflictos constitucionales no responde a un modelo homogéneo como tampoco lo hacen los principios. Del mismo modo considera por un lado que los principios son normas que carecen o que presentan de un modo fragmentario el supuesto de hecho o condición de aplicación, como sucede con la igualdad o con los derechos fundamentales, en tales supuestos no puede observarse el criterio de especialidad porque este requiere que la descripción de la condición de aplicación aparezca explícita. Pero de otra parte, son principios también las llamadas directrices o mandatos de optimización, que se caracterizan no ya por la nota de la incondicionalidad, sino por la particular fisonomía del deber que

²³Ibídem; pág. 139.

incorporan, consistente en seguir una cierta conducta que puede ser realizada en distinta medida. Aquí la ponderación es necesaria porque la determinación de la medida o grado de cumplimiento del principio que resulta exigible en cada caso depende de distintas circunstancias y, en particular de la presencia de otros principios en pugna. En la primera acepción los conflictos no tienen por qué ser mandatos de optimización, sino que pueden requerir un comportamiento cierto y determinado. En la segunda acepción los principios no tienen por qué carecer de condición de aplicación.

En el caso por ejemplo que trae el autor a colisión es que si por ejemplo sobre la policía de tránsito recae el deber genérico de procurar la fluidez de la circulación y el deber específico en caso de accidente de atender con la mayor diligencia a los heridos, en la práctica el segundo de los mandatos acabaría por desplazar al primero, sin embargo considera necesario la ponderación porque cuando entra en conflicto una directriz o mandato de optimización, la medida de su cumplimiento o satisfacción depende de la medida en que resulte exigible la realización del otro principio. De ser así que el segundo triunfaría con respecto al primero del ejemplo comentado se observaría el criterio de especialidad, pero no debe ser siempre así lo normal sería es que la presencia de un principio reduzca pero no elimine la exigibilidad del mandato de optimización, donde en el caso del accidente de tráfico, el deber de procurar la fluidez de la circulación no quedara por igual en suspenso.

Luis Prieto Sanchis²⁴ considera que estos conflictos o antinomias se caracterizan: **1)** porque o bien no existe una superposición de los supuestos de hecho de las normas, de manera que es imposible catalogar en abstracto los casos de posible conflicto, o bien porque aun cuando pudieran identificarse las condiciones de aplicación, concurren mandatos que ordenan observar simultáneamente distintas conductas en la mayor medida posible; **2)** porque dada la naturaleza constitucional de los principios en conflicto y el propio carácter de estos últimos, la antinomia no puede resolverse mediante la

²⁴ *Ibíd.*; págs. 140- 141.

declaración de invalidez de alguna de las normas, pero tampoco concibiendo una de ellas como excepción permanente a la otra; **3)** porque en consecuencia, cuando en la práctica se produce una de estas contradicciones la solución puede consistir bien en el triunfo de una de las normas, bien en la búsqueda de una solución que procure satisfacer a ambas, pero sin que pueda pretenderse que en otros conflictos el resultado vaya a ser el mismo. No cabe decir que en algunos casos pueda entablarse un conflicto, ni que pueda resolverse mediante la declaración de invalidez de una de ellas, ni tampoco a través del criterio de especialidad que conciba a una como excepción frente a la otra.

A su vez considera también que la ponderación reside principalmente en estimular una interpretación donde la relación entre las normas constitucionales, no es una relación de independencia o de jerarquía, sino de continuidad y efectos recíprocos, de manera que, hablando por ejemplo de derechos, el perfil o delimitación de los mismos no viene dado en abstracto y de modo definitivo por las formulas habituales, sino que se decanta en concreto a la luz de la necesidad y justificación de la tutela de otros derechos o principios en pugna. Por eso la ponderación conduce a una exigencia de proporcionalidad que implica establecer un orden de preferencia relativo al caso concreto. Lo característico de la ponderación es que con ella no se logra una respuesta válida para todo supuesto, sino que se le logra solo una preferencia relativa al caso concreto que no excluye una solución diferente en otro caso, se trata, por tanto de esa jerarquía móvil que no conduce a la declaración de invalidez de uno de los bienes o valores en conflicto, ni a la formulación de uno de ellos como excepción permanente frente al otro, sino a la preservación abstracta de ambos, por más que inevitablemente ante cada caso de conflicto sea preciso reconocer primacía a uno u otro.

Según el autor Luis Prieto Sanchis²⁵ sostiene que la ponderación debe cumplir los siguientes pasos o fases:

²⁵ *Ibíd.*; págs. 150 – 151.

1. Que la medida examinada presente un fin constitucionalmente legítimo como fundamento de la interferencia en la esfera de otro principio o derecho.
2. Que la ponderación requiere acreditar la adecuación, aptitud o idoneidad de la medida objeto de enjuiciamiento en orden a la protección o consecución de la finalidad expresada; esto es la actuación que afecte a un principio o derecho constitucional ha de mostrarse consistente con el bien o con la finalidad en cuya virtud se establece. Si esa actuación no es adecuada para la realización de lo prescrito en una norma constitucional, ello significa que para esta última resulta indiferente que se adopte o no la medida en cuestión, y entonces; dado que si afecta, en cambio a la realización de otra norma constitucional, cabe excluir la legitimación de la intervención.
3. La intervención lesiva para un principio o derecho constitucional ha de ser necesaria, esto es ha de acreditarse que no exista otra medida que obteniendo en términos semejantes la finalidad perseguida, resulte menos gravosa o restrictiva. Ello significa que si la satisfacción de un bien constitucional puede alcanzarse a través de una pluralidad de medidas o actuaciones, resulta exigible escoger aquella que menos perjuicios cause desde la óptima del otro principio o derecho en pugna, no cabe duda de que el juicio de ponderación requiere de los jueces una argumentación positiva, lo que deriva a tener un resultado en una medida menos lesiva.
4. Que la ponderación se completa con el llamado juicio de proporcionalidad en sentido estricto que de cierto modo condensa todas las exigencias anteriores y encierra el núcleo de la ponderación, aplicable tanto a las interferencias públicas como a las conductas de los particulares. Lo que consiste es en acreditar que existe un cierto equilibrio entre los beneficios que se obtienen con la medida limitadora o con la conducta de un particular en orden a la protección de un bien constitucional o a la consecución de un fin legítimo, y los daños o lesiones que de dicha medida o conducta se derivan para el ejercicio de un derecho o para la satisfacción de otro bien o

valor, es aquí donde rige la ley de la ponderación, en el sentido de que cuanto mayor sea la afectación producida por la medida o por la conducta en la esfera de un principio o derecho, mayor o más urgente ha de ser también la necesidad de realizar el principio en pugna.

Los derechos fundamentales son el ejemplo más claro de principios que tenemos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Para establecer esa mayor medida posible en que debe realizarse un principio es necesaria con principios opuestos o con los de colisión entre principios. Existe una colisión entre principios cuando en un caso concreto son relevantes dos o más disposiciones jurídicas que fundamentan *prima facie* dos normas incompatibles entre sí, se presenta una colisión entre principios por ejemplo: cuando los padres de una niña son evangélicos y que profesan ese culto y en razón del respeto a los mandatos de esa doctrina religiosa, se niega a llevarla al hospital, a pesar de que corre peligro de muerte.²⁶

Las normas de la constitución colombiana entre los artículos 11, 44 y 49, ordenan proteger la vida y la salud de los niños en la mayor medida posible y los artículos 16 y 19 establecen la libertad de culto y el libre desarrollo de la personalidad. La incompatibilidad normativa se presenta en este caso porque de los artículos 16 y 19 se deriva que está permitido *prima facie* a los padres de la niña decidir si lleva a la niña al hospital, mientras que de los artículos 11, 44 y 49 que llevar a la niña al hospital es una conducta *prima facie* por los derechos fundamentales.

La ponderación es la forma de resolver esta incompatibilidad entre normas *prima facie*. Para tal fin la ponderación no garantiza una articulación sistemática material de todos los principios jurídicos que habida cuenta de su jerarquía, resuelve de antemano todas las posibles colisiones entre ellos, al igual que el silogismo, la ponderación esta también compuesta por tres elementos mediante los cuales se puede fundamentar

²⁶ Es un ejemplo traído de una sentencia dictada por la Corte Constitucional Colombiana; M.P. ANTONIO BARRERA CARBONELL; 411/1994.

una relación de precedencia condicionada entre los principios en colisión, lo que llama Robert Alexy la ley de la colisión²⁷, para así establecer cuál de ellos debe determinar la solución al caso concreto.

Robert Alexy, es quizás el autor quien con mayor claridad y precisión haya expuesto la estructura de la ponderación. De acuerdo con el planteamiento de Robert Alexy, para establecer la relación de precedencia condicionada entre los principios en colisión es necesario tener en cuenta tres elementos que forman la estructura de la ponderación: la ley de la ponderación, la fórmula del peso y las cargas de argumentación.

a. La Ley de la Ponderación.-

Según la ley de la ponderación, “Cuando mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”²⁸.

Si se sigue esta ley, la ponderación se puede dividir en tres pasos que el propio autor Robert Alexy identifica claramente:

*En el primer paso es preciso definir el grado de la satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio en contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro*²⁹.

Robert Alexy sostiene que el grado de afectación de los principios puede determinarse mediante el uso de una escala tríadica o de tres intensidades. En esta escala, el grado de afectación de un principio en un caso concreto puede ser “leve”, “medio” o “intenso”. Así por ejemplo, la afectación de la vida y la salud de la niña, que se

²⁷ ALEXY Robert; Teoría de los Derechos Fundamentales; C. BERNAL PULIDO (trad); en su libro “El Derecho de los Derechos”; cap. La Ponderación como procedimiento para interpretar los Derechos Fundamentales; Universidad Externado de Colombia; págs. 90 y ss.

²⁸ Ibíd.; págs. 99 y ss.

²⁹ ALEXY Robert; “Epitología a la Teoría de los Derechos Fundamentales; C. BERNAL PULIDO (trad); en su libro “El Derecho de los Derechos”; cap. La Ponderación como procedimiento para interpretar los Derechos Fundamentales; Universidad Externado de Colombia; págs. 99 y ss.

originaria al permitir a los padres evangélicos no llevarla al hospital, podría considerarse como intensa, dado el peligro de muerte. De forma correlativa, la satisfacción de la libertad de cultos de los padres, que se derivaría de dicha permisión, podría graduarse como media o leve.

Conviene en reconocer que el grado de afectación de los principios en el caso concreto (se refiere al primer y segundo paso), no es la única variable relevante para determinar, en el tercer paso, si la satisfacción del segundo principio justifica la afectación del primero. La segunda variable es el llamado “peso abstracto” de los principios relevantes. La variable del peso abstracto se funda en el reconocimiento de que, a pesar de que a veces los principios que entran en colisión tengan la misma jerarquía en razón de la fuente del derecho en que aparecen, por ejemplo en dos derechos fundamentales que están en la Constitución tienen la misma jerarquía normativa, en ocasiones uno de ellos puede tener una mayor importancia en abstracto, de acuerdo con la concepción de los valores predominante en la sociedad. Así por ejemplo, eventualmente puede reconocerse que el principio de protección a la vida tiene un peso abstracto mayor que la libertad, por cuanto para poder ejercer la libertad es necesario tener vida, como sostiene Joseph Raz, porque la vida es un presupuesto para que podamos acceder a todas las cosas que tienen valor y ejercer todos nuestros derechos.

A lo establecido también se agrega una “tercera variable” que el autor se refiere a la seguridad de las apreciaciones empíricas, que versan sobre la afectación que la medida examinada en el caso concreto, por ejemplo permitir que los padres evangélicos decidan si llevan o no a la hija al hospital, proyecta sobre los principios relevantes. La existencia de esta variable surge del reconocimiento de que las apreciaciones empíricas relativas a la afectación de los principios en colisión pueden tener un distinto grado de certeza y, dependiendo de ello, mayor o menor deberá ser el peso que se reconozca al respectivo principio. Así por ejemplo, la afectación del derecho a la salud y a la vida de la hija de los evangélicos deberá considerarse como intensa si existe la certeza de que moriría de no ser ingresada en el hospital. Esta

afectación en cambio, será de menor intensidad si los médicos no pueden identificar el problema de salud, o no pueden establecer cuáles serían las consecuencias en caso de que no recibiere un tratamiento médico.

A partir de lo anterior la pregunta es ¿cómo se relacionan los pesos abstractos y concretos de los principios que concurren en la ponderación, más la seguridad de las premisas empíricas, para determinar en el tercer paso, si la afectación o la no satisfacción del otro?

Según el autor Robert Alexy es posible mediante la llamada “formula del peso”.

b. La Fórmula del Peso.-

De este modo por ejemplo, el peso del derecho a la vida y la salud de la hija de los evangélicos podrán establecerse de la siguiente manera, bajo el presupuesto de que la afectación de estos derechos se catalogue como intensa, al igual que su peso abstracto (se trata de la vida) y la certeza de las premisas (existe un riesgo inminente de muerte). Paralelamente, la satisfacción de la libertad de culto y del derecho al libre desarrollo de la personalidad de los padres puede catalogarse como media, su peso abstracto como medio (la religión no es de vida o muerte, podría argumentarse) y la seguridad de las premisas sobre su afectación como intensa (pues es seguro que ordenarles llevar a la hija al hospital supone una restricción de la libertad de cultos).

Entonces así se llegaría a establecerse que la satisfacción de la libertad de cultos y del derecho al libre desarrollo de la personalidad de los padres no tiene el peso suficiente y el cual no justifica la intervención en los derechos a la vida y la salud de la niña. Estos últimos derechos tendrían que preceder en la ponderación y como resultado del caso, debería establecerse que está ordenado por los derechos fundamentales que los padres ingresen a la niña al hospital.³⁰

³⁰ *Ibidem*; págs. 101 – 102.

c. Las Cargas de la Argumentación.-

En lo que concierne a la argumentación han existido doctrinas ingenuas y metafísicas del siglo XIX, la teoría del hiperracionalismo; basados en la escuela de Exegesis, en Francia y en la jurisprudencia de Conceptos en Alemania, quienes mantenían que el juez puede y debe decidir mediante un silogismo, para el que las premisas la vienen perfectamente dadas y acabadas, la norma por definición es clara, coherente y completa, para ello no hay creatividad ni discrecionalidad en las sentencias, resumiendo que los jueces solo subsume, encaja los hechos del caso y extrae el fallo sin poner ni quitar.

La teoría del irracionalismo fue la reacción radical en contra aquel positivismo ingenuo del siglo XIX. Movimientos como la Escuela Libre de Derecho o el Realismo Jurídico resaltan que el derecho positivo es incompleto, incoherente, la cual requiere una argumentación más coherente del juez, dejando a lado esa metafísica, el puro literal de los códigos, por una actividad creativa y valorativa. A esta teoría se fueron sumando corrientes sociológicas sobre la práctica jurídica; la filosofía hermenéutica, las ciencias sociales que someterá al Derecho a nuevos enfoques sociológicos, antropológicos y psicológicos³¹.

Esto sería el inicio de la argumentación, de ahí a surgidos cambios sobre esta teoría en especial con los aportes de Robert Alexy, en sus obras “Teoría sobre los Derechos Fundamentales”; “Epílogo a la “Teoría de los Derechos Fundamentales”, quien sostiene que las cargas de la argumentación operan cuando existe un empate entre los valores que resulta de la aplicación de la fórmula de peso, es decir cuando los pesos de los principios son idénticos³².

³¹ GARCIA AMADO Juan Antonio; “Teoría y Práctica de la Justicia Constitucional”, cap. “La Argumentación y su lugar en el razonamiento judicial sobre los hechos”; Ministerio de Justicia y Derechos Humanos; Quito; 1ra edición; Enero 2010, págs. 299 – 302.

³² ALEXY Robert; citado por BERNAL PULIDO Carlos, “El Derecho de los Derechos”; cap. “La Ponderación como procedimiento para interpretar los Derechos Fundamentales”; 1ra edición; Colombia, 2005, págs. 102 – 103.

Entonces las reglas de la argumentación adquieren tintes demostrativos, son la guía de la razón práctica en su averiguación, de soluciones jurídicas que solo serán racionales, admisibles y válidas.

Para ello debemos considerar que todo fallo que dictamine un juez constitucional no depende el contenido de la sentencia sino de la adecuada justificación de las premisas.

Con respecto a la teoría de la argumentación señalaremos algunas postulaciones señaladas por Juan Antonio García Amado³³:

- Toda valoración que el juez realice y que sea relevante para su decisión final del caso debe estar expresamente justificada mediante las cargas de la argumentación.
- Estos argumentos han de tener tres propiedades que podemos denominar formales: no deben contener inferencias erróneas, no deben ser incompletos, en el sentido de que todas sus premisas no evidentes deben ser explícitas, y; han de ser pertinentes, es decir, tienen que versar sobre el verdadero contenido de las premisas del juicio que se quiere fundamentar.
- Estos argumentos deben ser convincentes o si, se quiere utilizar una expresión menos rotunda, han de poder ser juzgados como razonables por cualquier observador imparcial, en el marco de la correspondiente cultura jurídica. Este requisito plantea la necesidad de que como mínimo dichos argumentos sean admisibles, y que lo sean por estar anclados en o ser reconducibles a algún valor esencial y definitorio del sistema jurídico propio de un Estado Constitucional de Derecho.

3.3. Los Valores Constitucionales.-Los valores constitucionales representan el catálogo axiológico a partir del cual se derivan el sentido y la finalidad de las demás normas del ordenamiento jurídico. Suponen el sistema de las preferencias expresadas en el proceso constituyente como prioritarias y fundamentadoras de la convivencia

³³ *Ibíd.*; págs. 297 – 298.

colectiva; se trata de opciones ético, sociales básicas que debe presidir el orden político, jurídico, económico y cultural. Los valores tienen una triple dimensión:

- a)** sirve de fundamento al conjunto de disposiciones e instituciones constitucionales, al ordenamiento jurídico en su conjunto;
- b)** orientan ese mismo orden jurídico hacia unas metas o fines predeterminados que hacen ilegítima cualquier norma que persigue fines distintos o que obstaculice la consecución de los que están enunciados en el sistema axiológico constitucional; y
- c)** ejercen una función crítica o parámetro de valoración para medir la legitimidad de los diferentes hechos y conductas.

A diferencia de los principios, los valores solo tienen de jurídico su significado externo, el hecho de que estén mencionados en la constitución. Los valores son normas jurídicas porque hacen parte, fuera de ese contexto pueden tener un significado muy diferente, ya sea moral filosófico o religioso, dependiendo del ámbito en el que aparezcan insertos.³⁴

3.4. Diferencia entre Reglas, Principios y Valores Constitucionales.-

Si bien es cierto que tanto las reglas, principios y valores son normas jurídicas, existen entre ellos diferencias en cuanto a la aplicación y a la eficacia. En cuanto a la aplicación hace referencia a la capacidad que tienen las normas para operar, para producir efectos jurídicos y en ese sentido podemos decir que tanto los derechos y garantías son directamente e inmediatamente aplicables³⁵.

No todas las normas constitucionales son aplicables del mismo modo, es decir no todas tienen el mismo grado de eficacia. Los valores por su parte, tienen eficacia indirecta o interpretativa, sirven para ayudar a resolver un caso difícil, en la medida en

³⁴VILA CASADO Iván; “Nuevo Derecho Constitucional Antecedentes y Fundamentos”; cap. Normas Constitucionales; Ediciones Jurídicas: Gustavo Ibáñez; Bogotá, D.C. Colombia; 2002; págs. 334 – 335.

³⁵Art. 11 numeral 3 C.R. “Los derechos y garantías establecidos en la constitución y en los Instrumentos Internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidor o servidora público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte”.

que el juez debe optar por la solución que sea acorde con los valores constitucionales; los principios constitucionales tienen eficacia y aplicación directa porque son “mandatos de optimización”, se caracteriza por que pueden ser cumplidos de diferentes grados ya que no solo depende de las posibilidades fácticas sino también de las posibilidades jurídicas; mientras las reglas son mandatos definitivos, es decir normas que ordenan algo que se cumpla en determinadas condiciones por eso en su mayoría las reglas son condicionales, entonces si una regla tiene validez y es aplicable, es un mandato definitivo y debe hacerse exactamente lo que ella exige, si se hace se cumple, si no se hace se incumple.³⁶

Otra de las diferencias entre los principios y reglas tiene que ver en cuanto a su generalidad.- Los principios son normas de un grado de generalidad relativamente alto; y las reglas son normas con un nivel relativamente bajo de generalidad³⁷.

Existen también diferencias en la solución de las contradicciones.- Los conflictos entre reglas conducen en forma inexorable a que una de ellas no sea válida (en base de la subsunción); mientras que los conflictos entre principios se resuelve por su peso o importancia, sin importar su validez, dejando en claro que al darle prelación a uno de los principios no se menoscaba la fuerza jurídica del otro, lo que sucede es que se acoge el que se considera más adecuado para resolver en caso concreto (en base de la ponderación).

CLAUDIA ESCOBAR GARCIA³⁸, señala que en esta nueva cultura jurídica contemporánea se tiende a defender un “derecho por principios”, por oposición a un “derecho por reglas”, lo cual añade algunas diferencias entre ellas:

1. Los principios tienen una alta densidad de contenidos, ya que los principios desempeñan un papel propiamente constitucional; es decir constitutivo del

³⁶ ALEX Y Robert; “La Fórmula de Peso”; editor: Miguel Carbonell; págs. 13 -14.

³⁷ OSCAR JOSE DUEÑAS RUIZ; “Control Constitucional”; Ediciones Librería del Profesional, segunda edición, Santa Fe – Bogotá, Colombia; pág. 176.

³⁸ ESCOBAR GARCIA Claudia; “Teoría y Práctica de la Justicia Constitucional”; cap.”El rol de las Reglas en la era de los Principios”; Ministerio de Justicia y Derechos Humanos; Quito, 2010; págs. 215 – 217.

orden jurídico, mientras que las reglas en efecto, se agotan en sí mismas es decir; no tienen ninguna fuerza constitutiva de lo que ellas mismas significan.

2. Las reglas están integradas por un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica, indicando de manera clara y precisa lo que se debe o no hacer en cada hipótesis de hecho; los principios en cambio carecen de ambos elementos, de modo que únicamente proporcionan razones para adoptar una posición frente a casos concretos, pero sin que de manera abstracta determinen el contenido de la prescripción.
3. En cuanto a los procesos de aplicación e interpretación; las reglas exigen una interpretación literal; por cuanto su contenido se agota en su formulación lingüística y que pueden ser aplicadas de manera desubsunción; mientras que la interpretación de los principios requiere identificar y comprender a plenitud su finalidad y valores immanentes más allá de su consagración positiva y su aplicación se basa en la ponderación.
4. Por último que las disposiciones de origen legislativo y reglamentario son fundamentalmente reglas, mientras que aquellas que tienen un origen constitucional asumen de manera prevalente la forma de principios.

CAPITULO 4. APLICACIÓN DIRECTA DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES

4.1. La Constitución como Norma Jurídica.-

Las Constituciones del siglo XIX, nunca se consideraron como normas directamente invocables ante los jueces o tribunales.

La Constitución era concebida más como un conjunto de “principios”, y a lo sumo como un haz de mandatos que regulaban el funcionamiento de los poderes públicos, particularmente en lo tocante al órgano legislativo en la producción de la ley, de acuerdo al modelo de Kelsen, según el cual, la norma superior determina como se crea la norma inferior para que tenga validez y eficacia.

La Constitución por tanto, era norma superior solamente en lo relacionado con la producción del ordenamiento legal.

La Constitución carecía de eficacia directa en la medida en que para su aplicación directa requería de los desarrollos de la ley en cada caso particular. En estas condiciones la ley, y no la Constitución era única fuente y privilegiada del Derecho Positivo Vigente. La Constitución era un texto inerte y sin vida propia que solo la adquiriría al conjuro de la acción legal. En estas condiciones la Constitución podía ser desconstitucionalizada por la vía de la ley.

En estas condiciones, las Cartas Constitucionales, habían dejado de ser textos jurídicos con capacidad para regular de manera directa las relaciones sociales. Permanecían ajenas a los ciudadanos y peor aún, a la actividad de los jueces.

El Constitucionalismo Contemporáneo después de la segunda guerra, vino a alterar este Estado:

1. El cambio de énfasis, del organicismo institucional al humanismo constitucional, gracias a la introducción de amplias y significativas vías de acciones; entre ellos en algunos ordenamientos jurídicos el amparo y otros recursos procesales.
2. La redefinición del Estado no solo como Estado de Derecho, aquel en el cual los gobernantes están sometidos a normas preexistentes que delimitan el ámbito de su poder; sino como Estado Social en unos y Constitucional en otros, aquel en el cual los gobernantes están obligados positivamente, es decir, en virtud de imperativos legales, a realizar la justicia social como precondition para el desarrollo de la democracia.
3. La comprensión de la Constitución no como simple norma organizadora del Estado, sino como pacto que establece las normas mínimas de convivencia, cuya permanencia y continuidad debe quedar a salvo y a resguardo de eventuales mayorías que puedan, en el futuro, alterar dichas reglas mínimas.

Existe por lo tanto, en el Constitucionalismo Contemporáneo una concepción acerca de la naturaleza del texto constitucional que implica una ruptura con el

constitucionalismo anterior, con la forma en que era concebida la Constitución (la “Constitución programa” dirigida a orientar la acción de los gobernantes pero sin fuerza normativa directa o la “Constitución limite” consagratorias de límites formales a la acción arbitraria de los poderes públicos, particularmente del ejecutivo y el legislativo). En efecto:

- a. La Constitución ha variado la naturaleza y el valor normativo, pues se entiende como norma jurídica en sentido pleno y tanto, con fuerza vinculante directa, sin necesidad, en todos los casos de la mediación de la ley.
- b. Ha cambiado el ámbito material de regulación, mediante el énfasis dado a los derechos humanos, a cuya realización se encamina toda la organización del Estado.
- c. Ha cambiado su ubicación en el ordenamiento y su función jurídico-política en la medida en que como primera norma debe ser aplicada en todos los casos y no solo como norma superior que da validez a todas las demás normas del ordenamiento.

Siguiendo parcialmente a Tulio Eli Chinchilla, citado por Álvaro Echeverri Uruburu; el nuevo concepto de Constitución se puede sintetizar los siguientes aspectos:

- Es norma suprema en sentido pleno;
- Es la primera norma del ordenamiento jurídico;
- Es norma susceptible de aplicación directa;
- Vincula a las autoridades públicas, lo mismo que a los particulares;
- Incorpora explícitamente in orden ético, con fuerza normativa o con vocación normativa;
- Cumple el papel de receptor y realizador de demandas sociales.

Entonces la Constitución era una norma de inmediata aplicación, porque se encontraba explícitamente en el ordenamiento jurídico de los estados; por ejemplo en la Constitución Colombiana de 1991, que abarca toda la teoría del nuevo

constitucionalismo contemporáneo, definiendo en su **Art. 4º** como “Norma de Normas”.

A su vez el **Art 9º** de la Constitución Española dice “Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”. Es por lo tanto que el Tribunal Constitucional Español había manifestado que la Constitución es una norma jurídica, norma suprema del ordenamiento jurídico, y en cuanto tal, tanto los ciudadanos como todos los poderes públicos y por consiguiente también los jueces y magistrados integrantes del poder judicial, están sujetos a ella (constitución); derivando la naturaleza de la Constitución, desprendiéndose los siguientes criterios de interpretación que se orienta a obtener su eficacia directa:**1)**El principio general es que la Constitución por su misma naturaleza, es inmediatamente aplicable;**2)**Todos los enunciados de la Constitución aún los simplemente programáticos, valoratorios, de naturaleza declamatoria sin pretensión prescriptiva, deben ser leídos como enunciados en función normativa, dándoles el carácter de principios u orientadores de la función interpretativa del juez o de cualquier otro operador judicial³⁹.

Por su parte la Constitución Ecuatoriana en su art. **424** señala.- “La Constitución es norma suprema y prevalece sobre cualquier otra norma del ordenamiento jurídico (...)”. Las demás normas y los actos del poder público mantendrán su conformidad con las disposiciones constitucionales.

3.3. La Aplicación de la Constitución por parte de los Jueces Constitucionales.-

La existencia de los derechos como principios de aplicación directa e inmediata, establecidos en la Constitución Ecuatoriana vigente, la actividad del juez cambia dentro de este Estado Constitucional, convirtiéndose como garantes jurisdiccionales de todos los derechos, donde el rol de los jueces sufre un cambio sustancial. El reconocimiento y la exigibilidad de los derechos no es un tema novedoso dentro de nuestro

³⁹ ECHEVERRI URUBURU Álvaro; “Teoría Constitucional y Ciencia Política” cap. “Aplicación Directa de la Constitución”; Ediciones Librería el Profesional; 5ta edición, 1997; págs. 318 – 322.

ordenamiento jurídico, bajo el régimen de la Constitución Política de 1998, ya existían condiciones suficientes para garantizar tales derechos, partiendo como aplicación directa de la Constitución de 1998, eran plenamente posible la protección directa de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, pero todo esa garantía sufrió falencias existentes en la Jurisprudencia Constitucional, a partir de argumentaciones exegéticas, contrarias a la Constitución y a los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, privó de protección y justiciabilidad a un derecho social. Ante esta problemática en materia de derechos, surge esta nueva Constitución, y a partir de la implementación de principios de aplicación de derechos y de garantías jurisdiccionales de derechos humanos, quien aclara y consolida el reconocimiento y exigibilidad judicial directa de todos los derechos constitucionales, sin importar si se tratan de derechos Civiles, Políticos, Económicos, Culturales, Colectivos o Difusos. La razón es que bajo el régimen del Estado Constitucional, no cabe hablar de distinciones entre derechos, menos aun de generaciones, todos ellos según mandato constitucional expreso son *independientes, de igual jerarquía y plenamente justiciables*.

Así la Constitución Política de 1998, establecía de manera expresa una serie de principios y reglas atinentes a la justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC), estableciendo una garantía como el Amparo Constitucional. El Ecuador al definirse como Estado Social⁴⁰, debió ser el soporte principal, sobre el cual se levantaba la organización política que regía el Ecuador. Así, el Estado Social debía encontrarse el caminado a realizar la justicia y la dignidad humana, mediante la sujeción de autoridades públicas a los principios, de derechos y deberes sociales de la naturaleza constitucional.

Los principios de aplicación de derechos previstos en la Constitución Política de 1998, garantizaban la protección y justiciabilidad de derechos, se contemplaba en los siguientes artículos:

⁴⁰Art 1 de la Constitución 1998 “El Ecuador es un Estado Social de Derecho”.

Artículo 3: numeral 2: Son deberes primordiales del Estado: 2. Asegurar la vigencia de los derechos humanos, las libertades fundamentales de las mujeres y hombres y la seguridad social.

Artículo 16: El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos que garantice esta Constitución.

Artículo 17: El Estado garantizara a todos sus habitantes, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio y el goce de los derechos humanos establecidos en esta Constitución y en las declaraciones, pactos, convenios y más instrumentos internacionales vigentes. Adoptará mediante planes y programas permanentes y periódicos, medidas para el efectivo goce de estos derechos.

Artículo 18: Los derechos y garantías determinados en esta Constitución y en los Instrumentos Internacionales vigentes, serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad. En materia de derechos y garantías constitucionales se estará a la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia. Ninguna autoridad podrá exigir condiciones o requisitos no establecidos en la Constitución o la ley, para el ejercicio de estos derechos. No podrá alegarse falta de ley para justificar la violación o desconocimiento de los derechos establecidos en esta Constitución, para desechar la acción por esos hechos, o para negar el reconocimiento de tales derechos. Las leyes no podrán restringir el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales.

Artículo 19: Los derechos y garantías señalados en esta Constitución y en los Instrumentos Internacionales, no excluyen otros que se deriven de la naturaleza de la persona y que son necesarios para su pleno desenvolvimiento moral y material.

Contribuye a este enunciado, el art 95 de la Constitución Política de 1998 y 46 de la Ley Orgánica de Control Constitucional.

Artículo 95: inciso primero.- Cualquier persona, por sus propios derechos o como representante legitimado de una colectividad, podrá proponer una acción de amparo

ante el órgano de la Función Judicial designado por la ley. Mediante esta acción, que se tramitara de manera preferente y sumaria, se requerirá la adopción de medidas urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos de una autoridad pública, que viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio internacional vigente y que, de modo inminente, amenace con causar un daño grave.

A su vez el **Art 46** de la Ley Orgánica de Control Constitucional manifiesta.- El recurso de amparo tiene por objeto la tutela judicial efectiva de los derechos consagrados en la Constitución y los consignados en las declaraciones, pactos, convenios y demás instrumentos internacionales vigentes.

De estos dos elementos resaltan dos cuestiones:

1. La acción constitucional podía ser interpuesta por cualquier persona por sus propios derechos o como representante legitimado de una colectividad;
2. La garantía debía proceder respecto a amenazas o violaciones de cualquier derecho consagrado en la Constitución o Convenio Internacional vigente.

Pero todo ello se encontró con obstáculos por parte de los jueces constitucionales, restringiendo toda esa gama de garantías a los derechos. Concluye que la Acción de Amparo procede cuando: **a)** exista un acto u omisión ilegítimos, en principio de autoridad pública; **b)** viole un derecho subjetivo constitucional; **c)** causen un grave daño e inminente en perjuicio del peticionario; es decir, que estos tres elementos descritos para la procedencia de la acción deben encontrarse presentes, simultáneamente y de manera unívoca⁴¹.

Según el Tribunal Constitucional consideraban que tales presupuestos guardaban conformidad con los preceptos tanto con el Arts. 95 de la Constitución y 46 y siguientes de la Ley Orgánica de Control Constitucional, lo cual a simple vista se constató lo contrario. Debido que ni la Norma Constitucional ni la Ley de Control

⁴¹ Tribunal Constitucional del Ecuador, Resolución N° 762 – 2002.

Constitucional establecían como segundo presupuesto de procedibilidad de tal acción, debía ser una violación a derechos **subjetivos constitucionales**, delimitando su procedencia respecto a violaciones o amenazas a los derechos fundamentales, por parte de la Jurisprudencia Constitucional. Así los presupuestos de procedibilidad reconocidos en la Constitución de 1998 y la Ley de Control Constitucional pasaron a un segundo plano y no cabía hablar más de una autentica garantía de derechos fundamentales. Todo ello se tradujo en un acto violatorio prima facie del PIDESC.⁴²

Con la Constitución vigente, se marca diferencias considerables y sustanciales con respecto a la Constitución de 1998, este nuevo modelo del Estado Constitucional de Derechos, implementa una serie de principios de aplicación que aclaran y confirman la justiciabilidad no solo los derechos del buen vivir, sino todos los derechos reconocidos en la Constitución o Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos.

En efecto bajo el paradigma del Estado Liberal, el Parlamento conformado por la Burguesía, era el que ejercía dominio sobre cualquier función del estado así la legal se restringía derechos se limitaban garantías, y la Constitución y sus principios pasaban a un segundo plano.

El Neo-constitucionalismo pretende entonces, perfeccionar al Estado de Derecho, sometiendo todo poder (ejecutivo, legislativo) a la Constitución y apelando a la Constitucionalidad y no a la legalidad; coloca a la Jurisdicción Constitucional como garante y última instancia de cualquier materia jurídica a evaluar y decidir vicisitudes de una nueva realidad política, económica y social⁴³.

Entre los símbolos característicos del Estado Constitucional se puede identificar los siguientes:

⁴² ALARCON PEÑA Pablo; “La Protección de los Derechos Sociales en la Jurisprudencia Constitucional Ecuatoriana”; (editores) ÁVILA SANTAMARINA Ramiro, COURTIS Christian; Ministerio de Justicia y Derechos Humanos; Neo - constitucionalismo y Sociedad; cap. “La Protección Judicial de los Derechos Sociales”; edición 1ª; Quito- Ecuador; octubre del 2009; págs. 617- 625

⁴³ PAZMIÑO FREIRE Patricio; “Prologo”, “Desafíos Constitucionales, la Constitución Ecuatoriana del 2008”; Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, pág. 11.

a. La existencia de una Constitución Rígida, que en consecuencia no sea fácilmente modificable por la legislación ordinaria.

b. Garantías Judiciales que permitan el control de la conformidad de las leyes con la Constitución.

c. Fuerza vinculante de la Constitución que implica el paso de la consideración del texto como un cuerpo declarativo, a la aceptación de su carácter de norma jurídica real y de efectiva aplicación.

d. Interpretación extensiva del texto constitucional que se verifica en la presencia de sus principios y normas sobre todo el ordenamiento jurídico, haciendo posible a través de los mismos buscar soluciones a los problemas jurídicos más simples.

e. Directa aplicación de la Constitución para resolver no solo los conflictos entre los poderes del Estado o entre y las personas sino también para resolver los conflictos entre particulares.

f. Interpretación Constitucional de las leyes.

g. Influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas que se traduce en que los órganos de control constitucional puedan analizar la fundamentación de las normas⁴⁴.

La Constitución vigente en su **Art. 11**: detalla que el ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

1. Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizarán su cumplimiento.

2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real a favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.

⁴⁴ GUASTINI Riccardo; "La Constitucionalidad del Ordenamiento Jurídico" editado por Miguel Carbonell, Neoconstitucionalismo; págs. 49- 70.

3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o petición de parte.

Para el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales no se exigirían condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley.

Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.

5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia.

6. Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.

8. El contenido de los derechos se desarrollara de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento u ejercicio. Sera inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.

9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.

En definitiva, la instauración del paradigma del Estado Constitucional, trae muchas consecuencias consigo, y una de ellas, es el nuevo rol que se obligado a desempeñar el juez constitucional⁴⁵.

⁴⁵ **ALARCON PEÑA Pablo**; “La Protección de los derechos Sociales en la Jurisprudencia Constitucional Ecuatoriana”; (editores) **ÁVILA SANTAMARÍA Ramiro** y **COURTIS Christian**; Ministerio de Justicia y Derechos

Desde entonces en el Estado Constitucional podemos considerar que con el neo-constitucionalismo los jueces han pasado de ser **“boca de la ley”, a ser creadores de normas y controladores de la constitución**. En el modelo de Estado Legislativo de Derecho (estado social), por el principio de legalidad, el rol de los jueces era el de simple aplicadores, mecánicos de la ley y se suponía su neutralidad a dictar sus sentencias, separarse del texto del legislador no solo era prohibido sino sancionado penalmente.

Es más la ley se presumía válida hasta que la autoridad competente (parlamento), la expulse del sistema jurídico. La legalidad ataba de manos al juez y lo compelió a hacer la justicia definida desde los parlamentos.

En el Estado Constitucional de Derechos, en cambio el juez tiene un rol fundamental.- ser garante de la Constitución y de los derechos, esto implica un rol distinto. Los jueces dejan de ser boca de la ley y se convierten en interpretadores de la misma y creadores del contenido de los derechos.

Los jueces dejan la aplicación mecánica y la neutralidad y pasan a utilizar herramientas de argumentación jurídica, convirtiéndose en críticos.

Ser críticos no significa que puedan imponer sus concepciones morales o ideológicas de manera arbitraria, implica que los jueces deben valorar la ley en relación a los principios constitucionales y que no pueden ser indiferentes al resultado de su aplicación.

Si el efecto de la aplicación de una ley es un resultado injusto, los jueces deben crear una regla conforme a la constitución. Por ello deben ser además creativos. El juez si tiene la sospecha de la ley y cuando tiene la convicción de que esta no se ajusta a los derechos y a la constitución puede inaplicarla.

Las leyes pueden haber sido expedidas por autoridad competente y de acuerdo a un procedimiento pre-establecido pero puede ser invalidado por ser inconstitucional.

Los jueces por lo tanto deben conocer en cualquier especialidad en la que se desenvuelvan sobre Derecho Constitucional. Lo que se busca en el fondo es impulsar el cambio de la cultura jurídica que los tiempos actuales exigen, en cuanto aplicar y proteger los derechos en sociedades en las que las violaciones son innumerables y este nuevo modelo constitucional que exigen jueces críticos, creadores y comprometidos con su realidad social.

Los jueces en suma dejan de ser pasivos y se convierten en jueces constructores, cerebro del derecho. Por lo tanto al ser juez creador de derechos aplicando principios constitucionales deberá tener en cuenta que frente a un caso donde a su criterio la norma no sea adecuada o exista un “vacío de ley”, no es razón suficiente para que un juez deje de proteger un derecho reconocido en la constitución.

4.4. Consecuencias de la Aplicación Directa de la Constitución.-

- a.** En el terreno de la Constitución “como norma suprema”, implica para el operador jurídico que ante un caso concreto, debe acudir primero a la Constitución para encontrar en ella una regla que sirva a la solución al asunto, o al menos un principio orientador e inspirador para su resolución.
- b.** La Constitución tiene un orden de precedencia lógico y axiológico absoluto, donde si existe una norma inferior contraria, esta simplemente no se aplica, pues ha de ser aplicada precedentemente la disposición constitucional.

En conclusión, el principio de eficacia de la Constitución implica para el juez o para otro operador jurídico, tomar la norma constitucional como premisa para su decisión, esto se refuerza con lo considerado que se refiere a la “supremacía de la constitución”, que considera que la constitución está por encima de cualquier otra norma del ordenamiento jurídico.

Los autores como Otto y García de Enterría⁴⁶; abrió con sus aportes la concepción de la eficacia directa de la Constitución, señalando:

1. Es imperativo, antes de aplicar una norma cualquiera , examinar su compatibilidad con la Constitución;
2. Se habrá de aplicar la norma constitucional para extraer de ella la solución al caso, o en fin, para configurar de un modo u otro la situación jurídica;
3. Debe interpretarse todo el ordenamiento conforme a la Constitución;
4. Se debe entender derogado (directamente por la Constitución) toda ley preconstitucional incompatible con ella.⁴⁷

Ricardo Guastini⁴⁸ considera la aplicación de la Constitución no es una tarea exclusiva de la Corte Constitucional sino de órganos jurisdiccionales, lo cual deben aplicarlo por tales razones:

- En primer lugar, en cierto sentido, todo juez aplica la Constitución cuando es llamado a juzgar la no manifiesta improcedencia de una cuestión de legitimidad constitucional presentada por una de las partes. Necesariamente cualquier decisión sobre ese propósito supone la interpretación y el uso de la Constitución;
- Además, en cierto modo, todo juez aplica la Constitución cuando practica la interpretación conforme o adecuadora de la ley;
- Por otro lado, todo juez aplica la Constitución cuando existe controversias y tiene que juzgar, siendo un deber y tienen el poder de aplicar las normas constitucionales.

⁴⁶ OTTO Y GARCIA DE ENTERRIA; citado por ECHEVERRI URUBURU Álvaro en su obra “Teoría Constitucional y Ciencia Política”; cap. “Aplicación Directa de la Constitución”; Ediciones Jurídicas el Profesional; 5ta edición; 1997; pág. 324.

⁴⁷ ECHEVERI URUBURU Álvaro; “Teoría Constitucional y Ciencia Política”; cap. “La Aplicación Directa de la Constitución”; Ediciones Jurídicas el Profesional; 5ta edición; 1997; págs. 323 – 324.

⁴⁸ GUASTINI Riccardo, “La Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico”; Miguel Carbonell (trad); en su obra Neo –constitucionalismo; págs. 66 y ss.

5. LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

5.1. Del Poder Legislativo al Control Constitucional.-

Durante la mayor parte de la historia republicana del Ecuador, la Función Legislativa fue concebido como el intérprete final de la constitución, hasta las reformas constitucionales de 1992, era el propio legislativo el que decidía de forma definitiva sobre la inconstitucionalidad de las leyes que dictaba, lo que implicaba que la actividad legislativa del congreso no estaba sujeto a un control abstracto de constitucionalidad, pues lo que revela en el fondo un fuerte arraigo de la noción de soberanía parlamentaria en la cultura y política ecuatoriana.

La Interpretación Constitucional por parte del legislador soberano comienza a diluirse solo con las reformas constitucionales de 1992 y 1995, en las cuales se otorgó a órganos jurisdiccionales, la facultad de decidir en última instancia sobre acciones de inconstitucionalidad. Mediante las reformas constitucionales de 1992, se atribuyó a una de la Sala Constitucional de la Corte Suprema, la facultad para decidir en última instancia sobre la constitucionalidad de las leyes u otras normas jurídicas. Posteriormente con las reformas de 1995 y 1996, transfirieron esta atribución al Tribunal Constitucional, lo cual fue recogido por la constitución de 1998.

Este fue un cambio que recogió la Constitución de 1998, pero manteniendo al mismo tiempo, de forma contradictoria, la condición del legislador como intérprete final de la constitución.

Según la Constitución de 1998, establecía con respecto a la interpretación de la Constitución que es una facultad del Congreso “reformular e interpretar la Constitución de manera generalmente obligatoria”, (**Art. 130 inc.4**).

De igual manera concede esta atribución al Tribunal Constitucional sobre la declaratoria de inconstitucionalidad, para que el Tribunal declare de con carácter general y obligatorio. (**Art. 274**).

Para aumentar la confusión, el artículo tres literal "E" de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado da también a este organismo, la facultad de absolver consultas sobre interpretación constitucional, disponiendo que los dictámenes de esta institución sobre la materia consultada sean obligatorios para la administración pública.

Al respecto **Agustín Grijalva**, hace una argumentación interesante sobre el tema, en su ensayo sobre Interpretación Constitucional, Jurisdicción Ordinaria y Corte Constitucional, en ese ensayo hace algunas aproximaciones sobre de las funciones de interpretación jurídica de la Constitución de 1998 y 2008. Quien comienza haciendo un análisis sobre la Constitución de 1998, señala en efecto, la codificación de 1998 de la Constitución, establecía en su artículo 284 que "En caso de duda sobre el alcance de las normas contenidas en esta constitución, el Congreso Nacional podrá interpretarlas de un modo generalmente obligatorio". Esta disposición adolecía de dos graves falencias: **1.** Anacronismo; y, **2.** Contradicción con las funciones del Tribunal constitucional.

En cuanto a lo primero, el anacronismo radica en la idea de que el legislador es el único o el principal intérprete de la Constitución, lo que equivale a decir es soberano, pues tal concepción ha sido claramente superada en el Derecho Constitucional Moderno. La soberanía del legislador en realidad se trasunta a la idea de soberanía de la ley, esto es en el predominio de la ley incluso frente a la Constitución. Hoy se piensa que los legisladores representan al pueblo pero deben hacerlo en el marco que el propio pueblo, es tanto constituyente, le ha establecido mediante una Carta Fundamental. El legislador, como cualquier autoridad pública, está sometido a la Constitución, y es por lo tanto necesario un **órgano jurisdiccional** que determine jurídicamente cuando las leyes dictadas por el Congreso y Ejecutivo no se ajustan formal y materialmente a la Carta Fundamental; este órgano en la inmensa mayoría de sistemas jurídicos es la **Corte Constitucional**.

Respecto a lo segundo, esto es la contradicción entre el principio de soberanía del legislador y las funciones del Tribunal Constitucional, la Constitución de 1998, al tiempo de hacer del Congreso el intérprete final de la Constitución, establecía en su Art 278

que las declaratorias de inconstitucional de la ley por parte del Tribunal Constitucional no tendrá efecto retroactivo ni sería objeto de recurso alguno, es decir serían definitivos. Empero para llegar a tales declaratorias el Tribunal Constitucional necesariamente debía interpretar la Constitución también de forma general y obligatoria, con lo cual se producía una clara y abierta contradicción con las facultades interpretativas del Congreso.

La Constitución de 2008, supera este anacronismo y contradicción cuando en su art 429 establece de manera inequívoca que “La Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia”. Al mismo tiempo se elimina esta atribución de las competencias propias de la Función Legislativa. Paradójicamente, frente a este claro avance, el Art 427 para priorizar la voluntad ya no del legislador pero sí del constituyente enfatiza entre los métodos para interpretar la Constitución y el método exegético al disponer:

“Las normas constitucionales se interpretaran por el tenor literal que más se ajuste a la constitución en su integridad. En caso de duda, se interpretaran en el sentido que más favorezcan a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional” (art. 427).

Esta norma ciertamente no corresponde al desarrollo actual de la hermenéutica constitucional y al carácter fuertemente garantista de la carta en su conjunto. Se consagra aquí un predominio de la siempre limitada interpretación literal y luego del método subjetivo de interpretación, por el cual es necesario indagar la supuesta voluntad del constituyente. Con este énfasis y en contradicción con la mención que hace el artículo del principio prohomine, se relega relativamente los métodos objetivos de interpretación, por los cuales las normas constitucionales deben entenderse adaptándose a las realidades sociales y culturales en los que se aplican. En todo caso,

este artículo deberá interpretarse en relación a otras numerosas normas de la Constitución relativas a su interpretación.⁴⁹

5.2. Que significa Interpretación.-

Adentrándonos al tema de la Interpretación Constitucional es importante referirse sobre la importancia, al respecto el Jurista Iván Vila Casado hace mención sobre el tema, quién manifiesta que la interpretación es un razonamiento que se dirige a responder la pregunta de cuál es el significado de un texto. Interpretar un texto quiere decir, por tanto decidirse por una entre varias posibles maneras de entenderlo y aplicarlo, adoptar la que aparece como lo pertinente en el sentido de lo que necesariamente se impone en la solución jurídica de un conflicto.

Desde el punto de vista de su finalidad, el cometido de la interpretación es hallar el resultado constitucionalmente correcto a través de un procedimiento racional y controlable, fundamentar este resultado de modo igualmente racional y controlable, creando certeza y previsibilidad jurídicas.

Ha habido muchos intentos de negar el ejercicio de la interpretación. En Francia durante el largo periodo del absolutismo, se les prohibía a los jueces interpretar las ordenanzas y disposiciones reales, porque se consideraba que eso conducía a darle poder a los jueces. Idéntica actitud se adoptó por parte de los revolucionarios franceses debido a la profunda desconfianza que tenía frente al estamento judicial, proveniente en su totalidad de la monarquía. Al acogerse el principio de que la ley es la expresión de la voluntad popular, fundamento de la soberanía se le prohibió en forma categórica a los jueces so pena de graves sanciones, interpretar la ley; debían limitarse a su aplicación mecánica a través de un sencillo razonamiento lógico que permitiera subsumir los hechos en la norma.

⁴⁹ GRIJALVA JIMENÉZ Agustín; “La Nueva Constitución del Ecuador “Estado, Derechos e Institucionales”; cap. “Ensayo sobre Interpretación Constitucional, Jurisdicción Ordinaria y Corte Constitucional”; Corporación Editora Nacional; 1ra edición, Quito, 2009; pág. 270-271.

Como lo afirma **Karl Larenz**, hoy en día nadie puede sostener en serio que la aplicación de las normas jurídicas no es sino una subsunción lógica, un silogismo bajo premisas mayores formadas de manera abstracta. Constituye un error inaceptable afirmar que los textos jurídicos solo necesitan interpretación cuando aparecen como pocos claros, oscuros o contradictorios.

Todos los textos jurídicos por más completos que parezcan, son en principio susceptibles de y necesitan interpretación.⁵⁰

5.3. Interpretación Constitucional.-

Con respecto a la Interpretación Jurídica hay quienes caen en el error en que incurren, quienes pretenden sustituir el término interpretación por el de hermenéutica o viceversa, en la equivocada creencia que se trata de vocablos sinónimos o equivalentes.

Linares Quintana⁵¹ señala: “Hermenéutica jurídica es la disciplina científica cuyo objeto es el estudio y la sistematización de los principios y métodos interpretativos”. La interpretación es aplicación de la hermenéutica. La hermenéutica descubre y fija los principios que rige la interpretación. La hermenéutica es la teoría científica del arte de interpretar. En el mismo sentido el autor **Raúl Canosa**⁵², expresa que conviene hacer notar la pertenencia de la Interpretación Jurídica al mundo de la hermenéutica.

Es decir, que la Interpretación Jurídica en general, es la concreta actividad intelectual, es parte de una ciencia que se conoce como Hermenéutica. En realidad la interpretación es jurídica, en tanto se atiende a la función normativa que desempeña, esto significa que la interpretación desempeña un rol de naturaleza normativa que se desarrolla en el camino de la interpretación- aplicación de las normas. Durante la interpretación el sujeto busca y descubre el sentido normativo del texto, éste, a su vez,

⁵⁰ VILA CASADO Iván; “Nuevo Derecho Constitucional, Antecedentes y Fundamentos”; Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez; Bogotá D.C. Colombia; 2002; Pág. 343- 344.

⁵¹ LINARES QUINTANA Segundo; “La Constitución Interpretada”; Editorial Depalma; Bs. Aires 1960; citado por JORGE ZAVALA EGAS; “La Interpretación Constitucional”; pág. 175.

⁵² CANOSA USERA Raúl; “Interpretación Constitucional y Formula Política”; Centro de Estudios Constitucionales; Madrid 1988; citado por JORGE ZAVALA EGAS; Manual de Derecho Constitucional”; cap. “Interpretación Constitucional”; editorial Edino; Guayaquil, 1992; pág. 175.

se materializa, justo en el momento de su aplicación, interpretar equivale a preparar el *iter* que producirá en cada caso la norma Ad- Hoc, pero finaliza cuando el sujeto intérprete decide entre las soluciones posibles. La finalidad de la interpretación y de la aplicación es siempre la misma, a saber; resolver un caso concreto extrayendo de la disposición general la norma pertinente.⁵³

La mayoría de autores contemporáneos concuerdan en que la Interpretación Constitucional es una forma especial de la interpretación que si bien tiene características similares a otros ejercicios de hermenéutica jurídica, posee particularidades que la convierte en disciplina autónoma. Estos autores coinciden en que existen por lo menos cuatro cuestiones fundamentales que distinguen la interpretación constitucional de los demás ejercicios de hermenéutica jurídica: **a)** la estructura diversa de las normas constitucionales frente a las otras normas del ordenamiento y su vinculación con la garantía de lo indecible democráticamente, si partimos de la teoría tradicional del derecho, consideran que en la Constitución se pueden encontrar dos tipos de cánones una de directa aplicación y otras programáticas. Para los defensores de esta tesis solo las primeras son reglas jurídicas en sentido estricto y, en tal virtud, deben ser aplicadas directamente por los operadores jurídicos mediante un proceso de subsunción; mientras las demás (principios y los valores), por el hecho de tener una textura abierta e indeterminada solo puede ser aplicada después de mediar un desarrollo a través de reglas, por parte del titular de la función legislativa.

La nueva teoría del Derecho, sin embargo, discute y minimiza esa radical diferencia y considera que si bien la Constitución, está conformada por reglas también incorporan principios y valores. La diferencia es que, para los ius- teóricos contemporáneos del derecho, los principios y valores son también normas y como tales directamente aplicables, sin que medie el desarrollo posterior del legislador. Esto es posible a partir de una utilización renovada de las reglas de argumentación y de la retórica. El juez contemporáneo como parte de aquellas instituciones que Ferrajoli denota como “de

⁵³ ZAVALA EGAS Jorge; “Manual de Derecho Constitucional”; cap. La Interpretación Constitucional”; editorial Edino; Guayaquil, 1992; págs. 175- 176.

garantía” del Estado Constitucional, es el primordial guardián de aquellos principios que en democracia están sustraídos a la voluntad de las mayorías y esto solo se puede realizar mediante el uso racional y cuidadoso de las reglas de la argumentación jurídica.

El juez constitucional al salir de la comodidad de la aplicación mecánica del silogismo tiene la grave responsabilidad de decidir en última instancia y argumentar bien, y esto solo lo puede hacer a partir de un manejo responsable de la retórica jurídica. En efecto en los Estados Contemporáneos, donde se ha puesto en duda el absolutismo de la ley y del parlamento, el juez constitucional es el único que puede inmiscuirse con seguridad en aquellos territorios inviolables para asegurar la efectividad de los derechos sociales, especialmente aquellos relacionados con el “buen vivir”.

Para aplicar e interpretar estos principios y reglas será necesario superar los métodos tradicionales de interpretación que el mundo le debe a Savigny, y necesita reemplazarlos por nuevas técnicas basadas en la búsqueda de la racionalidad, proporcionalidad y suficiencia de las medidas adoptadas en el caso concreto. **b)** su vinculación a la realización efectiva del principio de Supremacía de la Constitución; en cuanto a la relación existente entre la interpretación constitucional y la eficacia del principio de supremacía de la Constitución, hace de la Constitución una norma jurídica suprema de todo el ordenamiento jurídico, esta doble condición la convierte en parámetro axiológico del ordenamiento en su integridad. Su superioridad y el nuevo papel que cumple la Constitución como parámetro de valoración del conjunto de las normas del ordenamiento están directamente relacionados con la labor de interpretación que cumplen los jueces constitucionales y particularmente con la vigencia y eficacia del principio de interpretación conforme a la Constitución.

En efecto dado la estructura abierta de la Constitución, la aplicación directa de la Constitución depende mucho de las formas de concreción de las normas constitucionales desarrollados por los intérpretes autorizados de la Carta Fundamental. En ese sentido se evidencia que el entendimiento y la operatividad del principio de Supremacía de la Constitución y la posibilidad de aplicar directamente el texto

fundamental depende de la postura que tenga los jueces constitucionales u demás intérpretes sobre el papel, el alcance y los mecanismos de interpretación de las normas constitucionales.

Y por ello, el juez constitucional no puede confinarse a la actitud cómoda de simplemente “aplicar el derecho”, ni se debe contentar con una aplicación silogística del derecho donde se circunscribirá a solucionar eventuales “antinomias” entre reglas, sino que ante la insuficiencia de estas reglas debe asumir una actitud creativa y políticamente comprometida con la realización material de la justicia, donde el activismo judicial y la interpretación dinámica de la Constitución son esenciales para crear sub-reglas necesarias para traducir los principios constitucionales en una política judicial emancipadora e implicada con los más débiles;**c)** el carácter normativo de la Interpretación Constitucional, según la teoría tradicional del derecho, siguiendo a Montesquieu, hace una división de poderes entre las funciones del Estado entregando al legislativo la primacía frente a los demás poderes. La razón de esa marginación del juez de los ámbitos políticos tiene un origen doble: uno de carácter histórico – político y otro más conocido de naturaleza jurídica. En el primer caso no se puede olvidar que el primer liberalismo francés históricamente excluyó a los jueces de las decisiones políticas por la necesidad que tenían los revolucionarios del siglo XVIII, de consolidar el poder para lo cual era necesario romper las estructuras institucionales del Estado autoritario, de los cuales los jueces eran elemento clave.

La explicación jurídica de la exclusión de los jueces de la capacidad normativa es dada por los defensores de esta postura teórica en razón a la ausencia de legitimidad democrática de la función judicial, cuyos miembros en este modelo Montesquiano no son elegidos por mandato popular. En ese sentido, si la función de crear el derecho es la más importante del sistema, no se le puede dar a un cuerpo que carece de legitimidad y representación popular.

Las teorías modernas del Derecho, han controvertido esta idea mecanicista clásica y ahistórica del principio de separación de poderes, a partir de la constatación de dos

fenómenos paralelos: el reconocimiento de la existencia del pluralismo jurídico y la mutación de la posición de la jurisprudencia en el conjunto de las fuentes del derecho.

Entonces la visión tradicional, la entrega de la creación del derecho era a la Función Legislativa, por ser el órgano que tiene directa legitimidad democrática, mientras que los órganos de control constitucional, en tanto tienen una legitimidad indirecta tan sólo pueden ser considerados aplicadores del derecho y en el mejor de los casos legisladores negativos, la interpretación constitucional no tendría un carácter normativo ni mucho menos vinculante.

Existen numerosas posturas doctrinales que intentan explicar en qué consiste la función de aplicar e interpretar el derecho que corresponde a los jueces. Para los seguidores del modelo judicial deductivo extremo a partir de la consideración de que el derecho es un todo cerrado y completo, aplicar el derecho simplemente consiste en hacer un ejercicio de deducción y por lo tanto la aplicación de normas no aporta, no puede aportar nada al conjunto del derecho.

Mientras para los seguidores del judicialismo extremo, la justificación de las sentencias es imposible porque se trata de una mera cuestión de voluntad y en consecuencia las justificaciones incorporadas en la motivación de la sentencia son meras racionalizaciones de un acto de poder.

Para los juristas formados dentro de la tradición jurídica francesa, ese enunciado es en sí mismo un atentado contra el principio de legalidad, y por tanto sólo es posible hablar de tal posibilidad en circunstancias excepcionales, es decir, cuando al interior del ordenamiento existan lagunas y antinomias que no puedan resolverse de ningún modo.

También hay quienes acogen la conocida teoría Kelseniana, según la cual la creación y aplicación del derecho no son categorías nítidamente distinguibles, consideran correcto decir que los jueces crean derecho como un modo de explicar que en el sistema jurídico está constituido por dos tipos de normas: las normas generales producidas mediante el procedimiento legislativo y las normas particulares o concretas de creación judicial.

Por su parte los juristas realistas, entienden que la interpretación de normas que hacen los jueces es una actividad de creación de nuevo derecho en sentido fuerte. Para los defensores de esta tesis el significado de un enunciado normativo no es nunca previo a la actividad interpretativa y por tal razón las leyes no tienen otro significado que aquel que le atribuyen sus intérpretes y concretamente los jueces.

Desde la óptica realista la actividad jurisdiccional seguirá siendo en lo fundamental una actividad aplicativa de normas generales a casos concretos, solo que en este caso las normas aplicadas lejos de estar predeterminadas, son normas que los propios jueces producen o por lo menos contribuyen a producir a través de la interpretación.

En definitiva según las teorías manifestadas, aunque hoy son minoritarias, está claro que los jueces y más si son jueces constitucionales crean derecho general y abstracto a través de sus decisiones, se convierten en precedentes vinculantes para los jueces y particulares, de idéntica manera como lo hace la ley aprobada por el legislador ordinario, de tal manera que las interpretaciones de los jueces constitucionales son normas en el sentido fuerte del termino solo que no son normas de origen parlamentario y; **d)** las distintas funciones que cumple la interpretación constitucional de última instancia respecto de las otras interpretaciones constitucionales posibles; consiste en que con la consolidación del Estado Constitucional es la Corte Constitucional la que asume la facultad exclusiva de interpretar con autoridad y definitivamente la Constitución quedando marginado como interprete único el legislador, definido en el Estado Legalista⁵⁴.

5.4. La Interpretación Constitucional y Derechos.-

En un Estado Constitucional las leyes o buena parte de ellos deben desarrollar los derechos fundamentales, este desarrollo puede consistir en la concreción o la regulación de tales derechos pero nunca en su violación. La relación entre la ley,

⁵⁴ MONTAÑA PINTO Juan; “Teoría y Práctica de la Justicia Constitucional”; cap. “La Interpretación Constitucional”; Ministerio de Justicia y Derechos Humanos; 1ª Edición; Enero 2010; págs. 722 – 733.

Constitución y Derechos se produce solo cuando la Constitución tiene realmente fuerza normativa, y cuando este carácter normativo ésta asegurado por el control jurídico, que realiza la Corte Constitucional.

La fuerza normativa de la Constitución en el Ecuador ha tenido vida desde los inicios de la Republica, pero precaria; donde la soberanía del legislador, violaba con frecuencia los derechos y procedimientos constitucionales. Para superar este anacronismo será el desarrollo de una jurisprudencia constitucional por parte de la Corte, que contribuya a la definición de los derechos.

La Corte Constitucional será el encargado en base a la interpretación constitucional y al respeto a la libertad de configuración legislativa, marcar constantemente los parámetros normativos que el legislador debe observar que sus leyes no violen los derechos constitucionales, y por ello los concreten, desarrollen y regulen, conforme lo establece el artículo 11 numerales 8 de la Constitución.- El contenido de los derechos y garantías constitucionales se desarrollara (...), de manera progresiva a través de las normas, jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio; y el Art 11 numeral 4°.- Ninguna norma jurídica, podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.

La Corte Constitucional, tendrá como función esencial en base al artículo 436 numeral 6: expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante (...), respecto de las garantías constitucionales.

Por otra parte la Corte Constitucional debe respetar los contenidos esenciales de los derechos determinados por el constituyente en la Carta Fundamental, de tal manera que no puede ni debe sustituir en sus funciones al constituyente; por el contrario su rol central está en proteger estos contenidos esenciales frente al legislador, específicamente cuando éste en su tarea configuradora de los derechos rebasa los

límites fijados por tales contenidos, así como frente al Ejecutivo que puede violarlos mediante actos de poder público mediante su potestad reglamentaria⁵⁵.

5.5. La Corte Constitucional el único órgano competente para interpretar la constitución.- ¿Existe otros órganos como interpretes?

Entrando ya al tema de la Interpretación de la Constitución, la Carta del 2008 reconoce como intérprete único a la Corte Constitucional, suscita la pregunta **¿existe otros intérpretes?**, los jueces tendrán la potestad de interpretar la Constitución para garantizar los derechos reconocidos en la Constitución; frente a su nuevo rol como garante de los derechos, o preguntarnos en qué casos la Asamblea debe o puede interpretar la constitución.

Respecto a esta facultad interpretativa en el Derecho Constitucional Comparado, en el país ecuatoriano existen mal entendidos, confusión que tiene que ver con la idea de que la Corte es no solo el máximo sino el único intérprete de la constitución de que en tal virtud pueda absolver consultas.

Al manifestar la Constitución a la Corte Constitucional como el máximo intérprete jurídico no significa que sea el único intérprete ni que pueda ejercer en cualquier momento y de cualquier forma su función interpretativa.

Por lo tanto la Corte no es el único intérprete de la Constitución porque la propia Constitución lo establece. Cuando los Artículos **429 y 436** de la Constitución califican a la corte como el máximo intérprete de la Constitución, no puede sino entenderse que es máximo en relación a otros intérpretes. El art **429.-** establece que la Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia. A su vez el Art **436.-**señala.- La Corte Constitucional ejercerá, además de las que confiere la ley, las siguientes atribuciones:

- 1.** Ser la máxima instancia de interpretación de la constitución, de los tratados internacionales de los derechos humanos ratificados por el estado ecuatoriano, a

⁵⁵GRIJALVA JIMENÉZ Agustín; "La Nueva Constitución; "Estado, Derechos e Instituciones"; cap. Interpretación Constitucional, Jurisdicción y Corte constitucional"; Edición Corporación Editora Nacional; 1ra edición; Quito 2009; págs. 277- 281.

través de sus dictámenes y sentencias. Sus decisiones tendrán carácter vinculante.⁵⁶ Adicionalmente es necesario hacer una observación que el art **436 numeral 1** es una repetición innecesaria del art **429**.

Por lo tanto ningún órgano puede ser máximo en relación a nada o a nadie. De hecho la Constitución hace referencia a otros intérpretes por ejemplo: el artículo **11 núm. 5.-** consagra el principio de efectividad establece que “en materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia”. También el artículo **426** se refiere a la aplicación directa de la constitución por parte de todas las personas, autoridades e instituciones, incluyendo las juezas y jueces⁵⁷.

Lo que la Constitución del 2008, crea mediante la Corte Constitucional es un intérprete jurídico máximo, no un intérprete único. La creación imposible de un intérprete único significaría la muerte de la Constitución, puesto que ella constituye un marco axiológico permanente y dinámico para infinidad de actos y normas por parte de múltiples operadores jurídicos y de los ciudadanos mismos. De lo contrario como los ciudadanos podrían exigir sus derechos constitucionales sin definir un sentido de las normas constitucionales, de igual manera como podrían los legisladores cumplir y abstenerse de violar la constitución si no la interpreta; y a su vez como podrían los jueces suspender o inaplicar una ley que consideren inconstitucional, sino atribuyendo un sentido a las normas constitucionales. Reconociendo varios intérpretes, el tema de la interpretación se vuelve muy complejo por quienes interpretan la Constitución, debido que requiere de un conocimiento adecuado, apropiado.

Según el Tratadista Dr. Miguel Carbonell, manifiesta con respecto al tema de la interpretación constitucional sobre derechos fundamentales en décadas anteriores el sueño era luchar por los derechos, con un objetivo único de lograr un reconocimiento constitucional logrando llegar a una etapa de la “positivación de los derechos”,

⁵⁶ GRIJALVA JIMENÉZ Agustín; “La Nueva Constitución del Ecuador, Estado, Derechos e Instituciones”; cap. “Interpretación Constitucional, Jurisdicción y Corte Constitucional”; Edición Corporación editora Nacional; pag.272.

⁵⁷ Ibídem; págs. 273 y ss.

logrando conseguir una consolidación de amplios derechos pero el problema era en esos años que los encargados de aplicar en la practica el catálogo de los derechos se enfrentaban a la enorme dificultad de los regímenes autoritarios y dictatoriales. Actualmente según el tratadista los problemas son otras, no se trata ahora de abogar por su Constitucionalización, sino de supervisar su correcta puesta en práctica. Para ello se requiere de importantes técnicas interpretativas. Algunos de ellos tiene que ver con la falta de destrezas teóricas al momento de aplicar las normas de derechos fundamentales, donde trae consigo sentencias que contienen errores de interpretación, los cuales en materia de interpretación deben entrar en juego las técnicas interpretativas propios de los principios constitucionales(**ponderación,proporcionalidad, razonabilidad**).

Como consecuencia de la expedición y entrada en vigor del mencionado modelo sustantivo de textos constitucionales, la practica jurisprudencial de muchos Tribunales y Cortes Constitucionales ha ido cambiando de forma relevante. Por ello los jueces constitucionales y los demás operadores constitucionales han tenido que aprender a realizar su función bajo parámetros interpretativos nuevos, a partir de los cuales el razonamiento judicial se hace más complejo. Por otra parte los operadores constitucionales se las tienen que ver con la dificultad de trabajar con valores que están constitucionalizados, que requieren de una tarea hermenéutica que sea capaz de aplicarlos a los casos concretos de forma justificada y razonable dotándolos⁵⁸.

La importancia de interpretación crece cuando se trata del Derecho Constitucional, debido al carácter abierto y amplio de la Constitución, presentándose problemas de interpretación con mayor frecuencia y son más agudos que en otros sectores del ordenamiento jurídico, encontrando en una Constitución normas con diferente estructura, en singular conexión con principios y valores que indican las directrices fundamentales, el sentido y la finalidad del ordenamiento constitucional. El célebre juez **MARSHALL**, lo plantió con mucha propiedad “No debemos olvidar que es una Constitución la que estamos interpretando”. Con ello por su parte el tratadista Iván Vila

⁵⁸ CARBONELL Miguel; “El Principio de Ponderación y de Interpretación Constitucional”; pág. 9, 10, 11.

Casado manifiesta que no es igual interpretar la constitución que la ley; que debe respetarse su especificidad.⁵⁹

En base a este carácter democrático de la Constitución, Peter Haberle ha planteado la necesidad de una sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución, en los procesos de interpretación están incluidos todos los órganos del estado, todos los poderes públicos, todos los ciudadanos y grupos.

En este marco, por supuesto no todas las interpretaciones tienen el mismo valor jurídico o efecto práctico. La interpretación de los jueces, y en particular la de la Corte Constitucional, tienen efectos jurídicos específicos, según los procesos que se trate. El legislador puede y debe interpretar la Constitución, tal como lo hace el juez y el ciudadano y el funcionario público. Es más la interpretación del legislador que es predominantemente política, es clave en cuanto de ella dependerá que en principio las leyes se ajusten a la Constitución.

Lo que la Constitución del 2008, establece no es que el legislador no pueda interpretar la Constitución, sino que no pueda dictar una interpretación jurídica final de la Constitución, pues esta es una actividad jurisdiccional que corresponde a la Corte Constitucional.

La atribución de tal función que era del congreso según la 1998, a la Corte es indispensable para que el legislador actúe dentro del marco de la Constitución, pues si el legislador fuera el intérprete final, **sería juez y parte a la vez**, podría dictar leyes y decidir al mismo tiempo mediante interpretación jurídicamente de la Constitución, si esas leyes son o no constitucionales, convirtiéndose en algo ilógico, lo que llevaría a sostener que sería un legislador no sometido a la Constitución.

Por esta razón la fórmula de la Constitución vigente, es normal en muchas constituciones, como el caso Colombiano, corrige adecuadamente el anacronismo (que era una idea considerando al legislador como el máximo intérprete constitucional,

⁵⁹VILA CASADO Iván; “Nuevo Derecho Constitucional; Antecedentes y Fundamentos”; cap. “La Interpretación de la Constitución; Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez; Bogotá D.C. Colombia, 2002; pág. 351.

estando directamente vinculado a las nociones jurídicas y políticas predominantes en Europa en el siglo XIX y XX, relativas a que el legislador es soberano en tanto representante de la voluntad popular), e inexactitud del artículo **284** de la Constitución de 1998 que establecía que el legislador era quien podía interpretar de forma general y de manera obligatoria.

La nueva Constitución frente a una de las atribuciones establecidas existe un problema adicional definido en El Artículo **436 numeral 1** que establece “La Corte constitucional será el máximo intérprete (...), de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Ecuador, a través de sus dictámenes y sentencias”. La norma es problemática porque muchos de estos mismos tratados establecen órganos consultivos o jurisdiccionales de carácter internacional a los cuales se les atribuye tal facultad interpretativa. Así el Art **63 numeral 3** de la Convención Americana de Derechos Humanos establece que la Corte Interamericana tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta convención que le sea sometido, siempre que los estados partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, en este caso será la Corte Constitucional la que eventualmente deberá entonces precisar el alcance de esta parte del artículo **436**.

Además es importante aclarar que la Corte Constitucional al ser el intérprete final de la constitución no significa que se trate de un órgano consultivo. La Corte no puede interpretar la Constitución en cualquier momento y de cualquier forma como la ha requerido equivocadamente la Comisión Legislativa y el Consejo Nacional Electoral, en sus primeros días de vigencia de la constitución del 2008.

La interpretación de la constitución no es una atribución específica, diferenciada y aislada de la Corte Constitucional, como sugeriría una limitada interpretación literal del art **436 numeral 1**.

El art **436 numeral 1**, en primer lugar dispone expresamente que la corte desarrolle su tarea interpretativa exclusivamente mediante sus sentencias y dictámenes, estas a su

vez se expiden estrictamente en el marco de las competencias que la Constitución otorga a la Corte que constan en los Artículos **436 a 438**, y entre las cuales ninguna se refiere a absolver consultas sobre la interpretación de la Constitución.

En segundo lugar la interpretación de la Constitución es una labor permanente de la Corte, en el desempeño de todas sus funciones como lo define el Art **429** cuando describe como el máximo órgano de control e interpretación constitucional. No es que la Corte tiene por un lado una supuesta labor de interpretar la Constitución, y por otro lado otras competencias o funciones. Por el contrario todas estas otras funciones son posibles solo interpretando la Constitución, de no ser así no sería posible controlar la inconstitucionalidad de la ley, si la Corte no interpreta la constitución, es decir si no se le otorga un determinado sentido a la Constitución, frente a la ley e incluso a la ley frente a la constitución.

En tercer lugar, la Corte Constitucional es un órgano jurisdiccional y por tanto actúa solo en el marco de procesos constitucionales previamente establecidos y a petición de parte, y solo muy excepcionalmente y por expresa autorización constitucional, de forma automática. Las únicas consultas que la Corte Constitucional puede absolver se producen en el curso de un proceso judicial y son las establecidas en el art **428** de la Constitución, norma que establece “cuando un juez considere inconstitucional una norma jurídica, suspenda el proceso y ponga el asunto en conocimiento de la Corte Constitucional para que esta resuelva con efectos generales”.

Todas las demás funciones la Corte, las realiza en el marco de procesos constitucionales que la propia carta establece y que derivan en sentencias o dictámenes. La actuación de la Corte a petición de parte, en cambio, tiene como objetivo asegurar la imparcialidad propia de cualquier órgano jurisdiccional.

En el caso de la Corte Constitucional, la supuesta facultad de absolver consultas previas ataca incluso las competencias auténticamente jurisdiccionales de la corte, pues si esta se pronuncia en determinado sentido sobre una norma o un acto mal podría hacerlo posteriormente en forma distinta cuando se demande ante ella la

inconstitucionalidad de tal norma o acto. En otras palabras, las funciones consultivas, que le son impropias e inconstitucionales, inhiben sus funciones que le son propias y atribuidas por la constitución. Con respecto a que la Corte Constitucional, absuelva consultas fue explícitamente incluida en varios proyectos de la constitución pero eliminada en el texto de Montecristi. Si se busca el pronunciamiento de la Corte Constitucional, lo jurídico sería acudir a los procesos constitucionales específicos diseñados para el efecto. Estos son procesos constitucionales que aseguran el debido proceso, y por lo tanto incluyen los tipos de procedimientos, comparecencias, argumentos, responsabilidades y decisiones adecuadas. En cambio si la Corte viola el proceso en el desempeño de sus competencias solo le espera una deslegitimación acelerada como órgano jurisdiccional. Por otra parte, se plantea el problema del valor jurídico de estas decisiones adoptadas como resultado de consultas. Puesto que la Constitución no establece el proceso constitucional correspondiente, el valor jurídico de las respuestas a tales consultas queda entredicho.

Finalmente está el problema del tipo de actividad hermenéutica que supone una consulta sobre el sentido de normas constitucionales. Las Cortes Constitucionales son garantes fundamentalmente de tres asuntos:

El primero; el de la supremacía de la constitución, en la cual la corte interpreta la Constitución pero siempre confrontándola con la ley u otras normas jurídicas, a efectos de invalidarlas o interpretarlas conforme a la Constitución.

El segundo; el respeto de los derechos constitucionales, la Corte interpreta la Constitución para delimitar y concretar el contenido de los derechos constitucionales como límites y fines de la ley u otras normas jurídicas.

En el tercer; la división de poderes donde la Corte autolimita su actividad interpretativa a efectos de no invadir o sustituir funciones constituyentes y no reemplazar totalmente las funciones legislativas, además de esclarecer las competencias constitucionales de cada órgano o función pública o gobierno territorial. En ninguno de estos casos una Corte Constitucional procede a una interpretación puramente abstracta de la

constitución, sin referencia a norma infra-constitucional o acto alguno de autoridad pública, como podría suceder con una consulta o en una interpretación puramente académica sobre el sentido de una norma constitucional. Hacerlo sería grave, pues la Corte fácilmente podría en tal caso invadir las competencias del legislador o del constituyente.

En un Estado Constitucional de Derechos, donde tales derechos se encuentran desarrollados y garantizados por el Estado, como uno de sus deberes primordiales frente a esto la Corte puede y debe, en base a la interpretación jurídica de la propia Constitución y al respeto a la libertad de configuración legislativa, marcar constantemente los parámetros normativos que el legislador debe observar para que sus leyes no violen los derechos constitucionales, y por el contrario los concreten, desarrollen y regulen, conforme lo establecen el Art **11 numerales 8 y 4** de la Constitución. El Artículo **11 numeral 4** establece “Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales”. Por su parte el Artículo **11 numeral 8** establece “El contenido de los derechos se desarrollara de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas”. El Estado generara y garantizara las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio

No como sucedía hasta la Constitución de 1998, donde la actividad legislativa con frecuencia violaba los derechos y procedimientos constitucionales, y por otra parte las resoluciones del Tribunal Constitucional, donde predominaba una suerte de anacronismo jurisprudencial y doctrinario que ha impedido una adecuada tarea de definición y por lo tanto defensa de los derechos constitucionales.

Estas violaciones a la Constitución terminan deslegitimando a muchas leyes, y por supuesto a los legisladores que las dictaron y a los jueces que las aplican.

Con la Constitución del 2008, la Corte Constitucional tiene un nuevo rol que consiste según el Art **436 numeral 6** que establece como una función esencial de la corte expedir jurisprudencia obligatoria en materia de garantías. Este tipo de jurisprudencia

es bien escasa en el Ecuador. Las resoluciones del Tribunal Constitucional casi no abordan la delicada tarea analítica de precisar o concretar jurídicamente los contenidos esenciales de los derechos. Tampoco se halla en esa jurisprudencia el uso de los métodos modernos de interpretación constitucional tales como la ponderación o los test de razonabilidad y proporcionalidad.

En consecuencia, una tarea central y urgente de la nueva Corte Constitucional consiste en contribuir al desarrollo jurisprudencial del contenido de los derechos constitucionales. Aunque los contenidos esenciales de los derechos pueden hallarse en la propia Constitución y en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, así siempre éstos sean demasiados generales y abstractos frente a la complejidad y diversidad de la legislación y de los casos concretos a que se aplican.

En todo caso, es la Corte Constitucional la que estudiando la aplicación concreta de la ley u otras normas jurídicas, es decir mediante la selección de sentencias, fallos contradictorios y aquello de especial trascendencia constitucional, para que en base a ellos dictar precedentes que tendrán carácter obligatorio. Es en la argumentación de estos precedentes que la Corte deberá desplegar su calidad de interprete final de la constitución.

Por otra parte su rol central es respetar y proteger tales derechos frente al legislativo, específicamente cuando éste en su tarea configuradora de los derechos rebase los límites fijados por los contenidos, así como frente al Ejecutivo que puede violentarlos mediante actos de poder público y mediante su potestad reglamentaria.

Respecto de la Interpretación Constitucional con la Justicia Ordinaria, es necesario hacer mención sobre el cambio en cuanto al rol de la jurisprudencia constitucional exige una mayor y mejor comunicación entre Corte Constitucional y la Justicia Ordinaria. La Corte requiere de los jueces para que su jurisprudencia sea trascendente, y los jueces requieran de la Corte para unificar fallos contradictorios, se requiere entonces una mutua colaboración entre la Corte Constitucional y Jueces, para avanzar

en la Constitucionalización de la cultura jurídica, y específicamente de la cultura judicial ecuatoriana.

De hecho la justicia ordinaria es y debe ser también garante de la Constitución, pues como plantea la Doctrina ella integra las garantías jurisdiccionales ordinarias, y debe por tanto inscribir su actuación en el marco de los derechos constitucionales y de la interpretación que de estos haga la Corte Constitucional.

El juez ordinario en definitiva, requiere siempre de la Constitución para aplicar la ley en función de los derechos constitucionales de personas y colectivos. Sin este parámetro el juez puede derivar en un agente legitimador de violación de estos derechos, aún actuando en el marco del principio de legalidad formal, esto es de leyes formalmente vigentes. Solo el parámetro constitucional permite al juez interpretar y aplicar la ley en el marco de los derechos constitucionales, es decir de lo que **FERRAJOLI** ha llamado el principio estricto de legalidad, en otras palabras aplicar leyes tanto formalmente vigentes como constitucionalmente válidas.

Con respecto al tema en análisis, es importante hacer algunas aportaciones sobre el tema de la interpretación de la Constitución. La función que cumple la Corte Constitucional es fundamental en un Estado Constitucional de Derechos, al ser considerado como el máximo intérprete de la constitución, donde a través de sus dictámenes debe velar de ciertas violaciones a la Constitución, como para citar un ejemplo la reforma de la Constitución que quiere hacer el Presidente de la República, donde a través de tal reforma conlleva a violación de algunos derechos reconocidos en la constitución, donde ahí el rol principal de la Corte Constitucional.

Al considerarse como una facultad no exclusiva la interpretación de la Constitución, por parte de la Corte no significa que la Asamblea no pueda interpretar la Constitución, si revisamos el art **120 numeral 6** de la Constitución, manifiesta como atribución de la Asamblea “interpretar las leyes de carácter generalmente obligatorio”, no significa que no tenga que interpretar la constitución, puede y debe hacer, cuando va a crear,

codificar, reformar y derogar algunas leyes, quien deberá hacerlo dentro del marco de la Constitución para no violar derechos constitucionales.

De igual manera el juez constitucional, en un Estado Constitucional de Derechos, donde deja de ser boca de la ley, sino aplicar principios que constan en la Constitución, donde el juez debe entonces esforzarse por hallar las interpretaciones que mejor sirva a la defensa de los derechos reconocidos en la Constitución.

5.6. Teorías sobre la Finalidad de la Interpretación.-

Parecería ambiguo referirse a estas teorías clásicas de interpretación pero importantes para este estudio hacer comparaciones con el nuevo Derecho Contemporáneo, según estas teorías si la norma debe ser interpretada según la voluntad del legislador (**teorías subjetivas**) o según la voluntad de la norma (**teorías objetivas**).

1. **Teorías Subjetivas.-** De acuerdo con estas teorías, el intérprete debe buscar la voluntad del legislador, ya que la finalidad de la interpretación, es saber qué fue lo que quiso el creador de la norma. Se parte de la consideración de que la norma es un acto de voluntad y no de razón; que hay mayor seguridad jurídica cuando se busca lo que quiso el legislador, y en este sentido, el juez tiene que respetar el legislador, lo que le obliga a averiguar qué fue lo que quiso el legislador y de ninguna manera lo que quiere el juez.

Opositores a esta teoría sostienen que no siempre es fácil investigar la voluntad del legislador. Además se puede presentar la posibilidad de que en intentar interpretar al legislador, el juez se ubique dentro de un amplio margen de arbitrariedad. Lo importante de este argumento no es lo que quiso el legislador, sino los fines y los valores en la norma.

2. **Teorías Objetivas.-** Para las llamadas teorías objetivas lo relevante no es la voluntad del legislador sino la voluntad de la ley; quienes afirman que hay

menos arbitrariedad cuando se averigua lo que la ley pretende, que cuando se busca que es lo que quiso el legislador.⁶⁰

Dentro del nuevo paradigma Constitucional, parecería extraño tener en cuenta estas afirmaciones, basadas en el principio de legalidad (estado de derecho), donde el legislador creaba e interpretaba la ley, y el intérprete debía solo aplicar la ley o buscar el sentido de la misma. Con el surgimiento del Nuevo Estado Constitucional, cambia estas afirmaciones en donde todas las normas y actos públicos deben guardar conformidad con las norma constitucional, caso contrario carecerán de eficacia jurídica. Donde el intérprete (juez), garante de la Constitución debe aplicar una norma cuando es conforme a la norma jurídica, caso contrario inaplicarla. El legislador al crear, reformar una norma deberá interpretar si la misma es constitucional o inconstitucional con la Constitución.

Del mismo modo la Corte Constitucional como interprete final deberá vigilar la plena vigencia de la Constitución, donde la Corte tiene un rol mucho más amplio y complejo que la función de eliminar normas inconstitucionales, las modulaciones de las sentencias y la inconstitucionalidad por omisión. Mediante la modulación de sus sentencias, la Corte regula los efectos de sus decisiones y por lo tanto puede incluso mantener vigente e intacto el texto dictado por el legislador, pero precisar la única interpretación constitucional de ese texto y por lo tanto excluir sus interpretaciones inconstitucionales (sentencias interpretativas). Al otro extremo, y en un ejercicio que le exige rigor técnico y prudencia política, la Corte puede excepcionalmente y en casos extremos dictar normas jurídicas provisionales cuando el legislador violando expresos mandatos constitucionales no ha legislado en una materia en el plazo que la Constitución manda, creando incluso una situación violatoria de derechos, así lo establece el artículo 436, numeral 10.

5.7. Principios que sirven de guía a la Interpretación Constitucional.-

⁶⁰VILA CASADO Iván; “Nuevo Derecho Constitucional; Antecedentes y Fundamentos”; cap. “La Interpretación de la Constitución” Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez; Bogotá D.C. Colombia; 2002; págs. 345 -346.

Una serie de principios son los que guían la Interpretación Constitucional, entre ellos traeré a colisión lo señalado por el autor Vladimiro Naranjo Meza⁶¹:

1. Principio de la Unidad de la Constitución.- El autor KONRAD HESSE; señala que este principio consiste en que la norma constitucional no se puede interpretar en forma aislada, sino que debe considerarse dentro del conjunto constitucional. Es decir este principio busca considerar a la Constitución como un todo y no limitar la interpretación de la norma inferior jerarquía a una determinada norma constitucional en razón de la afinidad de materia. De ahí que el juez constitucional no deba limitarse en su labor interpretativa al cotejo con uno o varios artículos de la Carta, sino que deba basar sus decisiones teniendo en cuenta la concordancia o armonización con todas aquellas que tengan relación con el asunto a dilucidar. **Javier Pérez Royo**⁶².- con respecto al principio de unidad de la Constitución señala que la interpretación tiene que estar orientada siempre a preservar la unidad de la Constitución como punto de partida de todo el ordenamiento jurídico.

2.Principio de concordancia práctica.- Se basa en la conexidad entre los bienes constitucionalmente protegidos. Conlleva la complejidad de resolver esto cuando entran en conflicto bienes o intereses constitucionalmente amparados, sobre todo cuando se trata de derechos fundamentales. En estas situaciones exigen del intérprete constitucional un alto grado de ponderación de los valores en conflicto buscando que prevalezca el equilibrio en la protección de los derechos fundamentales. En palabras de **Javier Pérez Royo**⁶³, este principio pretende optimizar la interpretación de las normas constitucionales de tal manera que no se produzca el sacrificio de una norma o valor constitucional en aras de otra norma o valor, en base de la ponderación.

⁶¹NARANJO MEZA Vladimiro; “Teoría Constitucional e Instituciones Políticas”; Editorial Temis S.A. Santa Fe, Bogotá – Colombia; Octava Edición; año 2000; págs. 408- 409.

⁶²PÉREZ ROYO Javier; “Curso de Derecho Constitucional”; cap. Interpretación Constitucional; Marcial Pons – Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid España; 2002; pág. 150.

⁶³Ibídem; pág. 150.

3. Principio de la eficacia integradora de la Constitución.- Consiste en tener en cuenta que uno de los propósitos fundamentales de una Constitución es el de buscar la unidad política del estado y de todos sus elementos constitutivos.

Sobre este principio **Javier Pérez Royo**⁶⁴; considera que la Constitución debe ser un instrumento de agregación y no de desagregación política de la comunidad.

4. Principios de la fuerza normativa de la Constitución.- Parte de la base de que todos los textos constitucionales tienen valor normativo, según la tendencia moderna tiende a considerar que todas las normas constitucionales son vinculantes en su letra o en su espíritu. **Javier Pérez Royo**⁶⁵, añade que aunque la interpretación de la Constitución pueda ser muy flexible la Constitución es norma jurídica y no puede acabar perdiendo por la vía de la interpretación su fuerza normativa. Con ello se quiere decir que, si la interpretación constitucional es una interpretación de límites también ella tiene límites. No se puede desnaturalizar el texto constitucional por la vía de la interpretación. Cuando no es posible encontrar justificación a una ley dentro de la Constitución hay que hacer valer la Constitución frente a la ley y hay que hacerle ver al legislador que lo que quiere hacer sólo puede hacerlo a través del procedimiento de reforma previsto en la Constitución.

5. Principio de la adaptación a las circunstancias.- Se basa en que el intérprete, al resolver un caso concreto, debe buscar la adaptación de las normas de la Constitución a las circunstancias sociales políticas o económicas existentes en el momento de realizar la interpretación.

5.8. Presupuesto de la Interpretación Constitucional.-

De igual manera, la distinta naturaleza de la norma constitucional, condiciona una metodología para su interpretación radicalmente diferente para la interpretación de las demás normas jurídicas:

⁶⁴Ibidem; pág. 150.

⁶⁵Ibidem; págs. 150 – 151.

- a) En el Estado Constitucional de Derecho, es así la Constitución Ecuatoriana; define al Ecuador como un Estado Constitucional de Derechos y Justicia (...), la Constitución es un concepto material, concebida en función de valores y de fines, que anteceden a la Constitución y que esta reconoce y garantiza su positivación.
- b) La Constitución Ecuatoriana como norma superior del ordenamiento jurídico (...); o como la considera la Constitución Colombiana Norma de Normas (...); establece una relación jerárquica de supra-subordinación de todo el complejo normativo del Estado.
- c) La Constitución es una totalidad normativa, dotada de sentido, aún para el caso de aquellas disposiciones que carecen de formulación preceptiva e imperativa. García de Enterría citado por Álvaro Echeverri Uruburu; señala que la Constitución por una parte configura y ordena los poderes del Estado por ella constituidos y el ámbito de libertades y derechos fundamentales, así como los objetivos positivos y las prestaciones que el Estado debe cumplir en beneficio de la comunidad. En todos esos contenidos, la Constitución se presenta como un sistema preceptivo que emana del pueblo como titular de la soberanía, en función constituyente; preceptos dirigidos tanto a los diversos órganos del poder por la propia constitución establecidos como a los ciudadanos.
- d) El apego de los órganos estatales a la Constitución debe ser medido no tan solo en su aspecto formal; sino a sus contenidos, a su materialidad.
- e) La interpretación no puede ignorar las transformaciones que produce la dinámica social, adaptándose a las cambiantes realidades sociales. La interpretación constitucional efectuada por el órgano habilitado por la Constitución para su interpretación auténtica y autorizada (corte constitucional), posee el enorme valor de mantener su texto de norma viviente, evitando su esclerosis a través de interpretaciones adaptativas, a los cambios sociales, de manera que la reforma se retrase y se haga llegar hasta el límite de la extrema necesidad. Con ello la Constitución gana en términos de legitimidad y

respetabilidad, evitando reformas caprichosas motivadas por intereses coyunturales y oportunistas de parte de los órganos políticos.

- f) Debe incorporar la Constitución datos de la realidad empírica, proporcionados por las modernas técnicas aplicadas a las ciencias sociales; a fin de demostrar hasta qué punto los argumentos jurídicos son o no razonables.
- g) Integración del Derecho Internacional como fuente de interpretación del derecho interno, particularmente en el campo de los derechos humanos. Así la interpretación y la jurisprudencia constitucional funcionan como instrumentos de vigilancia y de control para el cumplimiento de las obligaciones del Estado.

5. CONCLUSIONES:

TEORICAS:

- En el Estado Constitucional, las normas constitucionales que protegen derechos fundamentales han adquirido una protección fundamental para salvaguardar de cualquier omisión que pudiere afectar su pleno desarrollo. En caso que existiere alguna vulneración de tales derechos fundamentales ya sea de oficio o a petición de parte, el operador constitucional revestido de “garante”, en aras con lo que manda la Ley Fundamental establece, deberá aplicar las normas constitucionales de manera directa e inmediata para su debida protección.
- Uno de las razones fundamentales del Estado Constitucional en cuanto a la protección de los derechos fundamentales, consiste en acudir primero a las normas constitucionales como principios de aplicación directa. Si una norma ordinaria es contraria y vulnera un derecho será inconstitucional y será aplicada la norma constitucional por la naturaleza de ser norma jurídica.
- El Estado Constitucional bajo la figura de garantista, los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, no podrá existir vulneración por parte del Estado o cualquier poder estatal, en caso de existir estarán obligados a reparar por la omisión que haya vulnerado el derecho fundamental.
- El Estado Constitucional de Derechos, amplía su margen de ampliación y protección catalogando que todos los derechos están revestido de una misma jerarquía, son iguales y que podrán ser exigidos en cualquier momento.
- Una de las garantías jurisdiccionales para la protección de los derechos fundamentales es la acción de protección establecido tanto en la Constitución y en la Ley de GarantíasJurisdiccionales y Control Constitucional. La acción de protección es un procedimiento sencillo, rápido, sumario que no requiere de muchas formalidades para su exigibilidad, sino que tal derecho fundamental haya sido vulnerado. Una acción que nos subsidiaria y que cabe contra

acciones u omisiones de autoridad pública no judicial, contra políticas públicas y particulares.

- Una de las novedades del Estado Constitucional es el nuevo rol de los jueces constitucionales. El administrador de justicia para proteger los derechos fundamentales deja esa simple mecánica de aplicación del derecho y se convierte en creador del derecho.
- Los Jueces Constitucionales como garantes de los derechos fundamentales deberán dictar sus fallos, sentencias, aplicando e interpretando las normas constitucionales, haciendo uso de las herramientas, técnicas necesarias para la protección de los derechos fundamentales. Donde sus sentencias tienen que ser bien motivadas, argumentadas con la finalidad de tutelar los derechos.
- La presencia de un órgano autónomo como interprete máxima de la norma jurídica será el eje donde la Constitución encuentre su protección de ciertas vulneraciones, arbitrariedades, inconstitucionalidades de las demás normas jurídicas que no guarden conformidad con la Constitución.

PRACTICAS

- Los derechos fundamentales en este Estado Constitucional de Derechos y Justicia ha dejado un largo margen de arbitrariedades por parte de los operadores jurídicos considerados como jueces constitucionales por su desconocimiento y destrezas al aplicar las normas constitucionales.
- El mal uso de las herramientas de interpretación se ha dejado en desamparo derechos que han sido plenamente vulnerados. A su vez también por los profesionales del Derechos en desconocer el espíritu constitucional al plantear las garantías jurisdiccionales.
- Los derechos fundamentales como prerrogativas de las personas, deberá ser protegidos en al mayor medida posible, a través de la acción de protección. Sin

embargo en algunos casos la acción se ha desvirtuado de su alcance por el mal uso de las técnicas de aplicación, motivación e interpretación.

- El buen desarrollo de la jurisprudencia será un cambio sustancial dentro del Derecho Ecuatoriano, que regirá los destinos para el cabal cumplimiento y exigibilidad de los derechos fundamentales.
- La inoperancia de la Corte Constitucional se ha convertido en un eslabón de retroceso en el sistema jurídico ecuatoriano al incumplimiento de sus funciones y por ser un órgano más del mando de un poder estatal.
- En el Estado Constitucional para su desarrollo pleno, se basará en la preparación tanto de los operadores jurídicos, como de los profesionales del derecho, para alcanzar toda esa amalgama de posibilidades y caminos de efectividad que nos proporciona la Carta Fundamental.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.-

- **ÁVILA SANTAMARÍA Ramiro;** “Ecuador Estado Constitucional de Derechos y Justicia”; Quito; 2008.

- **ÁVILA SANTAMARÍA Ramiro;GRIJALVA Agustín;** “La Nueva Constitución del Ecuador”; Estado, Derechos e Instituciones; Editorial Corporación Nacional; 1ra edición, 2009.
- **ALARCÓN PEÑA Pablo;** “La Protección Judicial de los Derechos Sociales”; Ministerio de Justicia y Derechos Humanos; (editores) AVILA JIMENÉZ, Ramiro; Courtis Christian; 1a edición; Quito, 2009.
- **BERNAL PULIDO Carlos;** “El Derecho de los Derechos” 1ra edición; Colombia; 2005.
- **BERNAL PULIDO Carlos;** “Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales; Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 3ra edición; 2007.
- **DUEÑAS RUIZ Oscar José;** “Control Constitucional”; Ediciones Jurídicas el Profesional; Santa Fe – Bogotá; 2da edición; 1997.
- **ESCOBAR GARCIA Claudia;** “Teoría y Practica de la Justicia Constitucional”; Ministerio de Justicia y Derechos Humanos; Quito; 1ra edición; Enero 2010.
- **ECHEVERRI URUBURU Álvaro;** “Teoría Constitucional y Ciencia Política”; Ediciones Jurídicas el Profesional; 5ª edición; 1997.
- **FERRAJOLI Luigi; ALEXY Robert; GUASTINI Riccardo; MORESO Juan José; PRIETO SANCHIS Luis; GARCIA FIGEROA Alfonso; SASTRE ARIZAGA Santiago;** (editor) **CARBONELL Miguel;** “Neoconstitucionalismo; Editorial Trotta S.A. 2003.
- **GARCIA AMADO Juan Antonio;** “Teoría y Practica de la Justicia Constitucional”, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos; Quito; 1ra edición; Enero 2010.
- **GRIJALVA JIMENÉZ Agustín;**“La Nueva Constitución del Ecuador, Estado, Derechos e Instituciones”; Edición Corporación Editora Nacional; 1ra edición; Quito; 2009.
- **NARANJO MESA Vladimiro;** “Teoría Constitucional e Instituciones Políticas” Editorial Temis S.A. Santa Fe – Bogotá; Colombia; 8va edición; 2000.

- **PAZMIÑO FREIRE Patricio;** “Desafíos Constitucionales, la Constitución del 2008”; Ministerio de Justicia y Derechos Humanos; Quito; 2008
- **PERÉZ ROYO Javier;** “Curso de Derecho Constitucional”; Marcial Pons – Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid- España; 8va edición; 2002.
- **PINTO MONTAÑA Juan;** “Teoría y Practica de la Justicia Constitucional”; Ministerio de Justicia y Derechos Humanos; Quito; 1ra edición; Enero 2010.
- **SANCHEZ ZURYTA Manuel;** “Derecho Constitucional Ecuatoriano en el siglo XXI”; Editorial Jurídicas del Ecuador; 1ra edición; Quito, 2009.
- **VILA CASADO Iván;** “Nuevo Derecho Constitucional, Antecedentes y Fundamentos”; Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez; 2002.
- **ZAVALAS EGAS Jorge;** “Manual de Derecho Constitucional, Una Introducción a la Teoría Constitucional”; Editorial Edino; 1998.

7. REFERENCIAS LEGALES

- Constitución Política de 1998.
- Código Civil Sustantivo (Codificación 2008).
- Constitución del 2008.
- Constitución Colombiana de 1991.
- Convención Americana de Derechos Humanos
- La Ley Orgánica de Control Constitucional 1998.
- La Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado.

