



UNIVERSIDAD DEL AZUAY

Facultad de Ciencias Jurídicas

Escuela de Derecho

***“Del Estado Social de Derecho al Estado Constitucional de
Derechos y Justicia: Una Nueva Dogmática Constitucional en
el Ecuador”***

**Trabajo de Graduación previo a la obtención del Título de
Abogado de los Tribunales de Justicia de la República del
Ecuador**

Autor:

Juan Francisco Delgado Ponce

Director:

Dr. Andrés Aguilar M.

Cuenca – Ecuador

2009

AGRADECIMIENTOS

A mis padres Vicente y Carmita; a mis hermanos Sandy, Pamela, Andrés y Saminel; por su paciencia y comprensión. A Daniela, por el apoyo incondicional en todo momento.

De manera especial, a los Doctores Patricio Cordero y Andrés Aguilar por su invaluable contribución, y a todos quienes de una u otra manera participaron en la elaboración del presente trabajo;

¡Mis más sinceros agradecimientos!

INDICE DE CONTENIDOS

AGRADECIMIENTOS	ii
INDICE DE CONTENIDOS	iii
RESUMEN	v
ABSTRACT	vi
INTRODUCCIÓN	1

CAPÍTULO I

EL ESTADO

1.1. Conceptos Fundamentales	3
1.2. El Término “Estado”	4
2.1.1 La Noción de Estado	8
2.1.2 Fines del Estado	14

CAPÍTULO II

LOS DISTINTOS MODELOS ESTATALES

2.1. La necesidad de su tratamiento	20
2.2. Los distintos modelos estatales	20
2.2.1. El Estado Totalitario	21
2.2.2. El Estado de Derecho	24
2.2.2.1. Estado Liberal	26
2.2.2.2. Estado Social y Democrático de Derecho	28

CAPÍTULO III

EL CONSTITUCIONALISMO

3.1. La Constitución	35
3.1.1 Nociones Básicas	35
3.1.2 Sustento Filosófico de la Constitución	37
3.1.3 Constitución Formal y Constitución Material	38
3.1.4 Clases de Constitución	41
3.2. El Constitucionalismo	47
3.2.1 Estado Constitucional: Breve Génesis Histórica	47
3.2.2 Rol de la Constitución dentro del Estado de derecho	55

CAPÍTULO IV

EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS

4.1. Apreciación Preliminar	58
4.2. El neo constitucionalismo	58
4.3. La Constitución Ecuatoriana de 2008: El modelo de un Estado Constitucional de Derechos y Justicia	65
4.3.1 El Sumak Kawsay o Buen Vivir, puntal de la transición Estatal	77
4.3.1.1 El Sumak Kawsay	77
4.3.1.1.1 Significado y Origen	78
4.3.1.1.2 Sumak Kawsay y Estado Constitucional de Derechos	80
4.3.2 Principios de Aplicación de los Derechos	85
4.3.3 Los Derechos Fundamentales	92

4.3.3.1	Aproximación Teórica	92
4.3.3.2	Derechos Fundamentales y modernidad	95
4.3.3.3	Derechos y Constitucionalismo material	99
4.3.4	Las Garantías de los Derechos	100
4.3.4.1	Distinción entre Garantía y Derecho	102
4.3.4.2	La Garantía en el Estado Constitucional de Derechos	103
CONCLUSIONES		109
BIBLIOGRAFÍA		116

RESUMEN

El presente trabajo investigativo, surge del interés que despiertan los postulados de la norma constitucional ecuatoriana de 2008. Con el cometido de comprender su alcance y contenido, se realiza un breve análisis introductorio respecto al Estado, como forma de organización social, así como del constitucionalismo, corriente del pensamiento jurídico de notable influencia. Finalmente, con especial énfasis, se enfoca el estudio del fenómeno denominado “neo constitucionalismo”, así como de sus principales implicaciones, para concluir con una explicación que busca brindar claridad respecto del cambio dogmático que proponen el conjunto de formulaciones constitucionales, que actualmente rigen los destinos de la sociedad ecuatoriana.

ABSTRACT

INTRODUCCIÓN

El ordenamiento jurídico ecuatoriano, con su ya intrincado y complejo contenido, a través de toda su historia ha visto cambiar los múltiples enunciados constitucionales, en los que líricamente se ha descrito siempre un modelo estatal de grandes propósitos, aunque de muy reducido alcance. No podemos, sin embargo, desconocer el importante aporte que han brindado las diez y nueve constituciones previas a aquella aprobada en la Ciudad de Montecristi, en las que de manera gradual se han incorporado numerosos derechos, en favor de los individuos, primero, y posteriormente, en favor de las colectividades y grupos vulnerables. A pesar de todo lo dicho, es y ha sido evidente que tras la evolución a que nos hemos referido, los múltiples derechos reconocidos no pasan de ser meros enunciados que han resultado desustancializados, ya que desde siempre han carecido de las condiciones necesarias para conseguir su efectiva vigencia.

Con estos antecedentes, el desarrollo del presente trabajo de investigación ha sido orientado hacia un estudio que comprenda una visión, netamente filosófica, de la transformación que el Ecuador ha experimentado a partir de la promulgación de la Constitución expedida en Montecristi en el Año de 2008, a través de lo cual buscaré evidenciar la manera en la cual la vigencia de ésta nueva norma fundamental obra a nivel del ordenamiento jurídico, así como en el papel de sus actores principales, Estado y particulares.

Por lo expuesto y con el fin de contar con un marco teórico adecuado y suficiente, he contemplado la conveniencia de orientar el contenido del presente trabajo, primero, a un breve estudio sobre El Estado, su concepto, orígenes y justificación, además de brindar una sintética visión respecto a su evolución histórica que lo ha conducido a través de los distintos modelos estatales; en segundo lugar he creído pertinente incluir una noción general acerca del Constitucionalismo, su concepto, implicaciones y consecuencias dentro del modelo del Estado de Derecho, para finalmente profundizar con los conocimientos suficientes en la tarea de desentrañar el fondo y alcances de la filosofía neo constitucional, así como las consecuencias que se desprenden de una nueva formulación teórica que ha quedado plasmada en el campo dogmático de nuestra Constitución.

No cabe duda que la transición de un modelo estatal a otro transforma profundamente el sustento filosófico y conceptual de su norma fundamental, y es precisamente aquel cambio el que me propongo evidenciar, tomando como paradigma la Constitución de Ecuador de 2008. Dentro del presente análisis, he centrado mi mayor esfuerzo en brindar una noción clara acerca del neo constitucionalismo, el importante papel de los derechos y garantías dentro del nuevo sistema, y sobre todo, he procurado brindar los elementos de juicio suficientes que nos permitan conducirnos de la mejor manera en la tarea de desentrañar cuáles sean los ejes primordiales de la norma fundamental aludida.

CAPÍTULO I

EL ESTADO

1.1. Conceptos Fundamentales

Desde siempre, el hombre se ha visto impulsado a asociarse con sus pares, producto de lo cual han surgido las distintas formas de organización, desde la más primitiva (la horda), hasta la más elaborada de ellas: El Estado.

Este anhelo gregario del individuo ha querido explicarse a través de diversas teorías; unas de ellas atribuyen este hecho al *appetitus societatis*, es decir, a la necesidad natural que impulsa al hombre a reunirse en sociedad para poder así asegurar su supervivencia; otras lo conciben como un fenómeno racional y artificial que parte del convencimiento razonado de que solamente reuniéndose en sociedad será posible conseguir de mejor manera sus fines y satisfacer sus necesidades, ilimitadas por cierto, en relación con sus capacidades.

Sea cual fuere el fundamento que explique la naturaleza del fenómeno social, es innegable que este ha sido una constante desde los orígenes del hombre. Sin embargo, la manera en que se ha configurado cada grupo humano ha sido distinta en relación al tiempo y lugar al que nos referimos. Dentro de este contexto, resalta por su importancia la labor de conocer cuál es la justificación del Estado, misma que se halla en directa relación y concordancia con los fines que éste persigue, ya que, según afirman la mayoría de autores, la determinación de los mismos permite completar su fundamentación ética, pues de aquello que el Estado deba o pretenda hacer dependerá el argumento que permita justificar su existencia.

Sin embargo, antes de emprender en la tarea de descubrir cuál ha de ser el fundamento filosófico del Estado, es conveniente precisar ciertas nociones centrales, que nos permitirán conducirnos de una mejor manera durante el desarrollo de nuestro estudio.

1.2. El Término “Estado”

Es innegable que uno de los términos de mayor importancia dentro del campo del Derecho, en todas sus ramas, es el de Estado. No son pocos los autores que se han pronunciado sobre su significado y que han esbozado teorías que pretenden descubrir y explicar su verdadero contenido y alcance. Así, para Jellinek, citado por el Doctor Julio César Trujillo, *“Desde el punto de vista científico, no hay término alguno tan útil y fácil como el de Estado, pues no permite que se le añadan adjetivos que puedan darle varios significados o que se lo sustituya con términos que den lugar a confusión”* (TRUJILLO). No obstante, aquel criterio parece en parte inadecuado si se toma en cuenta la inmensa bibliografía que ha generado la tarea de precisar de la noción de Estado.

La multiplicidad de sentidos en que se puede utilizar el término que tratamos de definir no permite que se hable de un solo significado. Al efecto, según Guillermo Cabanellas, en su Diccionario Jurídico; Estado, entre sus múltiples definiciones, puede ser entendido como: *“La nación misma”, “La administración pública”, “La hacienda pública o fisco nacional”, o también la “Sociedad jurídicamente organizada, capaz de imponer la autoridad de la ley en el interior y afirmar su personalidad y responsabilidad frente a similares exteriores”,* entre otros.

Al parecer, de las acepciones propuestas la que se ajusta en mayor medida a nuestro interés es la última, misma que en términos generales es compartida por autores como Rodrigo Borja Cevallos, Ramiro Larrea, Carré de Malberg, entre otros.

De lo expuesto y como primera impresión, podemos afirmar que, en el sentido de una forma de organización, el Estado es *“La sociedad organizada política y jurídicamente, dentro de los límites de un territorio determinado y bajo el imperio de una autoridad suprema e independiente”* (GARCÍA 76). El análisis de la definición propuesta, nos conducirá sin duda alguna al tratamiento de los llamados “elementos del Estado”, cuyo estudio procuraremos al continuación.

- **Elementos Constitutivos de la Definición de Estado**

Desde un principio y como quedó sentado antes, los teóricos que se han pronunciado sobre el Estado lo han configurado como compuesto, en su definición, por tres elementos esenciales; a saber: Territorio, Pueblo y Poder Político.

No obstante, ello no nos acerca mucho si de conocer la definición misma de Estado se trata, pues si partimos del hecho de que toda organización pre estatal ha tenido como elementos característicos un conglomerado humano, sometido a un poder o autoridad superior y que necesariamente se ha ejercido dentro de un asiento territorial determinado, no podemos encontrar cuál sea la diferencia específica con relación al Estado.

Por este motivo, es preciso encontrar aquello que distingue a esta particular forma de organización social de toda otra forma previa, a efecto de lo cual resultará conveniente estudiar cada uno de los elementos que constituyen la definición de Estado, pero a partir de su especificidad y no del género próximo a las demás organizaciones pre estatales.

Según Javier Pérez Royo, *“El Estado es una forma histórica que supone una determinada manera de ejercicio del poder distinta de las anteriormente conocidas...”* (PÉREZ ROYO 74). Aquel rasgo que distingue la forma en la que el Estado ejerce el poder, que lo caracteriza y diferencia de otras formas históricas de organización del mismo, es el hecho de que su configuración nace del principio de igualdad, es decir, del axioma según el cual todos somos iguales ante la autoridad estatal.

Partiendo de este presupuesto, podemos afirmar, siguiendo al maestro español antes citado, que los tres elementos que configuran la definición del Estado son:

a) Monopolio del poder

Si aceptamos que toda consideración relativa al Estado como forma de organización debe suponer el principio de igualdad como punto de partida, cabe preguntarnos entonces ¿cómo ha de materializarse este principio dentro del Estado?

Pérez Royo afirma que “...*Todos los individuos son políticamente iguales o porque no se hallan sometidos a ningún poder o porque todos están sometidos por igual al mismo...*”, lo cual nos indica que optar por el principio de igualdad nos situaría frente a una doble posibilidad: la anarquía o el monopolio del poder.

Ya que de lo que se trata es de infiltrarnos en lo que se define como Estado, parece más apropiado dejarnos guiar por la segunda de las opciones planteadas. Con gran acierto, el Doctor Rodrigo Borja considera que la institucionalización del poder es el atributo propio y diferencial del Estado, lo que lo distingue de la horda, el clan y otras organizaciones sociales históricas, en las que los factores que imponen el orden dentro de la sociedad son la fuerza y, en ocasiones, la superstición religiosa.

El monopolio de poder al que nos referimos se traduce, en términos de la ciencia política, en aquello que se denomina soberanía, entendida ésta como la capacidad de autodeterminación e imperio en el orden interno, y de independencia en el orden externo. La noción de poder se halla claramente enquistada en la de soberanía, tanto que para el maestro Pérez Royo, la soberanía, dentro de la teoría política del Estado, se revela en una sola característica o rasgo distintivo: el poder único del Estado que no acepta la coexistencia de otros semejantes dentro de su ámbito de competencia.

Ahora bien, si este poder se concentra en un solo ente, el cual ejerce por ende un monopolio sobre el mismo, existe siempre el riesgo de extralimitaciones, de abusos de poder. En respuesta a la necesidad que frente a este riesgo se plantea, se producen las reivindicaciones de derechos por parte de los individuos, quienes dejando de poseer privilegios se convierten ahora en titulares de derechos que deberán hallarse plenamente garantizados por el Estado para así conseguir su efectiva vigencia. Será ésta la única medida en la que el monopolio del poder pueda hallar legitimación.

b) El Pueblo del Estado

Todo estado tiene como base fundamental un conglomerado social, que se encuentra fuertemente vinculado por lazos históricos.

A partir de que el Estado adquiere el monopolio del poder, el individuo dejaría su condición de súbdito sobre el que se ejerce dominio, para convertirse en un conformador de aquel poder, imprescindiblemente, en condiciones de igualdad. Bajo estas circunstancias, el individuo toma el nombre de ciudadano. Por lo tanto, ciudadano no será cualquier persona, sino solamente aquel que guarde un nexo especial con el Estado, que participe de aquello que Rousseau llamó “el contrato social”.

Cabe anotar que, en este sentido, Pérez Royo considera que, naturalmente, todos los hombres son iguales, pero que, políticamente, solo lo son los ciudadanos o nacionales de un Estado.

c) El Territorio del Estado

La ocupación de una circunscripción geográfica ha sido siempre un rasgo importante del ser humano; desde su sedentarización, todo conglomerado humano ha debido radicarse siempre en un lugar determinado.

La importancia funcional que comporta la delimitación del territorio del Estado, dentro de la teoría política, es fundamental. Desde que el Estado se conforma y se supera la noción del poder de base personal, para pasar a un poder de base territorial, se vuelve trascendental determinar con precisión el ámbito dentro del cual tal poder ha de ser eficaz. Esto es así porque, como quedó dicho antes, el monopolio de poder que ejerce el Estado sobre un conjunto determinado de individuos (nacionales), no permite que se acepte la presencia de otro poder similar dentro del territorio sobre el cual éste se ejerce.

2.1.1 La Noción de Estado

Habiéndonos orientado sobre la amplitud del concepto de Estado y dejado claros los rasgos que lo distinguen de otras formas de organización social, cabe ahora abordar lo que verdaderamente constituye el centro de este apartado, esto es, desentrañar los fundamentos filosóficos de esta particular elaboración del hombre, es decir, las causas primeras y fines últimos que persigue el Estado, argumentos que una vez conocidos nos permitirán justificar su existencia.

Hemos de empezar planteando un esquema que, a mí criterio, permite estudiar con toda claridad la evolución de la noción misma del Estado dentro del pensamiento humano. A este respecto, explicaremos, siguiendo al jurista italiano Alessandro Passerin, la noción del Estado considerado en tres etapas distintas: como Fuerza, como poder y finalmente como autoridad. Cabe anotar que a cada particular visión de las expresadas corresponden consecuencias que han permitido la implantación de los distintos modelos de Estado y de gobierno, los cuales serán materia del siguiente capítulo.

El Estado como Fuerza

Grandes filósofos clásicos como Platón, consideran que la vida del ser humano, desde su inicio, se encuentra rodeada e inclusive condicionada por diversas fuerzas. En virtud de ello, el gran pensador griego llega a reconocer que la fuerza puede ser concebida como el elemento más importante de la vida humana. Esta reflexión da origen a la doctrina conocida como *Realismo Político*, misma que, según Alessandro Passerin, obliga a concebir a la relación política como un vínculo de fuerza, cuya determinación, por lo tanto, es una pura constatación de hecho (del hecho de que unos mandan y otros obedecen) y no una valoración de fines o motivaciones.

Sin embargo, la teoría cuyos rasgos principales mencionamos, no ve a la fuerza de quien manda como pura y simple, sino que exige también una cierta habilidad de quien se encuentra en la posición de superioridad, de tal manera que le permita conocer cuál ha de ser el bien al que debe conducir a su ciudad y en base a ello pueda tomar todas las medidas que sean necesarias. Todo este andamiaje se sostiene sobre

la base de lo que se ha dado por llamar “*la noble mentira*”, la cual postula que todos somos hijos de una misma tierra, forjados por ella y por tanto debemos tenerla por madre y considerarnos por tanto hermanos, pero hermanos no iguales sino por el contrario con una composición distinta cada uno. Así unos están llamados a gobernar (los guardianes de oro), otros a ejecutar (los guerreros de plata), y unos terceros están llamados a obedecer (la masa de ciudadanos de hierro o cobre). De esta manera, la doctrina de Platón fundamenta el mando de un individuo sobre los demás, en base a la aceptación de la desigualdad y la entrega a la causa común.

La tesis hasta aquí planteada ha sido objetada en base al criterio de que sus postulados nacen de una idea preconcebida, una especie de prejuicio, basado en la afirmación de que el hombre es malvado por naturaleza, y que por ello tenderá siempre a tratar de imponer su voluntad sobre los menos fuertes; a este prejuicio por la naturaleza humana se ha venido a llamar “*pesimismo*”. Será por tanto éste el motivo por el cual resulta conveniente e incluso deseable el reconocimiento de las desigualdades naturales en orden a encargar el mando a aquellos más aptos con el fin de evitar el caos social.

Un pensador de la valía de San Agustín, llegó a considerar que realismo y pesimismo se hallan plenamente ligados, pues en sus análisis no hace sino constatar, desde su particular orientación religiosa, que la naturaleza del hombre está corrompida por el pecado. Para él, todas las virtudes que puedan tener los hombres no son tales pues parte del convencimiento de que la verdadera justicia no puede darse si no es en Cristo y respetando su ley. La realidad política por tanto, es una realidad oscura y torcida que solamente constituye el reflejo de la realidad humana y su naturaleza. El único camino para la redención del Estado será transformarlo en un instrumento destinado a cumplir la voluntad divina. Es indudable que tesis como la que se postula, condujeron a la instauración de los regímenes monárquicos en los cuales la legitimación del poder estuvo fuertemente ligada a creencias religiosas.

No obstante ello, San Agustín, más tarde, tuvo el mérito de elaborar la primera definición en la cual se veía al Estado solamente a través de sus caracteres propios, independientemente de todo juicio de valor que se pueda hacer acerca de los fines que se alcanzan a través de él, con lo cual abandona, en parte, su propia teoría de la

redención del Estado. En síntesis, para este teórico lo que en sí constituye la verdadera fuerza cohesiva del Estado es la conjunción de voluntades humanas, unidas para alcanzar ciertos fines variables, y cuya bondad o malicia es irrelevante para la existencia del Estado. De tal manera que siendo la unión de voluntades el elemento esencial del Estado, la mayor o menor calidad de la organización sí dependerá, en cambio, del fin hacia el cual se expresen tales voluntades, es decir, de aquellas cosas que considera valiosas.

Es también importante considerar la particular visión de Nicolás Maquiavelo, cuyo aporte sin duda fue notable para acuñar definitivamente el término de Estado en su sentido actual. Su teoría podría sintetizarse en la afirmación de que el Estado, en sí, es fuerza, pero una fuerza manejada por los hombres, quienes pueden hacer de ella un uso bueno o malo según sus necesidades; se habla en todo caso de la fuerza como un instrumento. No debemos descuidar que la concepción Maquiavélica presenta una visión prescriptiva (orienta acerca de “qué hacer para”), cuya ideología se aleja, al igual que en San Agustín, del campo valorativo respecto a los fines.

Por otra parte, no podemos dejar de mencionar el aporte del Marxismo, teoría que también conceptúa, a su manera, al Estado como una relación de fuerza. Esta tesis parte de la dialéctica de Hegel, tomando al Estado como el resultado de una lucha de clases, por lo cual su significado no deviene en otra cosa que en una simple afirmación del dominio del hombre sobre el hombre. En correspondencia con ello, el poder político será nada más que una organización de hombres que se reúnen para oprimir a otros. La especial idea marxista, ve en el Estado una indicación clara de que los antagonismos sociales se han vuelto irreconciliables, y que no pueden ser eliminados; la solución se encuentra, para Marx, en transferir la propiedad de los medios de producción, de tal manera que éstos vuelvan al poder del proletariado, lo cual inexorablemente nos conducirá hacia una abolición del Estado como medio de opresión. Esta postura implicó un cambio de las concepciones meramente descriptivas del realismo político, a la adopción de una perspectiva metafísica (análisis del valor y no del hecho).

Finalmente encontramos la teoría impulsada por Bentley, considerado el padre de la ciencia política moderna, según la cual la realidad política solo puede ser estudiada o

entendida en su proceso o su devenir, mismo que está conformado por un conjunto de acciones que se dirigen hacia unos fines sociales comunes, considerados importantes. La conexión entre estas acciones y estos fines es a lo que se conoce como “política”, en el sentido de la utilización de la fuerza para la consecución de unos determinados propósitos. La fuerza, de acuerdo a este particular razonamiento, ya no se concibe como en la teoría maquiavélica, sino como fuerza destinada a la realización de ciertos valores sociales. Por lo tanto, el Estado es aún considerado como fuerza, pero una fuerza legal y legítima (poder y autoridad como veremos más adelante), revestida de un cierto carácter e investida de ciertas cualidades que la distinguen de otros tipos de ella.

Esta noción a la cual hemos hecho referencia, marca el paso hacia la consideración del Estado como “poder”.

El Estado como poder

La transición hacia un “Estado-poder” implica un giro radical en el pensamiento político. El Estado, que hasta entonces se había considerado como la constatación de una simple relación de fuerza; explicada a través de distintas teorías, pero coincidentes todas en aquel postulado; es sustituido por la idea de que, en efecto, el elemento esencial del Estado es la fuerza, pero no cualquier fuerza sino una que se encuentre revestida de ciertas cualidades especiales.

Este cambio de paradigma implica la transformación hacia una visión jurídica del Estado, producto de la comprensión de que éste en sí es fuerza, pero fuerza ejercida en nombre de la ley. De esta manera, se sustituye la noción del Estado como simple constatación fáctica de una relación de mando y obediencia, por la necesidad de considerar la estructura y forma en la que se ejerce aquel mando. De esta precisión surge justamente la clásica contraposición entre el “*gobierno de hombres*” y el “*gobierno de leyes*”.

Respecto a este problema las opiniones han sido distintas por parte de la doctrina. Platón, en su famoso libro “*La República*”, favorece la idea de un Estado que ha de ser gobernado por filósofos sabios, por aquellos cuyas virtudes los hacen favoritos

para conducir los destinos sociales y a quienes se debe conceder todo poder para la consecución de sus fines (de la sociedad). Contraria a esta postura, encontramos aquella sustentada por Aristóteles, sobre todo en “La Política”, en donde habla acerca de un gobierno de leyes, bajo el fundamento de que éstas por ser impersonales están libres de todo tipo de pasión a la cual los hombres están plenamente expuestos, pensamiento que se ve reflejado en la célebre frase atribuida a Lord Acton en 1887, según la cual, “*el poder corrompe y el poder absoluto corrompe absolutamente*”; sin embargo, Aristóteles mira la necesidad de que este gobierno de leyes se complemente con un gobierno de hombres. Cabe anotar la salvedad que hace el aludido filósofo, al contemplar la posibilidad de que existan hombres superiores, de tal valor que no podrían ser sometidos a la ley, pues se los considera como una ley en sí mismos y por tanto deben poseer poder ilimitado y merecen obediencia por parte de todos los demás hombres.

Debemos destacar que el haber brindado las primeras nociones que permitan identificar al Derecho como un elemento esencial de la relación política es mérito de Aristóteles, quien al inicio de su libro “*La Política*”, realiza una distinción entre el Estado y otras formas de organización social como la familia, por ejemplo. Para él, la diferencia radica en una fundamental circunstancia, coincidente con la actuación de la justicia que se identifica con el Derecho, y que solo puede producirse en el Estado. Sin embargo, la gran mayoría de autores coinciden en que la afirmación de la relación existente entre Derecho y Estado corresponde al Derecho Romano.

En este punto, irremediablemente, surge el cuestionamiento respecto a ¿qué ley deberá mandar? Si seguimos el razonamiento Aristotélico, esta deberá ser aquella ley que reúna las condiciones de justicia y racionalidad; este camino, sin duda, nos conduce a la necesidad de buscar ese “algo” que sirva para justificar la obediencia a la ley, ya que como lo ha demostrado la historia humana, el hombre por su propia naturaleza, no acepta fácilmente someterse a cualquier ley, sino que lo hace solamente a aquella en cuya formación ha “participado”.

De aquí surge precisamente el concepto del *consensus iuris*, sugerido por Cicerón, que indica la idea del respeto y sujeción a una sola ley, emanada de la voluntad del pueblo. Este criterio que hemos expuesto se vincula con la particular visión romana

que contempla la existencia de una “*potestas originaria*”, es decir, con la noción de que todo poder ha de tener un origen, el cual se hallaba, en el caso romano, en el propio pueblo. La determinación de la raíz del poder tendrá gran importancia a efectos de configurar los distintos tipos de gobierno y modelos de Estado.

No cabe duda, que el moderno concepto de Estado nace a partir del surgimiento de un término de invaluable importancia respecto al problema planteado en líneas anteriores; este concepto al cual nos referimos es el de *soberanía*. Para Alessandro Passerin, “*El Estado moderno es un ordenamiento jurídico...El poder que ejerce no es mera fuerza, sino fuerza que se pone en práctica según un conjunto de normas de las que, precisamente, deducimos que existe un Estado...*” (PASSERIN D'ENTREVÉS 123). Siguiendo este criterio, la pregunta que surge será entonces ¿cómo es posible que exista un poder, sometido al derecho y al mismo tiempo creador de él?, interrogante que únicamente desembocará en la noción de soberanía como única respuesta admisible.

No obstante, el concepto de soberanía, su origen y ciertas implicaciones que ella trae son de gran importancia para ramas como la ciencia política, por lo cual no serán motivo de análisis del presente estudio; únicamente, por motivos de conveniencia, nos limitaremos a decir que gracias a este importantísimo término, acuñado e introducido a la teoría del Estado por el filósofo francés Jean Bodín, se pudo afirmar la idea de la existencia de un poder supremo y originario (lo cual da cuenta de la independencia necesaria del Estado en el orden internacional), que constituye la base fundamental del Estado moderno que actúa a través del ejercicio de una fuerza legal, a la que de todas maneras se encontrará supeditada por ser un producto de su propia creación. De todas maneras, sería más tarde Rousseau quien completaría esta idea con la de la *soberanía popular*, basada en su teoría del contrato social que ha venido a apuntalar toda la tesis de la que venimos hablando a través del trascendental principio de la democracia.

Sin embargo y pese al notable aporte que comportó la aceptación de la necesidad de legalizar la fuerza, resultó inexorablemente como consecuencia suya un exacerbado legalismo; pues si el Estado se comprendía como el ejercicio de una fuerza legal (en suma como un ordenamiento jurídico), quedaba por delante encontrar aquel motivo

último que permita justificar al poder, es decir, aquello que lo vuelve *legítimo*. Esta particular inquietud que surgió para la filosofía política, acabaría por comprender que no bastaba con concebir una fuerza ejercida por mandato de la ley, pues de tal aserto podía derivar la legalización de cualquier ordenamiento por injusto que fuera, sino que además resultaba necesario buscar una razón “*legitimadora*”, es decir, aquella razón última que vuelva al orden jurídico “voluntariamente acatable”, lo cual necesariamente nos conducirá a la necesidad de desentrañar cuál sea el fin al cual el Estado dirige todo su enorme andamiaje.

2.1.2 Fines del Estado

He denominado “fines del Estado” a este último apartado, dentro del cual procuraré llegar al punto hacia el cual me he dirigido a través de lo planteado en líneas anteriores. El tema central que ahora nos ocupará será, por tanto, el de comprender cuál deberá ser el criterio que permita legitimar al poder.

La primera cuestión que cabe analizar es la de si el Estado es un fin en sí mismo o un medio para la consecución de determinado fin. Esta interrogante, que pudiera parecer sencilla es en realidad un tanto compleja, pues de que se acepte una u otra tesis dependerá la orientación ideológica que deba encauzar el surgimiento de diversos modelos estatales.

a) El Estado como un fin

Son varios los autores que concuerdan con la posición de que el Estado en sí mismo constituye un fin, a cuya consecución se deberán poner todos los medios de que se disponga. Así concebido, el Estado se convierte, en palabras del Dr. Rodrigo Borja, en un “*centro de absorción de fuerzas*” (BORJA CEVALLOS 79), que adquiere mayor firmeza a medida que extrae la fuerza de los individuos que lo conforman. De esta manera, todos los esfuerzos tanto individuales cuanto colectivos de los seres humanos deben dirigirse al engrandecimiento del Estado.

Por su parte, el profesor Aurelio García, resume la ideología que guía a esta corriente de la siguiente manera: “*Si el Estado es un fin en sí mismo, esto es,*

institución que tiende y se concreta en sí, requiere del concurso de todas las fuerzas, actividades, personas y cosas que se pongan a su disposición y servicio, a objeto de acrecentar el poderío y engrandecimiento del mismo mediante la unificación de todos los elementos y factores que se encuentran integrando lo social y lo económico” (GARCÍA 78)

Como es fácil inferir de lo expuesto, si el individuo es tan solo un medio para un fin, al cesar su utilidad y volverse improductivo para el Estado, podrá ser fácilmente reemplazado e incluso eliminado, tal como sucede con las piezas de una maquinaria.

Aceptar esta tesis conduce inevitablemente a la instauración de un Estado totalitario, tristemente célebre tras la experiencia del Estado Nazi y del Estado Socialista Soviético, en los que este postulado fue llevado al extremo.

b) El Estado como un medio

Tesis aceptada por la gran mayoría de autores, que pretende justificar al Estado en tanto instrumento de bienestar humano.

Según esta concepción, la sociedad política se constituye únicamente con el fin de favorecer los fines de sus miembros, en virtud de lo cual, al Estado corresponde poner todos los medios e instrumentos de los cuales disponga al servicio del individuo y de la sociedad civil, cuyas necesidades está llamado a beneficiar.

De esta manera, el Estado se convierte en una suerte de ente encargado de velar por el aseguramiento, a través de los medios de que disponga, de las condiciones más adecuadas para que las finalidades intelectuales, físicas y morales de los seres humanos puedan ser materializadas. Esto implica por tanto, valerse de medios económicos, políticos, jurídicos, etc.

De las teorías brevemente explicadas, sin duda la que más se identifica con la noción del Estado moderno es precisamente la última. Concebir al Estado como un medio

implica por tanto comprender que, en sí, se trata de una forma de organización basada en la creación de un ente ficticio, dotado de particulares rasgos distintivos (esencialmente la organización jurídica), cuya actividad se encuentra orientada totalmente a la provisión de las condiciones más adecuadas que permitan la realización personal de sus ciudadanos.

No obstante, como quedó expresado antes, la pretensión de legitimar al Estado identificándolo como una simple organización u ordenamiento jurídico no fue suficiente; legitimar al Estado en virtud de la legalidad de su actuar desembocó en un círculo vicioso al fundamentar la obligatoriedad del Derecho en aquella cualidad inherente al Estado (sometimiento a la ley). Toda esta elaboración ideológica conducía, a fin de cuentas, a un único resultado; la aceptación de que la obediencia implica el sometimiento a normas y no a personas y, consiguientemente con el apoyo de la llamada “*legitimidad racional*”¹, a la identificación de legalidad y legitimidad. Esta idea la expresa con total claridad Alessandro Passerin cuando dice que, bajo este sistema, “*todo titular del poder de mando está legitimado por un sistema de normas racionales, estando su poder legitimado en el mismo grado en que se ajusta al ejercitarlo a dichas normas...*” (PASSERIN D'ENTREVÉS 176).

Este criterio, que dio origen al llamado “*Estado de Derecho*”, terminó por vaciarse. La influencia del razonamiento Hobbesiano, que mira en la legalidad una normalización de la fuerza, es decir, una regularización de las relaciones humanas, determinó el posicionamiento de tal finalidad como valor fundamental de la sociedad. Consecuencia de este silogismo, resulta la introducción de una nueva variable en la fórmula que hemos venido utilizando, abandonando el plano simplemente descriptivo de la relación política, para situarnos en una dimensión valorativa (prescriptiva), lo cual trae consigo el abandono de una simple justificación del poder en cuanto verificación de formalidad legal. En síntesis, a partir de este momento se atenúa la importancia del simple estudio de la relación entre poder y ley, cobrando peso, por el contrario, la tarea de desentrañar el contenido mismo de la ley, es decir, su objeto y fines.

¹ Según la Teoría de la legitimidad racional, el único fundamento válido para legitimar el ejercicio del poder y de la autoridad estatal se encuentran en el sometimiento del mismo a unas leyes racionales, que poseen esta característica por ser impersonales. Para Alessandro Passerin, esta forma de legitimación que él identifica con la legalidad es la única que sobrevive en el mundo moderno.

En este sentido, siguiendo al autor al que hemos citado antes, cabe afirmar que “*no se trata simplemente de exigir la corrección formal de las normas particulares o de las relaciones singulares que componen un ordenamiento jurídico, sino de la conformidad de tales normas y decisiones con los valores que se consideran necesarios para la existencia de una sociedad libre...*” (PASSERIN D'ENTREVÉS 178). Por lo tanto, solamente en la medida en la que se cumpla con tal cometido será posible afirmar una virtual coincidencia entre legalidad y legitimidad.

Todas las reflexiones que brevemente hemos planteado con el fin de brindar una noción general del papel de la legitimación dentro de la filosofía política, nos permiten dar cuenta de la insuficiencia de los fundamentos esgrimidos a tales fines, lo cual, sin embargo, no implica que se deba prescindir de la necesidad de legitimar el poder. Por el contrario, ésta resulta una tarea indispensable, que permitirá determinar cuándo el poder es justo y cuáles son los bienes que la legalidad está destinada a proteger. Comprendido este planteamiento podremos aclarar las razones que motivan la existencia del Estado y del Derecho.

Los Fundamentos que Legitiman al Estado

No son pocos los autores que, partiendo del consenso acerca de la necesidad de encontrar un fundamento al poder del Estado, han esbozado criterios en procura de encontrar una respuesta satisfactoria.

La primigenia justificación que se ha sugerido siempre ha sido aquella de la necesidad de un orden, que deberá ser garantizado a través de la institución del Estado. Este criterio de orden, comúnmente identificado con los de normalidad, seguridad y paz, conduce a la afirmación de la posibilidad de su imposición a cualquier precio (esto último daría lugar a una ruptura con el criterio de legalidad). Quienes han defendido una posición tal, ven en el orden algo deseable y necesario; tratándose entonces de un bien y un valor positivo, de aquello que nos distingue de las bestias. Al respecto reviste particular importancia la noción de orden que trae San Agustín, en cuyo criterio “*el orden es una disposición de cosas iguales y desiguales que da a cada una su propio lugar*”. Como es fácil advertir la definición transcrita

presenta gran similitud con el concepto de justicia imperante en Roma, el cual reza que “*justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada quién lo que le corresponde*”. Esta proximidad ha dado lugar a que los autores, a través de los siglos, hayan visto una posible unificación del orden y la legitimidad a través del Estado, cuyo principal fin deberá ser por tanto la justicia, concebida como referente en el cual se halla plenamente legitimado el poder y fundamentada la autoridad.

Basados en la idea de la justicia como valor fundamental, no han sido pocos los autores que han buscado identificar al Estado con ella, llegando al punto de ver en éste la personificación de aquella. Un criterio semejante solo podría conducirnos a la teoría que antes rechazamos de entender al Estado como un fin en sí mismo, por lo tanto prescindimos de ella.

Contrario a este punto de vista está el de aquellos que consideran al Estado el producto de un consenso, de un acuerdo de voluntades. Este planteamiento se fundamenta en la idea del contrato social, postulado por Rousseau, con el cual se abandona la pretensión de encontrar un origen natural al Estado, cuya raíz será identificada con la necesidad humana (pacto o convención). Sin duda alguna, este último planteamiento conceptualiza al Estado como un medio, puesto al servicio de determinados fines.

Finalmente, la noción tal vez más invocada y la que mayor aceptación alcanzó durante la época del Estado de Derecho ha sido la del *bien común*. Hablar de un concepto como éste no es del todo sencillo, contrario a lo que pudiera parecer; sin embargo, ha sido, durante largo tiempo, el argumento que ha permitido justificar la existencia del Estado y del Derecho, así como legitimar su actividad. Siguiendo las palabras de Ernesto Passerin, citado en líneas anteriores, el bien común es el fin al que debe apuntar el poder si lo que pretende es ser llamado legítimo. No obstante, debemos comprender que de la misma manera en que hablar del orden como valor legitimador en el Estado, implica hablar de justicia, sin que ello nos indique cómo ha de configurarse el orden justo; hablar del bien común como legitimador del poder y fundamento de la autoridad del Estado, tampoco nos indica qué bienes han de tenerse por comunes. Aunque mucha tinta se ha gastado en buscar explicaciones a aquello que en sí conforma el contenido de esta difícil expresión de la filosofía política,

podemos resumir tales posturas en el siguiente postulado: El bien común debe ser entendido como una circunstancia variante de acuerdo a cada Estado; es más que una verificación del derecho natural, una expresión de los valores que el momento histórico al que corresponde cada modelo estatal y la realidad social imperante consideran fundamentales. Por lo tanto, es válido aquel criterio según el cual la única legitimidad que puede encontrarse al poder del Estado moderno, capaz de convertirlo en autoridad, será la *legitimidad democrática*, pues solamente en tanto en cuanto el Estado dirija su accionar a la realización de los valores que la sociedad considera fundamentales se verá plenamente justificado.

Lo dicho en este primer capítulo permite concebir una visión general y breve acerca de la justificación de la necesidad del Estado como forma de organización de la sociedad. Debo dejar claro que lo expuesto deja abierto el interrogante acerca de cuáles son los valores que fundamentan cada modelo estatal conocido por la historia política, y sobre todo cuál será el valor trascendental que brinda el sustento filosófico y legitima la existencia y accionar del Estado ecuatoriano en cuanto Estado Constitucional de Derechos y Justicia.

CAPITULO II

LOS DISTINTOS MODELOS ESTATALES

2.1. La necesidad de su tratamiento

Hemos dicho antes que el Estado, en cuanto forma de organización social es la más rica y compleja que el hombre ha podido elaborar; hemos dicho también que la forma en que éste (El Estado) se ha organizado ha dependido en gran medida de las circunstancias de tiempo y lugar de cada pueblo, lo cual nos ha permitido concluir que el Estado, necesariamente, responde a una particular realidad social.

Consecuencia de lo expuesto, ha resultado la afirmación de que el Derecho que ha de regir el Estado, deberá estar conformado por un conjunto de normas que, para hallar su legitimación, deberán verificar su conformidad con los valores que sean considerados necesarios para la existencia de una sociedad libre.

Por lo tanto, lo que hasta aquí hemos sostenido, nos conduce necesariamente a formularnos algunos cuestionamientos: ¿cuáles son los modelos de Estado a que han dado lugar las distintas etapas históricas?; de ser distintos, ¿cuál es el eje filosófico que orienta cada uno de ellos? y, finalmente, ¿cuáles son las consecuencias de la adopción de uno u otro modelo estatal? Sin duda estas y otras posibles dudas solo podrán ser satisfechos tras el estudio, al menos sintético, de los principales paradigmas estatales, tarea a la cual dedicaremos el desarrollo del presente capítulo.

2.2. Los distintos modelos estatales

La sociedad, compuesta por un conjunto de relaciones suscitadas entre individuos, entre éstos y los distintos grupos y, de los grupos entre sí, para hacer posible la convivencia, deberá estar regulada, también, por un conjunto, pero esta vez de normas de conducta, de entre las cuales algunas tendrán el carácter de jurídicas por sus caracteres propios. Sin embargo, de aquellas relaciones que se producen dentro de una sociedad, no todas son reguladas por el Estado, pues el número y ámbito de

ellas en que el Estado ponga su brazo regulador dependerá de la clase de Estado frente al cual nos encontremos. Siguiendo este razonamiento, podemos decir que los distintos modelos que un Estado puede adoptar se resumen en dos:

- Estado Totalitario y;
- Estado de Derecho, el cual a su vez contiene dos corrientes esenciales que son:
 - i. Estado liberal
 - ii. Estado Social y Democrático de Derecho

2.2.1. El Estado Totalitario

Para Hans Kelsen, el Estado en su forma autocrática se identifica con *“el orden estatal creado por un señor único, contrapuesto a todos los súbditos, a los que se excluye de toda participación activa en esa actividad creadora”* (BORJA CEVALLOS 83); en consecuencia, el rasgo característico de un Estado absolutista o totalitario deviene de la exclusión del pueblo (convertido en súbdito) de la creación del ordenamiento jurídico, lo cual repercute en la divergencia entre la verdadera voluntad popular y tal ordenamiento. En el mismo sentido, el Doctor Rodrigo Borja considera que la autocracia, como forma de Estado, difiere de su opuesto, la democracia, en que dentro de aquella el Estado se organiza “de arriba hacia abajo”.

Como se puede colegir de éstas breves ideas, al situarnos frente al Estado totalitario nos encontramos con un modelo en el cual el poder (en el sentido de una fuerza legal) se encuentra de manera absoluta en manos de una sola persona: el monarca, mismo que podría ser identificado bajo distintos nombres, así emperador, rey, soberano, etc.; o bien tratarse de una clase política. De esta manera, tanto el ejercicio, cuanto la estructura del poder estatal son dispuestos discrecionalmente por éste.

Hablar de un Estado absolutista o totalitario en el sentido que queda consignado, importa la necesidad de situarnos en el panorama de la teoría política del siglo XVI, época marcada por el pensamiento del pesimismo antropológico que ponía en evidencia una desconfianza en la naturaleza del hombre, quien mostraba una clara tendencia innata a imponerse sobre sus congéneres. Resalta la importancia de

pensadores como Maquiavelo, a través de su connotada obra “El Príncipe”, en la cual se sugiere un modelo de Estado y gobierno que concentren el poder en un solo individuo, apoyado en la idea de que solo de esa manera será posible implantar las reformas y cambios que el proyecto político requiere. No obstante, no se descarta el papel importante que juega el pueblo, al cual se concibe como fuerte en conjunto y más prudente que el propio príncipe; resulta de ello la reafirmación de la necesidad de que el pueblo, para mantenerse unido, confíe todo el poder al único gobernante.

En estos planteamientos se encuentra el germen del absolutismo, mismo que alcanzaría su mayor desarrollo a la luz de los planteamientos del contractualismo, especialmente con Hobbes, cuya ideología expuesta en “*El Leviatán*”, condujo a la creación de un Estado con un poder incontrastable, cuyo ocaso se dilató hasta la aparición de la teoría liberal introducida por Locke. Por la importancia de los postulados Hobbesianos, resulta conveniente a nuestros fines revisar brevemente sus proposiciones.

A Thomas Hobbes, filósofo y pensador político inglés, se le ha atribuido el enorme desarrollo que alcanzaron los postulados del absolutismo en su expresión más depurada. Varios pasajes de “*El Leviatán*”, evidencian su concepción del Estado como una creación que surge del acuerdo entre los hombres, que ceden sus propias libertades y su capacidad de autodeterminación, en favor de un ente artificial que haga posibles sus ansias de seguridad y convivencia armónica. En este sentido, Hobbes considera imprescindible la existencia de un poder superior que impulse el cumplimiento de las leyes naturales como la justicia y la equidad, en cuya ausencia solo se verían desatadas las pasiones inmanentes al hombre, como la venganza o el orgullo; por ello, ha dicho que “...sin un poder instituido, suficientemente grande para nuestra seguridad, todos se confiarían solo en su propia naturaleza...” (CENTRO EDITOR DE AMERICA LATINA 43)

Más aún, Hobbes consideró que no bastaba la simple reunión de un grupo de hombres, ya que desafortunadamente el hombre no posee la capacidad de acordar con sus pares la observancia perpetua de las leyes naturales sin la presencia de un poder que compela a ello, por lo cual propuso como única vía para construir lo que él denomina un “poder común” que permita la defensa frente a agresiones y ofensas,

dotar de toda autoridad a un solo hombre o asamblea de hombres que puedan someter el conjunto de voluntades a una sola voluntad. Ésta meta, por su parte, únicamente se conseguirá mediante un pacto de cada hombre con los demás hombres, mediante el cual se acceda a ceder la capacidad de gobernarse a sí mismo, en tanto los demás lo hagan también. En estas circunstancias, la multitud reunida en una sola persona o asamblea se convierte en Estado, constituido como el gran “Leviatán” o Dios mortal, al cual Hobbes define en los siguientes términos:

“persona resultante de los actos de una gran multitud, que, por pactos mutuos, la instituyó con el fin de que esté en condiciones de emplear la fuerza y los medios de todos, cuando y como lo reputo oportuno para asegurar la paz y la defensa comunes” (CENTRO EDITOR DE AMERICA LATINA 50).

Cabe anotar que, a la par del pensamiento imperante en aquella época, tuvo lugar el desarrollo de la correspondiente forma de gobierno, identificada bajo el epígrafe de “Monarquía Absoluta”, célebre en la imperecedera frase del Rey francés Luis XIV “El Estado soy yo”, a través de la cual se muestra en su mayor expresión el ideal absolutista.

Establecida de esta manera la orientación filosófica que guía al Estado absolutista o totalitario, resulta evidente que, siendo la tarea de la administración estatal una labor reservada totalmente al monarca, en ella se incluyeron las tres funciones básicas: Ejecutiva, legislativa y judicial. Por tanto, la voluntad del “soberano”, ilimitada bajo el justificante de velar por la paz y defensa comunes, se imponen de manera incontestable a la voluntad de cada uno de los individuos que conforma el Estado. Esta situación, como resulta lógico pensar, dio lugar a un régimen de arbitrariedad, en el cual cada uno de los que habían cedido sus libertades en procura de la convivencia pacífica, resultaban haber renunciado prácticamente a cualquier derecho que las leyes naturales les hubieren conferido, pues todo dependería desde entonces de la única voluntad soberana del gobernante.

A manera de síntesis, podemos reducir a las siguientes las características más importantes del modelo totalitario de Estado:

- a) Concentración del poder en una sola persona o asamblea de personas;
- b) Monopolio de funciones ejecutiva legislativa y judicial por parte del único gobernante. Consecuencia lógica de ello resulta que la elaboración de la ley no se halla sujeta a procedimiento alguno, solamente es necesaria la expresión de voluntad del soberano; y,
- c) Los individuos renuncian a sus libertades personales y pasan a convertirse en súbditos, situación en la cual carecen de derechos frente al soberano y a lo sumo poseen privilegios que éste les otorga;

Como ha resultado evidente tras varios siglos de historia, y a la luz de los resultados que surgieron con la adopción de este modelo estatal, el totalitarismo propicia una enorme gama de injusticias y deja el campo totalmente abierto para la arbitrariedad. Merece especial atención la situación de los derechos, los cuales en este arquetipo estatal se hallan totalmente anulados, quedando únicamente la posibilidad de que el monarca, graciosamente, conceda ciertos privilegios a sus vasallos, llamados a obedecer y a quedar siempre sometidos a la voluntad real. De todos modos, este estadio que debió transitarse para alcanzar el moderno concepto de Estado, tuvo vigencia hasta finales del siglo XVIII, época en la que la Revolución liberal propició el surgimiento de nuevas concepciones que terminaron con una etapa identificada en la historia política europea como el “Antiguo Régimen”.

2.2.2. El Estado de Derecho

Referirnos al Estado de Derecho implica un cambio de mentalidad en el hacer político del hombre. Uno de los alcances más importantes de la Revolución liberal fue precisamente el dotar al Estado de un régimen de Derecho al cual tenga que someter sus actos el poder público. En este sentido, Gustavo Zagrebelsky ha dicho que el siglo XIX es, en sí, el siglo del Estado de Derecho o *Rechtsstaat*, debido a la trascendencia de este postulado, que se ve evidenciada en la superación del antiguo Estado absolutista o totalitario, constituido bajo un régimen de fuerza.

No obstante, para diversos autores la conjunción de ambos términos resulta cuestionable hasta cierto punto, pues en sí todo Estado podría calificarse de Derecho en la medida en la que cuente con un ordenamiento jurídico que garantice la eliminación de la arbitrariedad tanto en la esfera pública como en la privada, y la sustituya por el respeto a la ley. Empero, de seguir una orientación tal, hubiese resultado consecuencia lógica la posibilidad de calificar como Estados de Derecho inclusive a los regímenes totalitarios, en los que la ley resultó el reflejo de la voluntad del soberano. Sin embargo, el término al que nos referimos, en el sentido propio que se le pretende asignar, contiene una noción mucho más precisa y concreta, la cual trastoca lo relativo a los fines y funciones del Estado.

De acuerdo al criterio mayoritario de la doctrina se puede decir que, a grandes rasgos, los puntos más representativos del cambio al Estado de Derecho son:

- Sujeción del Estado al Derecho, lo cual comporta sujetar a sus disposiciones tanto al cuerpo gubernativo cuanto al pueblo soberano, convirtiendo ésta en una característica que alcanza por igual la órbita pública y privada;
- Primacía de la ley, a la cual tiende a reducirse todo el derecho y sus fuentes, colocándose por tanto como la primera en importancia.
- Adopción del positivismo jurídico como sustento filosófico, lo cual se manifiesta en distintas esferas: a) monopolio de la producción jurídica por parte del legislativo; b) Una función judicial como boca de la ley, limitada a aplicar normas vigentes no elaboradas por ella; y, c) una tarea de la ciencia jurídica orientada solamente a la búsqueda y explicación del “espíritu del legislador”.

Se ha dicho que la generalidad, atributo esencial de la ley dentro del Estado de Derecho, da lugar a otros principios que marcan la transición del absolutismo al legalismo:

- a) Separación de poderes: Resulta consecuencia de la generalidad de la ley que no existan normas dirigidas a cada individuo en concreto, lo cual fundamenta

la necesidad de encargar el ejercicio del poder a tres funciones distintas. Lo contrario, resultaría suplantar la tarea de todo acto de administración por la producción legislativa, con lo cual simplemente perpetuaríamos el absolutismo, cambiando la titularidad del poder de la monarquía al órgano legislativo;

- b) Igualdad ante la ley: Resulta una consecuencia derivada de la generalidad de la ley la consideración de que todos los hombres son iguales por estar todos dotados de razón. Sin embargo, se trata de una igualdad únicamente formal, para cuya vigencia resulta suficiente el reconocimiento de la igualdad ante la ley. De todos modos, se ve en este principio una garantía de imparcialidad del poder del Estado; y,
- c) Abstracción de la ley: Relacionada esencialmente con la atemporalidad de la norma legal, implica la imperiosa necesidad de que las leyes, dentro del Estado de Derecho, cuenten con una duración indefinida en el tiempo, lo cual se instituye como garantía de certeza y previsibilidad del derecho, es decir, de seguridad jurídica. En este sentido, se ha dicho que el *Rechtsstaat* o Estado de Derecho, desde un punto de vista ius naturalista, tiene en mente un derecho universal y atemporal, creado por una autoridad soberana. Se trata en definitiva de un sistema en el que a partir de ciertas premisas se extraen determinadas consecuencias. Este punto marca la principal característica que permite distinguir a un Estado de Derecho.

La irrupción del pensamiento liberal en la teoría política de finales del siglo XVIII e inicios del siglo XIX marcó el surgimiento del Estado de Derecho en su primera orientación teórica, la del Estado liberal o legalista cuyo análisis procuraremos a continuación.

2.2.2.1. Estado Liberal

Las ideas de John Locke, calificadas por algunos como un intento por asentar como título del poder el consentimiento popular, tuvieron trascendencia en el surgimiento

del Estado liberal de Derecho. A los postulados del filósofo inglés se sumó el pensamiento de otros autores, entre ellos Montesquieu, y Rousseau, quienes contribuyeron a la expansión de este modelo influenciado fuertemente por la escuela del ius naturalismo.

Para Gustavo Zagrebelsky, estas formulaciones provocan un cambio en la tradicional idea de un Estado apoyado solamente en el principio de autoridad, al punto de afirmar que “...*el sentido general del Estado liberal de derecho consiste en el condicionamiento de la autoridad del Estado a la libertad de la sociedad en el marco del equilibrio recíproco establecido por la ley*” (ZAGREBELSKY 23). Como resulta lógico, la noción de un Estado regido por el Derecho rebasa la del Estado autoritario, cuya voluntad se identifica con la del soberano.

Consecuencia de ello, resulta la tesis de que el Estado liberal de Derecho se afirma a sí mismo a través del principio de legalidad, por cuanto se identifica con un Estado legalista. Partiendo de esta aserción, se puede decir que el principio de legalidad presenta una dimensión distinta si se trata de la administración o de los particulares; en efecto, la sujeción a la ley puede implicar:

- a) Administración predeterminada por la ley, en cuyo caso ésta marca puntualmente aquello que se le permite hacer, fuera de lo cual no tiene atribución alguna. De tal manera que, frente a los derechos de los particulares, la administración solo puede hacer lo que se encuentra expresamente permitido;
- b) Para los particulares, la situación resulta totalmente distinta, pues la ley únicamente delimita su posibilidad de actuación, facultándole por tanto a realizar todo aquello que no esté expresamente prohibido, de lo cual surge el popular principio privado de la autonomía de la voluntad.

Independientemente de la posición desde la que realicemos la valoración, la ley será la llamada a tutelar valores fundamentales como la libertad, los derechos de los particulares y la propiedad.

Por otra parte, sobre el principio de legalidad se ha dicho también en la doctrina contemporánea que consecuencia de su adopción resulta la inclusión de otro principio: el de libertad. Bajo esta premisa y de acuerdo a los lineamientos que hemos venido introduciendo, tal postulado se tradujo en el mandato de que las intervenciones de la autoridad (en definitiva del Estado), se admitieran solamente en casos excepcionales previstos por la ley. Zagrebelsky, consciente de esta realidad, ha dicho que, así entendido el principio del Estado liberal, se resume en el axioma: *“Libertad de los ciudadanos en ausencia de la ley, como regla; y autoridad del Estado en presencia de la ley, como excepción”* (ZAGREBELSKY 29)

Limitándose así la actividad del Estado, que pasó a ser visto como una organización social cuyo fin principal es el “bien común”, quedaban dentro de la entera libertad de los ciudadanos otros campos no regulados, principalmente el de la economía, en el cual se podía actuar de forma independiente y libre, en tanto no se ofendan los derechos de los demás. Se concibió que en materia económica fueran las leyes del mercado las que debían regir; el Estado recogería, entonces, el papel de explotar aquellas áreas que no eran explotadas por los individuos y que eran de interés social.

Queda así en evidencia uno de los mayores defectos señalados el Estado liberal, pues en él, el principio de legalidad, fundamento de su orientación, se tradujo en la expresión de intereses políticos y económicos de la burguesía, a cuyo servicio se encontraba dispuesto el aparato estatal. De todos modos, se considera que se trató de una forma revolucionaria de Estado, pues aplicó el derecho como un freno a la arbitrariedad, y por otra parte, determinó el traslado de poder de la monarquía y el clero a la burguesía.

2.2.2.2. Estado Social y Democrático de Derecho

La falta de intervención del Estado en lo económico, social y cultural originó graves desigualdades sociales, enriqueciendo a una parte de la población muy reducida, y empobreciendo a otra considerablemente amplia, la clase proletaria, que se vio fortalecida en sus intenciones de sustituir el modelo abstencionista de Estado por otro de carácter social. Ello originó, en Norteamérica y en Europa, respuestas diferentes:

a) **El New Deal Americano:** La bonanza económica posterior a la Primera Guerra Mundial originada por la iniciativa particular, hizo que en Norteamérica se fortaleciera la idea del Estado liberal. Sin embargo, a partir de 1928 se inició en América del Norte una etapa de depresión económica conocida como la “Gran Depresión”, la cual implicó una devastadora experiencia con repercusiones en la agricultura y en la industria. Como medida de solución, se lanzó por parte del gobierno estadounidense un plan económico al que se denominó el *New Deal*, a través del cual el Estado tomaba un papel de gran importancia para el manejo de la economía cuando fallara la iniciativa privada.

b) **El Estado Social:** Debido a la colisión de clases producida a consecuencia de las inequidades surgidas del modelo del Estado liberal, a lo cual se sumaron la influencia de la Revolución Industrial y del pensamiento marxista, surgió la idea de un Estado de carácter social, que atiende a las necesidades de los ciudadanos, interviniendo para lograr un justo equilibrio. Sin embargo, en ciertos países el ideal socialista terminó determinando una dictadura del proletariado, lo cual a fin de cuentas se plasmó en la constitución de la URSS.

Otros países, optaron por la fórmula del Estado Social de Derecho que implica un modelo de organización en el cual el Estado y cada uno de los ciudadanos, se hallan sometidos al Derecho, recayendo en el primero, el papel fundamental de reconocer y garantizar los derechos civiles, políticos, sociales y culturales a los individuos, además de intervenir en la economía para conseguir una verdadera igualdad, ya no formal sino material, a través de el aseguramiento de condiciones idóneas para la plena vigencia de este postulado.

La noción del Estado Social se integra a nivel constitucional, a partir de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1949, aunque su origen se remonta a las Constituciones de México de 1917 y de Weimar en 1919, en las que se empezaban a ver las primeras normas de orden social, vinculadas sobre todo con el derecho laboral y la seguridad social.

Radiografía del Estado Social de Derecho

Debido a la pugna y presión de las clases sociales menos favorecidas (trabajadores, comunidades ancestrales, grupos vulnerables, etc.), la forma Estatal debió ser modificada, terminando por expedirse normas a través de las cuales se garantiza la intervención del Estado con el fin de nivelar las desigualdades, brindando protección a los menos privilegiados. Es así que surge el denominado derecho social como una rama destinada a la consecución del bien común, con una participación activa del Estado y de los particulares. Este nuevo derecho incluyó fundamentalmente al derecho laboral y al derecho de la seguridad social, cuya importancia se evidenció una vez que se alcanzó la universalización. En este sentido, se ha dicho que el Estado social de Derecho se ha implantado de manera progresiva a través de diversos mecanismos como los programas de seguridad social, el sistema tributario como una herramienta de política fiscal para el financiamiento de obra pública; pero sobre todo, merece enorme relevancia la visión social con la cual se enfocan los derechos fundamentales, derivados de la condición de persona, aspecto que determina la transición del Estado liberal al Estado Social.

A partir del cambio a este paradigma revolucionario se incluyen los llamados Derechos Económicos, culturales y sociales, entre los cuales se cuentan algunos como el derecho al trabajo, derecho a la salud, derecho a la educación, derecho a un nivel de vida adecuado, a un medio ambiente ecológicamente equilibrado, etc. Cabe anotar que de acuerdo a su naturaleza, las normas que consagran derechos de éste tipo se integran en la norma constitucional a través de mandatos programáticos, lo cual, de acuerdo a José Francisco Ruiz Massieu significa que esta clase de disposiciones, como la que reconoce el derecho a la salud, por ejemplo, no se perfeccionan de manera automática, sino que imponen al Estado una obligación de hacer, misma que consistirá en generar las condiciones necesarias para que el derecho social pueda hacerse efectivo. Sin embargo, de esta característica de las normas se desprende su *no justiciabilidad*, lo cual implica, de acuerdo al criterio del mentado autor, que no podrán hacerse valer en juicio, pues consisten solamente en guías o estímulos para la acción pública, y por tanto directamente condicionadas a la consideración de las condiciones actuales del Estado, de las cuales dependerá su factibilidad.

De esta manera, a medida que resultaba necesario, se incorporaron nuevas normas, elevadas a rango constitucional, entre las cuales se regularon otros aspectos como:

- La responsabilidad del Estado en la prestación de servicios públicos, así como la de los particulares que presten servicios públicos por colaboración o por delegación;
- La responsabilidad extracontractual del Estado;
- La necesidad de que los funcionarios públicos y autoridades de elección popular respondan al mandato conferido por los gobernados, en quienes reposa el poder soberano, etc.

Dentro del campo económico, el Estado optó por un papel activo a través del desarrollo de políticas y toma de medidas destinadas a conseguir un desarrollo sustentable, en procura siempre del bien común. En fin, la intervención del Estado se centró, dentro de lo económico, en una distribución y redistribución más equitativa de los recursos, para lo cual debió institucionalizarse y echar mano de dos herramientas fundamentales: el presupuesto y los ingresos fiscales. Como resulta lógico pensar, este aspecto en particular determinó el crecimiento burocrático del Estado, hasta convertirlo en un Estado enorme.

Cabe desatacar que el Estado Social incorporó una tendencia pluriclasista al tratar de propiciar en mayor medida la participación de los diversos grupos sociales, a quienes encomendó diversas labores de interés social y particular, tal el caso de la prestación de servicios públicos por concesión. En esta parte, el Estado Social de Derecho difiere del Estado liberal, en el cual de acuerdo al principio de la soberanía nacional introducido por el constitucionalismo clásico, no consideró más realidades que el Estado y la Sociedad.

Finalmente, un importante cambio introducido bajo la influencia del derecho social fue la transición de la democracia representativa a una de orden participativo, motivada en la necesidad de establecer un contrapeso adecuado a la nueva faceta del

intervencionismo estatal, esencialmente a través de los mecanismos de control de las decisiones del poder como los plebiscitos, referendos, etc. En todo caso, la pretensión se dirige a propiciar una participación de manera mucho más directa en la toma de las decisiones públicas, fomentando la integración de los grupos sociales e individuos de manera que se pueda ejercer una mayor influencia sobre las determinaciones que afecten a sus intereses.

El Estado Desarrollista

Bajo éste nombre, el Estado Social ha conseguido su desarrollo en Latinoamérica, cumpliendo básicamente las funciones de conseguir la expansión de la economía interna de cada país, favoreciendo la industria nacional y consiguiendo una redistribución del ingreso para conseguir la consolidación de una sociedad nacional. Para algunos, este modelo Estatal cumplió con su función y está en franca extinción; después de él, se habla más bien de un modelo neoliberal que considera además de lo expuesto la necesidad de tener en cuenta las fuerzas inevitables del mercado internacional para el desarrollo de la economía, como consecuencia de la globalización.

El Estado Social de Derecho en el Ecuador

Se puede afirmar que el Estado Social de Derecho en nuestro país, surge tempranamente, a manera de consecuencia de las fuertes protestas producidas el 15 de noviembre de 1922 por los grupos obreros que mostraban su disconformidad con la apremiante situación económica posterior a la Primera Guerra Mundial. No obstante, la verdadera institucionalización del Estado ecuatoriano como un Estado Social de Derecho se produciría más tarde, con el impulso de la coyuntura que generó la Revolución Juliana de 1925, consiguiendo su incorporación en la norma fundamental a través de la Constitución de 1929. A continuación, resaltaremos algunos de los puntos más importantes de ésta norma que marcó el inicio de un proceso de cambio en la ideología del Estado ecuatoriano, así como de la evolución constitucional en nuestro país:

Constitución de 1929

Como rasgos fundamentales se identifican los siguientes:

- Inclusión de los Derechos sociales como garantías para brindar las condiciones necesarias para la efectiva vigencia de los derechos civiles y políticos.
- Revisión de los derechos civiles, incluyendo por primera vez la posibilidad de limitarlos; por ejemplo la posibilidad de limitar el derecho de propiedad en aras de utilidad pública.
- Protección del trabajo humano sin coartar su libertad.
- Impulso de una política tributaria, entendida como un medio de redistribuir la riqueza y los ingresos de forma equitativa. No es solo un mecanismo para captar ingresos.
- El Estado emprendió en una regulación, fomento y control de la actividad económica, además de la ya establecida regulación de la iniciativa privada.
- El Estado tomó el control de la Banca, a través de la creación de organismos de regulación como la Superintendencia de Bancos, además de crear la Junta Monetaria y asignar funciones de impulso a la agricultura y artesanía al Banco de Fomento. El Banco Central tomó la actividad de la emisión de la moneda.
- Se contempla la democracia pluralista a través del reconocimiento de asociaciones minoritarias que persigan un interés colectivo.
- Ampliación del padrón electoral a través del reconocimiento del voto a la mujer (no en igualdad de condiciones que el varó, ello sucedió en 1967).

Constitución de 1945 y siguientes

1945

- Se ratificaron y enunciaron correctamente los principios ya incluidos en la Constitución de 1929, así como se incluyeron algunos que faltaban.
- El Estado tomó a su cargo la labor de planificación.
- Inclusión de derechos como el de Seguridad Social en casos de maternidad, vejez, invalidez, viudez, desempleo, etc.

1946

- Se reconocieron iguales derechos y principios que en las Constituciones anteriores.
- La planificación ya no es una labor directa del Estado.
- Se creó el CONADE que luego fue sustituido por la SENPLADES.

1967

- La planificación vuelve a ser una tarea exclusiva del Estado.
- Se incluye la denominación de DESC a los derechos sociales.
- Se consagra la garantía jurídica de los derechos reconocidos.
- Se postulan los principios e instituciones del Estado Social de Derecho.

1998

- Se mantiene igual que la Constitución de 1978, que mantuvo los principios de la de 1967, aunque con muy pocas reformas, de entre las cuales destacan:
 - a) Concepción del Estado como un “Estado Social y Democrático de Derecho”
 - b) Adopción de la economía mixta y el sistema social de mercado.

Finalmente, cabe recalcar que la transición del Estado liberal al Estado Social de Derecho implica un cambio del papel abstencionista del Estado a uno de intervención en las áreas económica, cultural y social, en aras de la consecución del bien común. Sin embargo, el punto hasta el cual debe intervenir el Estado, y en qué áreas deba hacerlo, es una cuestión que depende de distintos factores que caracterizan a cada sociedad y cada Estado. No obstante ello, el papel común a todo Estado Social de Derecho es el de conseguir un tránsito efectivo de la igualdad formal a la material, a través de la garantía de existencia de las condiciones necesarias para la plena y efectiva vigencia de los derechos reconocidos en la Constitución.

CAPÍTULO III

EL CONSTITUCIONALISMO

3.1. La Constitución

3.1.1 Nociones Básicas

La Constitución escrita es un fenómeno jurídico relativamente reciente, cuya existencia data de finales del Siglo XVII y durante el Siglo XVIII en las Colonias Inglesas de América del Norte, extendiéndose más tarde a nivel mundial, a través de Estados Unidos (formados por las colonias independizadas), Francia (a partir de la Revolución Francesa) y más tarde con España y Portugal, tras su independencia de las colonias inglesas. En la actualidad, se ha convertido en la forma general de organización del poder en, prácticamente, todo el mundo.

Según Javier Pérez Royo, el conceptualizar a la Constitución, en su sentido preciso, implica el aceptar dos afirmaciones que derivan de su naturaleza:

- a) **Un cambio del *ser* al *deber ser*:** Si bien el término Constitución estuvo presente también en las Sociedades de la Antigüedad Clásica, debemos anotar que su sentido fue totalmente distinto al empleado en la teoría política moderna del Siglo XVIII. Esta distinción a la que me refiero, se encuentra directamente relacionada con la noción de poder.

La teoría política clásica, emplea el término constitución en el sentido de Constitución Social, es decir, a manera de organización del pueblo, en cuyo seno el poder no necesita ser constituido, ya que viene determinado por un orden natural. En palabras de Aristóteles, se trata del gobierno del fuerte sobre el débil.

Por su parte, la teoría política moderna toma al término Constitución como “Constitución Política del Estado”, es decir, a manera de organización del

poder sobre la base del principio de igualdad. En tal virtud, se entiende que el poder político es algo artificial, que por tanto debe ser establecido.

Así, dentro de la teoría política clásica, el término Constitución invoca el *ser*, confiriéndole, por tanto, un contenido meramente “descriptivo”; en tanto que para la teoría política moderna, el término en mientes se traduce en un instrumento regulador del *deber ser*, cuyo contenido se convierte en “prescriptivo”.

- b) Una Constitución Racional Normativa:** La Constitución no puede ser el producto de la evolución o de una simple recopilación de normas anteriores, sino el producto de la razón que sirva para diseñar la estructura política que ha de ser propia a cada comunidad. Se trata, por tanto, de realizar un análisis profundo acerca de cuáles son las leyes que deben regir la vida en sociedad, para de esta manera poder organizarla de forma racional. No es sino a partir del conocimiento de tales leyes naturales que se puede determinar cuál ha de ser la Constitución que tenga que regir en una sociedad determinada.

En este sentido, García Pelayo, citado por Javier Pérez Royo, denomina Constitución Racional Normativa a *“un complejo normativo establecido de una sola vez y en el que de una manera total, exhaustiva y sistemática se establecen las funciones fundamentales del Estado y se regulan los órganos, el ámbito de sus competencias y las relaciones entre ellos”*.

Según la doctrina, la constitución racional normativa debe combinar dos elementos fundamentales:

- **Un elemento formal:** Implica que debe ser un producto de la sociedad, directamente o a través de sus representantes legítimamente elegidos; y,
- **Un elemento material:** Debe permitir a la sociedad auto dirigirse políticamente de manera permanente.

La mayor o menor coincidencia de estos dos elementos determinará si nos encontramos o no frente a una verdadera Constitución.

3.1.2 Sustento Filosófico de la Constitución

Según Javier Pérez Royo, la finalidad de una Constitución es en esencia “*posibilitar la construcción jurídica de un orden político*” (PÉREZ ROYO 100). De este aserto se desprende que la organización social debe ser además, jurídica, lo cual volvería indispensable recurrir al principio de igualdad para su construcción, de tal manera que exista un solo orden que rija por igual para todos sin excepción. Sin embargo, una afirmación tal, podría traer más de un problema, esto si partimos de que la mayoría de autores coinciden en que aquello que en realidad constituye un principio de orden es la desigualdad (una desigualdad natural), la cual da paso a un orden, injusto, pero al fin un orden social. Por el contrario, la sociedad igualitaria es una sociedad naturalmente desordenada, lo cual explica el hecho de que el orden deba ser creado políticamente.

Este orden, llamado a organizar la vida en sociedad, no puede, sin embargo, desconocer la existencia de aspiraciones y derechos naturales que deben normar su desarrollo y que por tanto deben ser incorporadas obligatoriamente al proceso. Estas leyes a las que nos hemos referido antes (al tratar el tema de la constitución racional normativa) no pueden ser otras que la igualdad y la libertad.

Construir un orden sin eliminar la libertad y la igualdad parece tarea difícil y exigirá por tanto gran esfuerzo y prolijidad por parte del constituyente. Se considera que en este proceso son tres los requisitos que aquel debe respetar para que, al final, se pueda obtener una verdadera constitución:

- a) La sociedad civil debe poder expresarse políticamente, lo cual vuelve necesario que se convierta en una sociedad ordenada sin llegar al extremo de coartar la facultad de autodeterminación de cada individuo;
- b) El orden político de la sociedad debe ser uno solo y el Estado su único representante, caso contrario, se vuelve a la jerarquización de órdenes de poder y de libertad, típicos del absolutismo monárquico; y,

- c) La voluntad del Estado debe ser la voluntad de sus representados, pues el Estado es el representante político de la sociedad. De esta manera se garantiza que el individuo conserve su libertad inicial.

Así concebida, la Constitución no es más que la forma en la cual se expresa jurídicamente el orden político de una sociedad, mismo que deberá hallar su legitimación en el respeto a la libertad e igualdad de cada uno de los llamados a obedecerlo. Este objetivo, por su parte, se consigue garantizando el respeto y reconocimiento de los derechos civiles y derechos políticos (éstos últimos, hoy, derechos de participación), combinación que da origen a la división de poderes (con mayor acierto división de funciones).

En resumen, diríamos, citando al maestro Pérez Royo que, *“Derechos individuales, derechos políticos y división de poderes, integrados en un documento coherente que garantiza a través de ellos la autodirección política de la sociedad, es el objetivo que persigue la Constitución...”* (PÉREZ ROYO 106)

3.1.3 Constitución Formal y Constitución Material

Brevemente hicimos referencia a este tema al tratar el aspecto filosófico de la Constitución, sin embargo, creo prudente ahondar un poco más en su explicación, pues entraña una cuestión fundamental dentro del fenómeno constitucional.

Sin duda la Constitución formal de un Estado, como quedó dicho antes, debe establecer un conjunto de pautas de organización del poder dentro de la sociedad, a través un cúmulo de principios, denominados fundamentales, que guíen el proceso de construcción jurídica de la misma. Sin embargo, este modelo de organización al que hemos calificado como “prescriptivo”, en razón de su labor de indicación de un *deber ser* social, puede no identificarse totalmente con el patrón de orden colectivo imperante, al cual la doctrina ha denominado “Constitución material”, para hacer referencia a la forma en que el conglomerado social se ordena *per se*, esto es, el *ser* de la sociedad, o lo que es lo mismo, la sociedad vista desde una perspectiva descriptiva, producto de un devenir y una experiencia del grupo.

Tras el planteamiento del problema podemos prever la dificultad que podría surgir de presentarse este supuesto, frente al cual, históricamente, se han encontrado dos salidas distintas, cada una propia de su tiempo. A continuación nos referiremos brevemente a cada una de ellas, siguiendo en su mayor parte el acertado criterio del maestro Pérez Royo:

- a) La tesis del liberalismo: El constitucionalismo material:** Concordante con un pensamiento de estirpe liberal tras el fuerte impulso brindado por la Revolución Francesa, el siglo XIX estuvo marcado por una etapa en la cual los modelos de Constitución que imponían su vigencia, sobre todo en el continente europeo, dieron pie a un divorcio con el antiguo régimen absolutista, prescribiendo principios que, a pesar de ser innovadores, no encontraron una respuesta del todo favorable en el pensamiento y convicciones de la época, de tinte más bien reaccionario.

La constitución escrita, producto indiscutible de la revolución fue tomada dentro de esta época como un mal necesario, pero que sin duda alguna no podía conciliarse con los ideales imperantes. Es por este motivo que la historia política resalta el hecho de que las constituciones formales de las que hablamos “permanecieron en el horizonte político durante todo el siglo XIX”, pero sin duda no fueron operativas.

Dentro de este contexto cobra importancia la Constitución material, tomada en el sentido de “...*el resultado de la evolución secular de un pueblo y no como el producto de una Asamblea Constituyente*” (PÉREZ ROYO 109); en definitiva, la constitución se traduce en el producto del curso de la historia, debiendo por ello responder siempre a la realidad social y estar sujeta a su dinámica. De lo dicho resulta que bien puede existir una Constitución escrita, pero si esta no traduce la relación de fuerzas presente en la sociedad, no tendrá valor alguno.

Toda la teoría constitucional liberal del siglo XIX vería en el concepto de la soberanía popular un verdadero revulsivo que echaría al traste con muchos de sus planteamientos.

b) La tesis del constitucionalismo democrático: El constitucionalismo

Formal: Desde que surgiera el concepto de soberanía popular, acuñado por Jean Jaques Rousseau, la visión acerca del constitucionalismo cambió sustancialmente. Sin lugar a dudas, la preponderante corriente que veía en la constitución un producto histórico empieza a ser cuestionada a la luz de las ideas del ilustre francés, mismas que condujeron a la elaboración de nuevos conceptos de vital importancia hoy en día, como el de la democracia.

Si el germen del constitucionalismo se encuentra en la intención de ordenar jurídicamente a la sociedad, es impensable que ese objetivo pueda conseguirse a través de un documento únicamente descriptivo de un proceso de evolución, cuya labor contemple solamente la recopilación normativa. Es necesario, a contrario sensu, dotar al Estado de la calidad de único mecanismo de expresión de la voluntad del pueblo, lo cual invita a contar con un ordenamiento jurídico, que por fuerza de la razón deberá ser igualitario. Recordemos que el derecho entraña igualdad y a su vez ésta no existe fuera del derecho, error en el que no repararon las constituciones decimonónicas que por el contrario fueron extremadamente discriminatorias al restringir el derecho al sufragio a un reducido grupo (voto censitario). Una vez que se impone el sufragio universal y se lo coloca como elemento de legitimación de toda Constitución, ésta deja de ser un mero documento político para convertirse en norma jurídica, límite al mismo tiempo de la voluntad del legislador que deberá encuadrar su labor normativa en el marco de las disposiciones de la constitución.

Todo este proceso que a grandes rasgos hemos revisado evidencia el surgimiento de la corriente del constitucionalismo democrático, caracterizado por mantener los aspectos esenciales del Estado de Derecho, aunque ungidos con un tinte de democrático, merced a la necesidad de una mayor participación del pueblo en el gobierno (noción básica de democracia). Es evidente que ésta tesis no había admitido discusión dentro de los últimos años, y aún hoy en día permanece en la base de la gran mayoría de los ordenamientos jurídicos del mundo.

La cuestión sobre la que tratamos, si se analiza con detenimiento, conduce a un solo resultado: la aceptación de la “fuerza normativa de la constitución”. Si bien es cierto que uno de los elementos fundamentales que constituyen el derecho y diferencian sus normas de otras reglas de conducta es la coercitividad, no podemos pretender que el aparato Estatal dedique todo su esfuerzo a la vigilancia del cumplimiento de las normas jurídicas. Como bien lo apunta el maestro Pérez Royo, un Estado en el que el aparato coercitivo, integrado por Policía, Función Judicial y Sistema Penitenciario; funcione óptimamente, estaría en capacidad de obligar al cumplimiento de solamente un 5 a 7 por ciento del total de sus normas legales, dato que evidencia la necesidad de que toda Constitución, como instrumento de construcción y ordenación jurídica, responda a la realidad social imperante. Solamente partiendo de este presupuesto será posible obtener la aceptación espontánea y el consiguiente acatamiento voluntario de sus disposiciones de parte de quienes conforman el grupo humano. Sin duda alguna es ésta la mejor manera de contribuir a la formación de la convicción de que tales normas son las más adecuadas y las mejores para conseguir una convivencia pacífica y ordenada, en la cual todos y cada uno puedan desarrollar de la mejor manera sus potencialidades y satisfacer sus necesidades, todo ello sobre el principio de la igualdad (igualdad material).

3.1.4 Clases de Constitución

Dentro de la Teoría Constitucional, son numerosas las clasificaciones que se han elaborado de los diversos modelos de Constitución que pueden existir, agrupaciones a cuyo análisis dedicaremos este breve apartado.

- a) Constituciones Escritas y No escritas:** La distinción entre Constituciones escritas y no escritas, surge a partir de la redacción de los primeros textos constitucionales a finales del Siglo XVIII. Según autores como Gregorio Badeni, la importancia de esta clasificación tiene un carácter más histórico que científico.

Sin embargo, se considera a ésta, la distinción más tradicional y difundida, cuyo fundamento se halla en la constancia o no de las normas

constitucionales en un texto legal. De esta manera, se conoce como Constitución escrita aquella en la que las normas adquieren la categoría de constitucionales en tanto constan dentro de un cuerpo jurídico integrado y coherente, y que adquieren el atributo de fundamentales tras el especial proceso de formulación y reforma al que se hallan sometidos. Por otra parte, son constituciones no escritas aquel conjunto de normas que no requieren de una constancia escrita para obtener su rango superior y supremo frente al resto de normas de un ordenamiento jurídico; su proceso de elaboración y reforma dependen de costumbres y decisiones políticas. El hecho de que tales normas puedan constar en un texto no reduce a este requisito su validez, ni les quita el atributo de fundamentales.

No obstante el hecho de que no pueda hablarse de un ordenamiento jurídico perfecto, que haya optado por uno u otro tipo de Constitución, debemos decir que la tendencia hacia las constituciones escritas es inmanente a los sistemas que pertenecen a la familia romanista, de tradición históricamente positivista. Entre los varios motivos que fomentan la adopción del constitucionalismo escrito se han esbozado por ejemplo el de *“afianzar la estabilidad del sistema y tornar perdurable la seguridad jurídica...”* (BADENI 59). Por su parte, las Constituciones no escritas han encontrado mejor asidero en los sistemas de la familia anglosajona, en los cuales el Derecho, como es bien sabido, se elabora en base al precedente jurisprudencial, lo cual no obsta la existencia de normas escritas.

- b) Constituciones Codificadas y Dispersas:** Se considera a esta clasificación una suerte de derivación de la anterior, pues la distinción que realiza parte de considerar si las normas, juzgadas de constitucionales, se encuentran recogidas de manera orgánica dentro de un cuerpo jurídico normativo único o simplemente se hallan repartidas entre diversas normas jurídicas y costumbres sin disposición orgánica alguna. En el primer caso nos referimos a las Constituciones codificadas y en el segundo a las Constituciones dispersas.

Sin embargo, la tendencia mayoritaria de los Estados a nivel mundial ha sido la de organizar su sistema jurídico a partir de Constituciones codificadas, lo cual se atribuye sobre todo a motivos de seguridad y certeza que tienen una raíz más bien histórica. En efecto, a través de la codificación de las normas constitucionales se busca afianzar la exteriorización de la idea política imperante en el lugar y momento histórico al que pertenezca la norma fundamental. De igual manera, esta idea fue adoptada con el surgimiento de las uniones entre los diferentes conglomerados sociales que dieron origen a los estados federales, en los cuales se consideró como de prioritaria importancia contar con normas fundamentales claras y orgánicas, a partir de las cuales fuera posible conseguir agilizar la solución de posibles conflictos.

Finalmente, como motivo adicional, pero no menos importante, está el de aprovechar la facilidad de conocimiento e interpretación de las normas constitucionales que se encuentran recogidas dentro de un mismo cuerpo jurídico, lo cual contribuye indudablemente al afianzamiento de la seguridad jurídica.

- c) **Constituciones Rígidas y Flexibles:** Nos situamos frente a una clasificación que pretende distinguir las Constituciones a partir de la mayor o menor dificultad para la reforma de sus disposiciones.

En efecto, podemos hablar de Constituciones rígidas cuando las normas en ella establecidas no pueden ser modificadas por parte del órgano legislativo, o a través de los mecanismos ordinarios, previstos para la elaboración y reforma de las leyes; ello implica por tanto la necesidad de contar con un organismo distinto y superior, denominado genéricamente “poder constituyente”, y con un procedimiento especial, distinto al establecido para la reforma de las demás normas jurídicas.

Por otra parte, existe una Constitución flexible cuando sus disposiciones pueden ser modificadas o reformadas por parte del órgano legislativo o a través de los mismos procedimientos previstos para la reforma de leyes.

Autores como Gregorio Badeni consideran que la diferencia fundamental entre Constituciones rígidas y flexibles depende de la medida en que se distingan, dentro ellas, poder constituyente y poder constituido, correspondiendo a las primeras un modelo de precisión total del ámbito de uno y otro poder.

Finalmente, cabe nada más mencionar que en doctrina se concibe un tercer tipo de Constitución, incluido dentro de esta clasificación, y es aquel que distingue a las Constituciones pétreas, marcadas esencialmente por la imposibilidad de su reforma jurídica. Esta petrificación de la norma fundamental puede ser a su vez, total, parcial, absoluta y temporal.

- d) Constituciones personalistas, transpersonalistas y neutras:** Esta distinción, según Gregorio Badeni, parte de considerar la finalidad de la Constitución, la cual supone, tal y como quedó sentado líneas atrás, un reflejo de la idea que ha de guiar la organización jurídica de la sociedad. Sin embargo, a mi entender, más que la finalidad misma de la norma fundamental, esta clasificación prioriza la expresión o no de los valores fundamentales de la organización política o al menos la remisión a ellos.

Están en primer lugar las Constituciones personalistas, en las cuales existe una perfecta expresión de los valores que guían el proceso de construcción jurídica de la sociedad, consignados normalmente bajo el epígrafe de “principios fundamentales”, mismos que tienden a la plena realización de la dignidad y esencia de la persona humana. Tradicionalmente las máximas más comunes a toda Constitución de esta propensión, han sido libertad e igualdad. Sin embargo, como tendremos oportunidad de observar en su momento, de estos dos principios se ha conseguido desarrollar una inmensa gama de preceptos, a los cuales Robert Alexy denomina “*haz de posibilidades*”.

En segundo lugar están las constituciones transpersonalistas, en las cuales, como su nombre lo indica, la disposición axiológica trasciende de la persona como eje fundamental y encarna valores distintos a la libertad e igualdad.

Ejemplos de ellos serían la grandeza de la nación o la superioridad de la raza, popularizados a través del modelo autoritario del nacionalismo alemán.

Finalmente encontramos a las Constituciones neutras, aquellas en las que no existe una expresión axiológica, o si se quiere, “...*están desprovistas de un contenido ideológico...*” (BADENI 73). Esta clase de norma fundamental se limita a describir la manera en que ha de conformarse la organización política sin remitirse en absoluto a valores fundamentales. A pesar de ser poco comunes, se puede encontrar un ejemplo de ellas en la Constitución de Bismarck de 1871², para la consolidación de la República Federal alemana.

- e) **Constituciones normativas, nominales y semánticas:** Esta clasificación se aleja un tanto del plano del deber ser de las normas constitucionales y busca una distinción desde el plano ontológico. Parte de la consideración de que no siempre las normas de la Constitución formal pueden encontrarse acordes a las de la Constitución material; en efecto, dependiendo de ello se distingue entre:

Constitución normativa, aquella en la que las disposiciones constitucionales pretenden conseguir el propósito del constitucionalismo (construcción jurídica de la sociedad sobre la base de los valores fundamentales libertad e igualdad), a través del establecimiento de mecanismos de control y ejercicio del poder. No se trata, por tanto, solamente de aquella Constitución que se encuentre jurídicamente establecida, sino que además sus disposiciones se concilian con la realidad política, motivo por el cual sus imperativos se cumplen por parte de gobernantes y gobernados.

² La constitución federal de 1871 fue el instrumento de mayor trascendencia para Otto Von Bismarck, considerado fundador del moderno estado alemán, para conseguir la consolidación de la República Federal Alemana; es por ello que se la identifica como la Constitución de Bismarck. Se trató de un instrumento que consagraba un régimen de poder autoritario, que se hallaba disfrazado bajo el traje de régimen constitucional. Sin embargo, no se consideró el a éste régimen alemán como absolutista, dado que se consagró en la constitución la existencia de cámaras representativas. El contenido de esta norma fundamental consagraba normas de organización del poder alemán, siempre con un tinte jerárquico, pero sin aludir en caso alguno a principios fundamentales. Se ha dicho que esta norma y sobre todo el gobierno alemán de éste período tuvieron en el sufragio un elemento de apoyo indispensable para controlar y neutralizar a las clases medias a través del “voto fiel” de las clases campesinas.

Constitución nominal, en la cual existe un texto acorde a los fines del constitucionalismo, pero cuya realización práctica es deficiente o nula. Se dice que esta clase de constitución se presenta sobre todo en aquellos períodos de transición, especialmente cuando se cambia de un régimen autocrático a una democracia constitucional, período en el cual es muy difícil que las disposiciones del texto fundamental sean acatadas inmediatamente y obtengan fuerza normativa.

Constitución semántica, cuyo rasgo distintivo es un texto distante de las finalidades del constitucionalismo, presente sobre todo en organizaciones jurídicas con tendencia transpersonalista, en las cuales se busca afianzar a los detentadores del poder en sus cargos y posibilitar la consecución de ciertos propósitos a través del sacrificio de la libertad e igualdad de las personas. Ambos preceptos dejan de ser puntos de partida y se convierten en medios para un fin (el que determine la ideología política reinante).

Resulta muy ilustrativa la manera en que el filósofo alemán Karl Loewenstein, citado por Gregorio Badeni, grafica a los tres modelos constitucionales descritos:

- Constitución Normativa: *“es como un traje que sienta bien y que se lleva realmente”*;
- Constitución Nominal: *“es como un traje que cuelga durante cierto tiempo en el armario y será puesto cuando el nivel nacional haya crecido”*; y,
- Constitución Semántica: *“no es en absoluto un traje, sino un disfraz”*

3.2. El Constitucionalismo

3.2.1 Estado Constitucional: Breve Génesis Histórica

“El constitucionalismo es la corporización doctrinaria de la lucha permanente del hombre por la libertad...” (BADENI 45)

A pesar de lo que se pueda pensar, las verdaderas raíces del movimiento constitucionalista no se encuentran en las revoluciones inglesas de 1641 y 1688, ni en la Revolución Francesa de 1789. Así lo demuestra la historia, que revela que estas gestas sociales jugaron un rol importante más bien en la expansión internacional del constitucionalismo, pues sus orígenes datan de épocas muy anteriores por lo cual se ha vinculado la historia del constitucionalismo a épocas remotas en la lucha del hombre por la igualdad y la libertad. El profesor Gregorio Badeni toma como ejemplos de esta realidad innegable el pensamiento en Grecia y Roma, la expansión del Cristianismo, etc. No obstante lo dicho, cabe resaltar el importante papel que jugó el movimiento constitucionalista inglés, a partir de la expedición de la Carta Magna en el siglo XIII, hacia el año de 1215, a partir de la cual se imponen ciertas limitaciones al poder del Rey Juan sin Tierra, a través del reconocimiento de diversos derechos en favor del pueblo inglés. En adelante, quedaría establecido el camino que a través de los siglos conduciría al desarrollo y expansión del movimiento constitucionalista, potenciado, como hemos dicho ya, por la independencia de los Estados Unidos de América y la Revolución Francesa.

Sin embargo, lo que sí constituye un dato definitivo es que hasta antes del Siglo XVIII, los postulados del constitucionalismo resultan proposiciones vagas e inestables, que no alcanzaban unanimidad social o se limitaban a muestras de lo que el profesor Badeni llama un *“constitucionalismo imperfecto”*, traducido en el reconocimiento de derechos civiles sin derechos políticos o viceversa. Es a partir de aquel punto histórico que las ideas de esta corriente alcanzan su concreción. Así, se constituyen como primeras manifestaciones orgánicas del constitucionalismo: La Declaración de Virginia de 1776, La Constitución Norteamericana de 1787, La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, entre otras. Este

fenómeno generó respuestas favorables en el continente Europeo, sobre todo en países como España, Suecia, Noruega, etc.

Por otra parte, debemos anotar que, tal como quedó expresado en su momento, el Estado de Derecho, que consiste en aquel régimen de organización social, dentro del cual gobernantes y gobernados, por igual, se encuentran obligados por las normas jurídicas elaboradas por el Estado (a través del procedimiento establecido), se llega, en doctrina, a una unánime conclusión respecto a su finalidad. Teóricamente, el *Rechtsstaat o Estado de Derecho*, producto de la escuela alemana, surgió como respuesta al Estado policía o Estado totalitario, con el propósito de conferir mayor protección y seguridad a los derechos de las personas, sustrayéndolos de la posibilidad de que cualquier acto abusivo del poder pudiera restarles valor o contenido. No obstante, producto de la experiencia, la simple afirmación de la obligatoriedad de la ley para gobernados y gobernantes resultó insuficiente, siendo que de proteger los derechos de las personas es de lo que se trataba. Su consecuencia resultó un estado legalista, que permitía legitimar cualquier régimen en tanto cumpla con la formalidad de encuadrar sus actos en la ley.

Sin embargo, sería el movimiento constitucionalista el que más tarde se encargue de revitalizar la corriente del personalismo, surgiendo para ello las dos corrientes bajo las cuales la doctrina lo ha estudiado: el constitucionalismo clásico o liberal, y el constitucionalismo social.

a) El constitucionalismo clásico:

Se engloba bajo el nombre de Constitucionalismo clásico al proceso desarrollado entre los siglos XVIII y XIX, marcado por la adopción de la Constitución como instrumento orgánico, que debía incorporar dos partes esenciales: Por un lado, la declaración de derechos de los ciudadanos, identificado hoy con la parte dogmática de la Constitución; y por otro, la Constitución propiamente dicha, en el sentido de la estructuración jurídico política del Estado, identificado hoy con la parte orgánica de la norma fundamental. Este proceso tuvo su expansión, como lo hemos dejado claro, gracias al impulso de diversas circunstancias históricas que popularizaron la nueva tendencia.

Toma fuerza de esta manera, un nuevo movimiento dirigido a impulsar como valores fundamentales de la organización jurídica la libertad e igualdad, pilares de la dignidad humana. La serie de cambios producidos bajo el epígrafe del “Constitucionalismo”, identificado en sus primeras manifestaciones con la escuela del “Constitucionalismo Democrático”, estuvieron orientados a conseguir un irrestricto respeto a los derechos fundamentales de los individuos, sobre la base de la participación (directa ó indirecta) de los gobernados en el gobierno. No obstante, este modelo se hallaría notablemente influido por los ideales del liberalismo, cuyo principal rasgo distintivo, según Javier Patiño Camareña, se pudo encontrar en la expansión de los ideales capitalistas guiados por el liberalismo económico y político, producto de la búsqueda de un cambio de las viejas concepciones. En síntesis, como lo señala Mario de la Cueva, citado por Patiño Camareña, “...*la postura individualista es la concepción filosófica de la esencia de la posición del hombre en la vida social, doctrina que contempla al hombre como el origen centro y finalidad de las instituciones políticas y jurídicas...*”³

Por su parte, el Doctor Hernán Salgado Pesántes, ha destacado algunos aspectos que pueden considerarse distintivos en el modelo del Constitucionalismo clásico, entre los que se encuentran los siguientes:

- **Consagración de los Derechos Individuales**, entre los cuales se contaron algunos recogidos por las diversas declaraciones elaboradas en aquel momento histórico, tales como la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, La Declaración de Virginia de 1776, etc. El importante influjo de la ideología liberal impregnado en el Constitucionalismo clásico, motivó la inclusión de derechos como el derecho la vida, a la libertad, a la seguridad, a la propiedad, a la libertad económica, entre otros;
- **Separación o división de poderes**, producto de la ideología impulsada por John Locke y Montesquieu, se impone la necesidad de que la administración

³ Véase en Javier Patiño Camareña, “Constitucionalismo y Derecho Social”, Págs. 148 -149.

del Estado, es decir, el poder político, se encuentre ejercido por tres instancias distintas. Nace de esta manera la separación entre las funciones ejecutiva, legislativa y judicial. Para el Doctor Hernán Salgado, la importancia que se confiere a la tarea de protección de los derechos de los individuos es el verdadero fundamento ideológico de este principio;

- **La soberanía reside en el pueblo**, principio introducido con el Estado liberal que considera que todo poder proviene del pueblo y a él pertenece en última instancia. En su primera manifestación, se asocia con la teoría de la soberanía nacional, por la cual se considera al pueblo como un solo cuerpo, descartando la idea de un grupo conformado por individuos. Este postulado lleva a considerar al voto como una tarea pública, restringida por ello a determinadas personas, lo cual da origen al voto censitario.
- **El gobierno representativo**, traducido a través del mecanismo de la democracia indirecta, introducida tras constatar las enormes dificultades generadas por la intención de propiciar la participación directa del pueblo en el gobierno. La elección de un conjunto de gobernantes, transformados democráticamente en mandatarios, acarrea su responsabilidad frente a la labor encomendada por el soberano (el pueblo);
- **Sufragio restringido**, entendido como la capacidad del pueblo, titular de la soberanía, para elegir mediante votación a aquellos que deban ser sus representantes en el gobierno, de manera que ejerza las funciones que se le encomiendan por un período determinado, lo cual se traduce en una garantía de la alternabilidad. Sin embargo, la restricción impuesta por el pensamiento liberal llevó a limitar, en base a consideraciones sobre el patrimonio y el grado de alfabetización, el acceso a este derecho, anteponiendo la ciudadanía como requisito esencial, misma que no era concedida a todos;
- **Responsabilidad del gobierno**, consecuencia de la adopción del principio de la soberanía popular, se establece el deber de todo representante legítimamente elegido de rendir cuentas de su gestión ante el mandante. En

este punto, señala la doctrina, el Estado liberal se distancia del Estado absolutista;

- **El régimen presidencialista y republicano**, resultó la modificación esencial introducida en la forma de gobierno a partir de la incursión en el Constitucionalismo clásico, modelo que fue adoptado en oposición al gobierno monárquico puro, tan nocivo en el Antiguo Régimen;
- **Principio de legalidad y constitucionalidad de las leyes**, implican condiciones infranqueables para el establecimiento del verdadero Estado de Derecho. Como quedó expuesto en su momento, el Estado liberal privilegió el principio de legalidad como criterio legitimador de los actos del poder público, a la par de lo cual se estableció la necesidad de que toda norma jurídica presente en el ordenamiento deba guardar conformidad con las disposiciones constitucionales para alcanzar validez. Conjuntamente con la adopción de estos principios se establecieron los mecanismos de control de su observancia, siendo la jurisdicción contencioso- administrativa la encargada de velar por la legalidad, y la función judicial mediante el control difuso y concreto la designada para vigilar la constitucionalidad.

Consecuencia de lo dicho, el progreso alcanzado por el constitucionalismo liberal hasta entonces fue tildado de padecer un exacerbado individualismo en su afán de no abandonar el personalismo, aspecto que se pudo palpar en el no intervencionismo estatal y en el postulado de la libertad de mercado, adoptados como rectores de la vida política y económica, con el fin de privilegiar la protección a la propiedad privada. La incorporación de todos estos principios dieron lugar a la instauración del Estado Liberal o abstencionista a cuyo análisis, realizado en el capítulo segundo de este trabajo investigativo, nos remitimos para una mejor comprensión del tema.

b) El constitucionalismo social

No obstante el importante progreso conseguido con el cambio a un modelo que colocó los derechos de las personas como fin último de la actividad estatal, la orientación del constitucionalismo clásico fue duramente cuestionada por su tendencia excesivamente individualista, producto de lo cual debió plantearse diversas modificaciones, merced a movimientos como el socialismo y el liberalismo católico, gestados durante el Siglo XIX y cuya influencia se concretó de forma definitiva en el Siglo XX, a través de la fórmula del “*Constitucionalismo Social*”. En este particular momento histórico, las voces de protesta de varios grupos sociales, en especial los trabajadores que tomaban mayor conciencia de su identidad y reclamaban mayores reivindicaciones a su favor, se dejaron escuchar con gran fuerza; a lo cual se sumó el empobrecimiento y desempleo general, consecuencias de la tecnificación introducida con la Revolución Industrial.

A partir de este hito histórico se abandona el individualismo puro y se empieza a concebir a los derechos en su dimensión social, lo cual repercutió en un cambio de dirección de la labor política, que ahora debía procurar la libertad social y la nivelación de las desigualdades existentes. En respuesta a este cambio dogmático, que determinó el nacimiento del denominado “Derecho Social”, surgieron las primeras constituciones que consagraron la figura del Estado Social de Derecho, entre ellas las Constituciones mexicana de Querétaro de 1917 y alemana de Weimar de 1919.

De todos modos, aunque el proceso de constitucionalización parecía haberse consolidado, la historia política ha identificado lo que parece ser un punto de regresión, registrado en el período posterior a la Primera Guerra Mundial, en el cual nuevas especies de totalitarismo transpersonalista empezaron a cobrar fuerza. Ejemplos de este movimiento resultaron los Estados ruso, italiano y alemán traducidos en los populares modelos del comunismo, fascismo y nacionalismo. Todas ellas trajeron como consecuencia la renuncia a valores sociales trascendentes dentro del constitucionalismo como la libertad, igualdad, dignidad, responsabilidad gubernamental, etc., llevando consigo a

una resignación de libertades en favor del Estado en busca de seguridad material para cada individuo. Como natural implicación resultó un crecimiento del aparato estatal y por ende la proliferación de normas jurídicas que le concedían mayores facultades, todo ello tras el quimérico fin de proteger a la persona humana. En realidad, este modelo de dominación fue creado con un trasfondo distinto, tratando de favorecer fines transpersonalistas, aunque para muchos autores pueda haber encontrado su justificación en el desfase entre los textos constitucionales y la realidad social.

Sin embargo, tras este nefasto recrudecimiento del totalitarismo, disfrazado bajo el traje del constitucionalismo, el período posterior a la Segunda Guerra Mundial marcó una continuación en el crecimiento y desarrollo de la doctrina constitucional. Se considera que la lucha entre constitucionalismo y totalitarismo es una simple muestra más del afán sempiterno del hombre por conseguir mayor libertad y respeto a su dignidad.

De todos modos, uno de los avances más importantes registrados en el Siglo XX resultó sin duda alguna la incursión de la humanidad en el Constitucionalismo Social, fundamentado en la ola de miseria y destrucción resultante de las dos guerras mundiales, que habían generado importantes desajustes políticos y económicos. En doctrina, se considera que ésta corriente tuvo el acierto de reafirmar algunos principios sentados por el constitucionalismo liberal o clásico, además de incorporar otros, entre los cuales destacan los siguientes:

- **Incorporación de los Derechos económicos, sociales y culturales**, identificados como DESC, cuya inclusión tiende a completar los derechos civiles y políticos introducidos por el constitucionalismo clásico. De acuerdo al criterio del Doctor Hernán Salgado, *“estos nuevos derechos buscan brindar una base económica y material que posibilite a todos acceder a un nivel de vida compatible con la dignidad humana.”* (SALGADO 48). Entre ellos se incluyen algunos como la seguridad social, el derecho al trabajo, la salud, la vivienda, la cultura, entre otros;

- **Universalización del sufragio**, con lo cual se abandona el criterio de la soberanía nacional, para optar por el de la soberanía popular. A través de este principio se procura que el derecho al voto sea reconocido en base a la ciudadanía, la cual deberá adquirirse con requisitos mínimos (mayoría de edad, por ejemplo), de manera que quede proscrita toda suerte de discriminación en razón de sexo, raza, religión, condición económica, etc.;
- **Introducción de mecanismos de consulta popular**, tales como el plebiscito, revocatoria del mandato, entre otros, cuya finalidad esencial fue la de propiciar una mayor participación del pueblo en el gobierno del Estado;
- **Planificación económica y social**, como un método o política primordial del Estado se estableció la necesidad de contar con una previsión de las necesidades que resulten prioritarias para conseguir la mayor efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales;
- **Intervención del Estado en mayor o menor medida**, abandonando la clásica idea del liberalismo que propició un Estado abstencionista, el constitucionalismo social ha comprendido la necesidad de la intervención del Estado en determinadas áreas, con el fin de permitir a la sociedad conseguir ese mínimo de condiciones que hagan posible el pleno desarrollo de los miembros de la sociedad y la justicia social. Bajo este criterio, surgieron en el mundo tendencias que buscaron convertir al Estado en un ente paternalista, sobre todo en los países en vías de desarrollo, en los cuales el Estado trató indudablemente de satisfacer la infinidad de necesidades con los limitados recursos a su alcance.

El conjunto de cambios generados por la corriente social, han llevado, durante el siglo XXI a un continuado desarrollo de la tendencia humanista, orientada cada vez más a potenciar los derechos fundamentales, conciliados con una

creciente preocupación por el medio ambiente. No podemos descuidar el importante influjo que ha ejercido la tendencia globalizadora en la expansión mundial del constitucionalismo, cuyas nuevas corrientes integran éstas y otras preocupaciones como quedará evidenciado en el capítulo cuatro.

3.2.2 Rol de la Constitución dentro del Estado de derecho

Como quedó expuesto antes, el verdadero constitucionalismo se resume en la expresa limitación del ejercicio del poder, construida sobre la base del respeto a la libertad e igualdad. De ahí que en doctrina se haya llegado a afirmar que, únicamente en donde existe una Constitución cuyo objeto sea la libertad, existe también el derecho constitucional, al cual se denomina con elegante precisión *“técnica jurídica de la libertad”*.

Sin embargo, el desarrollo de este proceso de organización política y construcción jurídica se vuelve complejo y nos conduce a aceptar lo que antes denominamos “la fuerza normativa de la constitución”, afirmación que obliga a la adopción de ciertos criterios básicos, que nos permitirán determinar cuándo nos encontramos frente a un verdadero Estado Constitucional de Derecho y a una auténtica Constitución.

“Toda la sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes establecida, no tiene constitución.”⁴

Así reza el Art. 16 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, dictada en 1789, de la cual podemos extraer los dos principios fundamentales, considerados pilares de la técnica constitucional:

- **Imperio de la Ley:** Uno de los soportes más importantes del constitucionalismo se halla en la adopción de este axioma esencial del Estado de Derecho. Implica la sujeción de gobernados y gobernantes a las mismas leyes, las que además deberán reunir ciertas condiciones que las vuelvan adecuadas para la sociedad. En este sentido hablamos de normas

⁴ Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, 1789.

constitucionales para referirnos a aquellas que deben manifestarse conformes con los derechos fundamentales y los principios de libertad e igualdad.

- **La titularidad del poder se concentra en la comunidad:** Principio que, visto desde la ciencia política, se traduce en el concepto de soberanía. Este importante elemento impide que el poder sea ilimitado y que las decisiones de los gobernantes puedan contrariar o violentar la voluntad popular. Como bien lo señala el autor Jesús La Madrid, la Constitución, de acuerdo a la mejor doctrina moderna, implica “...*un modo de ordenación de la vida social en la que la titularidad de la soberanía corresponde a las generaciones vivas, las relaciones entre gobernantes y gobernados están reguladas de tal modo que éstos disponen de unos ámbitos reales de libertad que les permiten el control efectivo de los titulares ocasionales del poder...*” (LA MADRID ALIAGA 45).

Por otra parte, el profesor Gregorio Badeni, añade a estos principios un tercer elemento identificado con la integración de los Estados en el orden internacional, con lo cual se consigue la convivencia pacífica y armónica a la luz de los principios del constitucionalismo.

Estas directrices que guían el proceso de construcción jurídica se ven traducidas, materialmente, a nivel constitucional, a través de ciertas instituciones como la supremacía constitucional, la distinción entre poder constituyente y poder constituido, la separación de funciones de los órganos del poder, la representación política, la limitación temporal del ejercicio del poder, entre otras. No obstante, parece adecuado el criterio de algunos autores, para quienes todas aquellas manifestaciones, no son más que simples formas de asegurar la libertad, y cuya mayor o menor amplitud y alcance se encuentran determinados por el grado de constitucionalización de cada ordenamiento jurídico.

La adopción de estos lineamientos permite colocarnos frente a un sistema democrático constitucional, en el cual tienen necesaria e indispensable cabida:

- Reconocimiento de Derechos fundamentales derivados de la calidad de persona;
- Limitación y control del poder del Estado;
- Obligación de gobernados y gobernantes de actuar en el seno de las leyes;
- Adopción del principio de legalidad, que da lugar a una garantía fundamental del Estado de derecho, cual es la seguridad jurídica.

Todos estos elementos deben encontrarse traducidos en un instrumento jurídico coherente y codificado, que recoja los principios básicos para articular el ordenamiento jurídico y político de la sociedad. De esta manera, el papel mismo de la Constitución, dentro del Estado de Derecho, consiste en constituirse en la columna vertebral de todo el ordenamiento jurídico, punto del cual deberá, además, partir el proceso de creación del Derecho tanto a nivel legislativo, cuanto jurisprudencial. Como bien ha señalado el jurista español Francisco Rubio Llorente, entendidos así Estado Constitucional y Constitución, el constitucionalismo se transforma en una teoría y práctica de lo que él llama el “*Estado auténticamente constitucional*”, que no tiene otro significado que el de “estado limitado por el Derecho”. Únicamente en este sentido, el Estado de Derecho, a través de la teoría y práctica constitucional, se transforma en Estado Constitucional de Derecho.

CAPÍTULO IV

EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS

4.1. Apreciación Preliminar

Hasta aquí hemos tenido oportunidad de describir brevemente el camino que se ha transitado para llegar al punto en el que se sitúa el moderno Derecho constitucional. En adelante, nos corresponde tratar de explicar cuál es el enfoque esencial que guía este nuevo paradigma, el cual abordaremos bajo su nombre doctrinario: El Neo constitucionalismo.

En su momento sostuvimos la afirmación, ratificada por cierto, de que toda Constitución, como elemento esencial para construir un modelo político democrático, debe responder a una realidad en incesante movimiento y sujeta a cambios temporal-espaciales. Es este, sin duda, el punto esencial que ha guiado a quienes dedican sus esfuerzos a buscar nuevos horizontes en el campo del hacer jurídico, en un intento de reformular la misión y fundamento filosófico del Derecho constitucional, buscando hacerlo cada vez más humano y con una progresiva tendencia protectora de los llamados Derechos Fundamentales. Es este último tópico el que mayor relevancia encierra, como tendremos oportunidad de ver, dentro de la exposición que este trabajo investigativo pretende realizar.

4.2. El neo constitucionalismo

“Estamos asistiendo, incluso en los países de democracia más avanzada, a una crisis profunda y creciente del derecho, que se manifiesta en diversas formas y en múltiples planos” (FERRAJOLI, Derechos y Garantías, La Ley del más Débil 15)

Con esta inquietante afirmación, inicia su exposición el maestro Luigi Ferrajoli, en su libro “Derechos y Garantías, La ley del Más débil”, explicando que ésta decadencia del derecho en la actualidad se manifiesta en una triple dimensión:

- En una crisis de la legalidad, traducida en un debilitamiento del poder vinculante de las normas y reglas dictadas por los detentadores del poder público y, una progresiva ilegalización de los actos del poder;
- Una crisis del modelo del Estado de Derecho, originada en las exigencias, cada vez mayores, impuestas por el modelo del Estado Social, volviéndolo insuficiente, tal como se encuentra estructurado, para cubrir las ilimitadas necesidades que reclama la sociedad. Según Ferrajoli, este plano de la crisis genera el fenómeno de la inflación legislativa, tan propia y característica del actual Estado de Derecho, combinada con una anemia de garantías, que vuelven a los escasos derechos fundamentales que merecen privilegio, insustanciales.
- Finalmente, se reconoce un problema asociado a la deslocalización de la soberanía, producto de los procesos de globalización, mismos que son “incomprendidos” por un Derecho constitucional obsoleto, que no ha conseguido internacionalizarse.

Para ciertos sectores de la doctrina, esta crisis solamente puede interpretarse como una deficiencia en la labor normativa del Derecho, originada en la excesiva complejidad de la realidad actual y una limitada capacidad reguladora del Derecho. Sin embargo, Ferrajoli pone en tela de duda esta afirmación por considerar que la misma responde a una visión demasiado determinista o fatalista; al contrario, de acuerdo al criterio del ilustre jurista, las sociedades hoy en día poseen menos dificultades que las antiguas, pues existe ya una base anterior sobre la cual empezar a buscar soluciones para los complejos problemas sociales. Al contrario, la verdadera causa de esta crisis se presentaría más bien en lo que se denomina “la razón jurídica”, sustentada en el principio de legalidad sobre el cual descansa el modelo del Estado de Derecho. La nueva dimensión que esta razón jurídica está alcanzando y hacia la cual se proyecta, invita a un cambio, manifiesto en la ciencia jurídica y sobre todo en el campo del constitucionalismo.

Aceptando que la modernidad jurídica exige una transformación del papel del Derecho, el cual deberá estar orientado, ahora, hacia una tutela cada vez más efectiva

y expedita de los derechos fundamentales, la construcción de este “nuevo Derecho” deberá resultar, como lo expresa Ferrajoli, en un “*sistema artificial de garantías constitucionalmente pre ordenado a la tutela de los derechos fundamentales*” (FERRAJOLI, Derechos y Garantías, La Ley del más Débil 19). Este cambio será posible dentro de los ordenamientos jurídicos que cuenten con una Constitución rígida, producto de lo que se denomina una “doble artificialidad”, manifiesta tanto en el carácter positivo de las normas jurídicas, cuanto en la sujeción de las mismas al Derecho.

Explicuemos lo anterior: no es una novedad que el positivismo jurídico haya llevado a introducir dentro de la norma constitucional las reglas formales, a las cuales debe sujetarse la creación de las normas jurídicas, y cuya observancia es la única que permite “crear el Derecho”. Si lo es, por otra parte, la necesidad de que aquel Derecho deba, además de respetar las normas formales para su creación, sujetarse a normas “sustantivas”, también de Derecho positivo. Aunque parezca un poco enredada esta elaboración, tiene total sentido, pues permite brindar al Derecho el papel “garantista” que exige la realidad y sociedad actuales.

Dentro del contexto que hemos esbozado, las normas formales se traducen en el *ser* del Derecho, lo cual le confiere “existencia”; en tanto que las normas sustantivas, de las cuales nos ocuparemos en su debido momento, constituyen su *deber ser*, condición de “validez” de las normas jurídicas. Este cambio, aunque pueda parecer estéril, entraña singular importancia, pues la constitucionalización de las normas sustantivas permite introducirnos en un verdadero “Estado Constitucional de Derecho”⁵ dentro de un paradigma garantista y no clásico legalista. De lo dicho, para Ferrajoli, mentor de gran parte de estos postulados, se extrae la importancia de la constitucionalización del *deber ser* de las normas, misma que radica en “*la regulación jurídica del derecho positivo mismo no sólo en cuanto a las formas de producción sino también por lo que se refiere a los contenidos producidos*” (FERRAJOLI, Derechos y Garantías, La Ley del más Débil 19).

⁵ La moderna doctrina constitucional utiliza el término “Estado Constitucional de Derecho” para hacer referencia al paradigma que favorece la tutela de la efectividad de los Derechos Fundamentales como mayor cometido del Estado; en este sentido, se ha elaborado todo un complejo teórico que sustenta el cambio de un derecho gobernado por reglas a un derecho construido a partir de principios o normas téticas. Por lo dicho, no debemos caer en la confusión de identificar a este modelo con aquel del Estado de Derecho influido por la corriente del Constitucionalismo clásico.

En síntesis, la transformación producida con la inmersión en el neo constitucionalismo permite que el Estado, a través de sus normas constitucionales, programe no solo la forma en que han de ser producidas sus normas jurídicas, sino también los contenidos que han de ser introducidos en las mismas, los cuales se verán limitados, jurídicamente, por ciertos valores o criterios básicos con los cuales deberán guardar conformidad para adquirir validez. Estos valores o normas sustantivas de las que venimos hablando no son otros que los “derechos fundamentales”.

Inmersos como nos hallamos en desentrañar esta novedosa elaboración del Derecho, cabe también referir algunas de las dimensiones en las que la misma, según expresan sus mentores, influye dentro del modelo clásico del Estado de Derecho:

- **Racionalidad formal y sustancial:** Nos referimos con anterioridad a este tópico, al iniciar el presente apartado. Como quedó sentado, la introducción del neo constitucionalismo dentro de la teoría y práctica jurídica de un Estado, conlleva una primera y esencial alteración.

Si bien dentro del Estado de Derecho, en cualquiera de sus variantes, la ley constituyó el paradigma más importante y el punto de referencia para determinar la construcción del Derecho, tal aserto, dentro de este revolucionario modelo del Estado garantista, como lo llama Ferrajoli, pierde cierta consistencia. El brillante planteamiento Kelseniano positivista nos inducía a conceder existencia, y aún validez jurídica, a toda norma que hubiere sido creada mediante el procedimiento establecido en la propia ley o en la Constitución y a través del órgano competente, lo cual nos permitía, hasta cierto punto, prescindir de la valoración del contenido mismo de la norma. Sin embargo, no podemos desconocer que muchos ordenamientos jurídicos que priorizaron la supremacía de la carta constitucional, limitaron el contenido de las normas, reduciendo su espectro de validez, simplemente, a aquellas que no resulten contrarias a disposiciones superiores, como las constitucionales. No obstante este hecho que reviste gran importancia y un considerable avance dentro del constitucionalismo, juristas como el propio

Kelsen llegaron a sostener tesis incoherentes, como por ejemplo que las normas formalmente válidas, pero sustancialmente inhabilitadas, permanecían vigentes hasta el momento en que fueran derogadas a través del procedimiento establecido por la norma competente. Otros, como Herbert Hart, llegaron al punto de negar la vigencia de las normas que incurrieren en el caso antes referido, pero cuya aplicación debía continuar hasta que se produjera su anulación. Estos postulados, racionalmente inviables, merecen justificación dentro del modelo al que la moderna doctrina llama “paleo positivismo”, identificado con el constitucionalismo clásico; corriente ésta que careció de una noción clara de la necesidad de sujetar la creación del derecho tanto a las normas formales como a las sustanciales.

Es justamente en este punto en el que cobra vida el neo constitucionalismo, dentro del modelo del Estado garantista, obligando a buscar no solo la conformidad formal, es decir, aquello que concede a las normas existencia, sino también una congruencia con las normas sustantivas que normalmente se unen a las formales dentro del texto constitucional, concordia que permitirá dotar a las normas así creadas de vigencia. Se trata, en suma, de buscar aquello que Ferrajoli denomina “*la doble sujeción del derecho al derecho*”, concibiendo así una norma válida en sus dos dimensiones, la forma y la sustancia, o si se quiere, la racionalidad formal y la racionalidad material.

No obstante, no debemos olvidar que las normas sustanciales a las cuales hemos venido aludiendo son, en suma, aquellos fines hacia los cuales tiende la actividad del Estado Constitucional de Derecho, o Estado Garantista.

- **Democracia Formal y Democracia Sustancial:** Consecuencia de lo anterior, resulta también una transformación en el plano de la democracia. Se ha dicho que, por su papel estelar, los derechos fundamentales constituyen la base de la moderna igualdad, afirmación que podría parecer incomprensible a primera vista, pero que por el contrario dota de un nuevo sentido más próximo a la realidad. En efecto, la moderna igualdad se fundamenta en una paridad en derechos.

Vuelven a entrar en juego las dos dimensiones de las normas a las que antes nos referimos; por un lado la verificación formal, que proyectada en el plano de la democracia permite distinguir el “quién” y el “cómo” deben tomarse las decisiones; en tanto que la consistencia sustancial de las normas conduce a descubrir el “qué debe” y el “qué no debe” ser decidido. Este planteamiento, en la práctica, conduce a un filtro de validez de las decisiones tomadas por cualquier mayoría, las cuales alcanzarán una aquiescencia democrática en tanto respeten los derechos fundamentales. Nuevamente en este punto aparecen los derechos fundamentales como límites que funcionan, según el respetadísimo criterio de Luigi Ferrajoli, como vínculos sustanciales normativamente impuestos, tanto a las decisiones de la mayoría como del mercado. Por su puesto, las decisiones mayoritarias deberán también buscar conformidad con los demás planteamientos ideológicos que guían el hacer estatal.

Bajo unas circunstancias tales, surge aquello que la moderna doctrina llama la “democracia sustancial”, cuya mayor proyección alcanza a evitar que las decisiones tomadas por cualquier mayoría, sin importar su magnitud, puedan violentar los derechos fundamentales que se encuentran en la base de la norma constitucional (y por supuesto de todo el ordenamiento jurídico). Sin embargo, esta tamiz (si así se lo puede llamar) de las decisiones políticas democráticas, es a su vez una fecunda fuente de incoherencias y contradicciones, pues si se busca una democracia garante de los derechos de las personas y no de las decisiones de las sumas mayorías, es totalmente previsible que no toda decisión podrá encontrar una absoluta conformidad con las prescripciones sustanciales, generándose con frecuencia aquello que Ferrajoli identifica como “lagunas” en el Derecho, así como gran cantidad de normas y decisiones inválidas. Es justamente en este punto en el que cobran invaluable importancia las denominadas “garantías constitucionales”, mismas que actúan a manera de puentes que permiten sortear la distancia que se genera entre la existencia de la norma y su efectividad. Respecto al tema de las garantías no conviene ahondar en su análisis en este punto de nuestro estudio; a ellas dedicaremos un apartado más adelante.

- **El papel de los jueces:** La democracia sustancial extiende su brazo también al papel que deban desempeñar los jueces dentro del modelo del Estado garantista. Atrás queda aquel modelo del juez guardián de la ley, cuya labor más fiel consistía en vigilar la aplicación y respeto de la norma legal, cuya validez surgió de un proceso conforme a normas formales, aún de grado constitucional.

Por el contrario, el rol del juez, único que le permitirá alcanzar una legitimación democrática en su función, será el de garante de la vigencia y eficacia de los derechos fundamentales, que aparecen nuevamente en su papel de vínculos de obligatoria observancia para toda la sociedad política y civil. Este postulado se traduce real, a través del control de constitucionalidad que deba realizar el juez respecto de toda norma, en donde toma enorme trascendencia su labor interpretativa, que habrá de verse avocada a encontrar el sentido “más constitucional” posible de la norma en cuestión, entendido por éste aquel que logre el mayor grado de coherencia con las normas constitucionales sustantivas.

Complemento de esta nueva función del juez, resulta la revalorización de la importancia que reviste la necesidad de contar con una función judicial independiente, sustraída de todo vínculo o influencia que pueda provenir de los círculos de poder. Como bien lo expresa Ferrajoli, “*ninguna mayoría puede hacer verdadero lo que es falso*” (FERRAJOLI, Derechos y Garantías, La Ley del más Débil 27), con lo cual se evidencia la irrenunciable necesidad de contar con jueces críticos, responsables e imparciales.

Son estos, entre otros, los aspectos más importantes que han sufrido variaciones y transformaciones dentro del modelo neo constitucional. Por otra parte, no podemos descuidar el importante cambio que se genera también en la ciencia jurídica, la cual deberá orientar sus fines a un objeto distinto de aquel que sirvió de horizonte al paleo positivismo, es decir, la creación dogmática y formalista, contrastada totalmente con la nueva proyección crítica del garantismo. En efecto, si hemos dicho que la mayor justificación de los detractores del nuevo modelo estatal consiste en la inconsistencia e incoherencia, del sistema que así se genera, será labor de la ciencia jurídica el

análisis de las anomalías y antinomias existentes, con el fin de buscar, a través del sistema de garantías, la manera de mejorar este sistema de autodepuración que contiene el nuevo derecho.

Sin duda alguna, la visión esquemática que hemos planteado acerca del neo constitucionalismo, nos permite vislumbrar el importante revulsivo dogmático que éste representa en el modelo del Estado de Derecho dentro de cualquiera de sus variantes. Corresponde ahora, por lo tanto, introducirnos específicamente dentro del modelo ecuatoriano, inmerso en la tarea de implantar un nuevo paradigma estatal y por tanto jurídico, a través de la norma Constitucional de 2008.

4.3. La Constitución Ecuatoriana de 2008: El modelo de un Estado Constitucional de Derechos y Justicia

“Art. 1.-El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia...”⁶

Son varias las apreciaciones que surgen tras la lectura del primer artículo de la norma constitucional ecuatoriana de 2008. Llama la atención a quienes revisan con ojo crítico su redacción un importante cambio, producto de un error ortográfico, para algunos, o de una “afortunada coincidencia”, para otros. En fin, es incuestionable que el solo juego de vocablos utilizado en aquella norma, resulta en la génesis de una construcción dogmático-jurídica distinta a cualquier otra antes vivida, y me atrevería a decir, conocida.

Notemos en una primera aproximación, la novedosa composición del texto antes reproducido, cuando se refiere al Ecuador como “*un Estado constitucional de derechos y justicia*” (*el subrayado es nuestro*), combinación nada simple, que lleva insito un giro total respecto al punto de partida y al objeto mismo del Estado.

No es tarea sencilla comprender este nuevo paradigma estatal, sin embargo de lo cual, en el desarrollo del presente apartado, procuraré exponer de la forma más clara el criterio ilustrado de autorizados pensadores que han tratado de explicarlo. De esta

⁶ Constitución de la República del Ecuador de 2008, Art. 1.

manera, para el fin que nos interesa, buscaremos describir primeramente al objeto en cada una de sus partes, para, al fin, intentar una explicación del todo.

- a) **Estado Constitucional:** Al referirnos a esta importante construcción jurídica, debemos precisar de inicio que, habiendo estudiado ya lo referente al fenómeno constitucional en sus distintas etapas históricas, esto es, “constitucionalismo democrático” y “constitucionalismo social”, con sus implicaciones, además de haber brindado ya una primera aproximación general al modelo del “neo-constitucionalismo”, centraremos ahora nuestra atención en una importante variante de este nuevo paradigma, al que muchos han querido denominar “constitucionalismo latinoamericano”, motivados por la enorme influencia que han ejercido teorías de esta parte del globo en una construcción jurídica de origen esencialmente europeo.

El Estado Constitucional ha sido frecuentemente contrapuesto al Estado de Derecho, lo cual en realidad resulta un contrasentido. Habremos de partir de la afirmación de que todo Estado entraña Derecho, y que a su vez el Derecho solo existe en el Estado. Así lo afirma el respetadísimo criterio de Luigi Ferrajoli, para quien “...*Estado de derecho designa cualquier ordenamiento en el que los poderes públicos son conferidos por la ley y ejercitados en la forma y con los procedimientos legalmente establecidos...*” (FERRAJOLI, Pasado y Futuro del Estado de Derecho 13). En tal sentido, quedarían incluidos dentro de este término la casi totalidad de ordenamientos jurídicos de estructura moderna. Sin embargo, en adelante nos serviremos de la noción del “Estado de Derecho”, para hacer relación al modelo cuya base fundamental se encuentra en el positivismo jurídico, es decir, sustentado en el principio de legalidad. Aclarado este particular, podemos contraernos a la labor de describir, a través de sus caracteres generales, al Estado Constitucional.

El Estado de Derecho estuvo caracterizado por la afirmación del principio de legalidad, es decir, por el axioma según el cual “*una norma jurídica es válida no por ser justa, sino exclusivamente por haber sido puesta por una autoridad dotada de competencia normativa*” (FERRAJOLI, Pasado y Futuro

del Estado de Derecho 16), lo cual implicaría un monopolio estatal en la producción del derecho, representado por el popular principio Hobbesiano “*Auctoritas, non veritas facit legem*”⁷; una labor descriptiva de la ciencia jurídica, orientada simplemente a una tarea explicativa de las normas positivas y, por último, una función judicial, concebida como “boca de la ley”, encargada de aplicar las normas legalmente válidas. Estos aspectos fundamentales dentro del modelo del Estado Constitucional presentan sendos cambios, mismos que analizaremos a continuación.

En primer lugar, como quedó de manifiesto al realizar la aproximación al neo constitucionalismo, se muestra una transformación dentro del criterio que permite conceder validez a las normas jurídicas. Si en el modelo legalista las normas alcanzaron vigencia, y aún validez, únicamente al ser expedidas por la autoridad competente, a través de los ritualismos formales a que debe estar sujeta su creación, en el Estado constitucional cambian aquellas condiciones de validez, volviendo necesaria la observancia, no solamente de normas formales, sino también de normas sustanciales, presentes ambas en calidad de normas positivas, recogidas comúnmente a nivel constitucional. Esta doble verificación, a la que antes nos referimos se conoce, dentro de la teoría garantista de Ferrajoli como la “*doble artificialidad*”.

En segundo lugar, la labor de la ciencia jurídica, antes netamente descriptiva, transforma al Derecho, hasta entonces únicamente objeto de explicación, en materia de una novedosa labor crítica frente a la posibilidad de antinomias y lagunas, generadas por un desfase entre validez formal y sustancial.

Finalmente, este mismo aspecto permite que la labor del juez, dentro del modelo constitucionalista evolucione en una tarea de interpretación y juzgamiento de la constitucionalidad de las normas jurídicas, mismas que solamente podrán ser aplicadas cuando aprueben el examen judicial de conformidad con las normas de la carta fundamental. Sin embargo, el papel al que nos referimos no se agota en la simple censura por inconstitucionalidad,

⁷ “La autoridad y no la verdad hacen la ley”, axioma más representativo del positivismo jurídico.

sino que se extiende a la obligación de emprender en una labor de mejoramiento, de los mecanismos de autodepuración de este nuevo modelo estatal: las garantías.

En este contexto, la Constitución, según Ramiro Ávila, se convierte en: material, porque cuenta con un catálogo de derechos fundamentales a ser protegidos; orgánica, porque determina los órganos estatales que serán los llamados a ajustar sus actuaciones a un fin supremo: el respeto y vigencia de los derechos; y, finalmente, es procedimental, porque prevé las fórmulas prácticas para conseguir la implantación de la democracia sustancial y además para la elaboración de las normas jurídicas. En suma, a través del Estado constitucional se consigue, según el mismo autor, *“conjugar al estado como estructura, los derechos como fin y la democracia como medio”* (ÁVILA SANTAMARÍA, Ecuador Estado Constitucional de derechos y justicia 22). La constitución pasaría así, de ser una simple norma de referencia a ser una norma de directa e inmediata aplicación, característica que fundamenta la necesidad de contar con jueces especializados en el área constitucional, que sean capaces de controlar el respeto a sus disposiciones.

Si observamos con atención, cada uno de estos aspectos que hemos mencionado como partes integrantes de un moderno “Estado Constitucional” (en sentido propio), se encuentran materializados dentro del nuevo paradigma estatal adoptado por el Ecuador, a partir de la vigencia de la Constitución de 2008. Existe, primeramente, una norma superior y suprema, cual es la Constitución, emanada de una Asamblea Constituyente, en la cual se integran, además de las normas formales para la creación de las leyes, principios esenciales que determinan el contenido de las mismas. Concomitantemente, los derechos adquieren una nueva dimensión, con lo cual pasan a ser vínculos sustanciales y límites de la autoridad estatal, aspecto que se evidencia a través del conjunto de principios establecidos en su parte dogmática (Art. 11 de la Constitución ecuatoriana de 2008), que imponen restricciones a la discrecionalidad y que evidencian un cambio en el centro de la actividad estatal, que pasa a ser la persona humana. Este progreso se encuentra complementado con un pliego de garantías que permiten materializar los

derechos y que se constituyen en frenos a la arbitrariedad. Finalmente, todos estos aspectos, junto con la creación de una “Corte Constitucional” como máximo organismo de control constitucional, permiten afirmar que el Estado ecuatoriano es un “Estado Constitucional”.

- b) Estado de Derechos:** Hablar de un Estado de Derecho(s) puede desembocar en una confusión original. Sin embargo, debemos partir de que esta expresión (Estado de Derechos) no se debe a una simple coincidencia o casualidad, mucho menos a un error ortográfico de parte de los Constituyentes. No en vano hemos dicho antes que el uso y combinación de vocablos semejantes (Estado y Derechos) responde a la intención de emprender en un modelo de organización social totalmente distinto a cualquier otro que se haya conocido.

El profesor Ramiro Ávila, al hablar acerca del Estado de Derechos, parte de una comparación entre tres paradigmas de Estado: a) El Estado sobre el Derecho (llamado también Estado absoluto); b) El Estado de Derecho; y, c) El Estado de Derechos. Siguiendo este planteamiento, podemos explicar, en torno al poder y su ejercicio, las diferencias que se presentan entre ellos.

Así, en el Estado absoluto, el poder es el que controla el Derecho; dentro del Estado de Derecho, a su vez es posible distinguir dos variantes: 1) El Estado legalista, en el cual el poder está sometido a la ley, y 2) El Estado Constitucional, en el cual el poder al igual que quienes lo detentan, se encuentran subordinados a las normas constitucionales; por último, en el Estado de Derechos el poder dentro de las esferas pública y privada se hallan sometidos a los derechos fundamentales, obligados por ellos a la búsqueda de mecanismos que permitan su efectiva vigencia. Concordantemente con estos planteamientos, a partir del paradigma del Estado de Derecho, varía también aquel que ha de ser considerado detentador del poder, siendo el legislador en el primer caso (Estado de Derecho); el constituyente en el segundo (Estado Constitucional); y en el tercer caso son los propios derechos los que actúan en calidad de vínculos y límites a las actuaciones al poder y su ejercicio, comenzando por el poder constituyente, dada su importancia dentro del Estado de Derechos.

Siguiendo con el planteamiento del Profesor Ávila, entrar en la órbita de un Estado de Derechos nos conduce a la necesidad de identificar dos cuestiones de gran importancia que podrían esbozarse a manera de explicación del uso del calificativo “*de derechos*” en la definición que analizamos: La pluralidad jurídica, por una parte, y la centralidad de los derechos en la labor del Estado, por otra. Al análisis de éstas dos cuestiones dedicaremos las siguientes líneas.

Pluralidad Jurídica

Este aspecto hace referencia sobre todo al tema de las fuentes del derecho dentro del paradigma estatal. Si hablamos acerca del sistema imperante dentro del Estado de Derecho o Estado legalista, el Derecho vigente es el Derecho formalmente válido, lo cual conduce a la afirmación de que la mayor fuente del Derecho, y, prácticamente la única, es la ley⁸.

No obstante, dentro del Estado de Derechos, este aserto deja de tener plena validez debido a una multiplicación de las fuentes de surgimiento del Derecho válido. En este sentido, se habla de una pluralidad jurídica, ya que el derecho aplicable no será únicamente aquel que emane de la ley, sino que junto a ella se encuentran otras fuentes, entre las que el profesor Ávila incluye las siguientes:

- 1) **Normas Emanadas de la autoridad con competencia constitucional**, es decir, aquellas “reglas” creadas por el juez constitucional a partir de los principios constitucionales. Cabe recordar que dentro de la terminología que venimos utilizando, regla es el término que se emplea para referirse a la expresión lingüística de la norma, es decir, la norma formalmente válida. Es únicamente este plano de la norma el que tuvo valor dentro de la teoría clásica del derecho. Luigi Ferrajoli denomina a estas reglas “*normas hipotéticas*”, pues en su composición se encuentra una hipótesis o supuesto de hecho y ligada a ella una obligación que se impone.

⁸ Luigi Ferrajoli, dentro de su teoría del garantismo, considera que dentro de la comprensión formal de la ley puede incluirse a la Constitución, dado que esta engloba a todo el sistema jurídico imperante.

Sin embargo, como ha sido explicado con anterioridad, esta clase de normas “hipotéticas”, dentro del paradigma neo constitucional, disminuyen en jerarquía, pues se considera que resultan insuficientes para poder abarcar todas las posibles circunstancias que se presenten en la realidad. Apoyados en esta particularidad, se ha ideado lo que se denomina el “*derecho por principios*”, contrapuesto al clásico “*derecho por reglas*”. De tal suerte que, lo que existe ahora son principios constitucionales, denominados “*normas téticas*”, a partir de las cuales el juez constitucional, tras el análisis del caso concreto, deberá crear normas hipotéticas (reglas) mediante un proceso de argumentación jurídica, que en adelante se constituirán en precedente de obligatoria observancia para los demás jueces que deban conocer casos “subsumibles” en la regla creada.

- 2) **Sentencias de organismos internacionales de derechos humanos;** en virtud de los distintos convenios internacionales firmados en materia de Derechos humanos, tales como la Convención Interamericana de Derechos Humanos, el Ecuador se encuentra obligado no solamente a vigilar el respeto de los derechos contenidos en estos instrumentos, sino también a observar las sentencias dictadas por las Cortes Internacionales en materia de Derechos humanos, y a incorporarlas como parte de sus ordenamientos jurídicos. En este sentido, tales resoluciones vienen a ser fuente del derecho dentro del Estado de Derechos.
- 3) **Emisión de políticas públicas por parte del ejecutivo,** entendidas como aquellas decisiones o actos administrativos de la función ejecutiva, mediante las cuales se establecen planes, formas de ejecución de los mismos, medios y responsables; sin embargo, estas políticas carecen de los límites que se establecían para la actuación de los funcionarios públicos dentro del clásico modelo del Estado de Derecho, fuera de los cuales estaba vedada su intervención; en su lugar tales políticas se encuentran sujetas a un marco normativo constitucional que impone únicamente márgenes dentro de los cuales la administración pública debe

ajustar su actuación. De acuerdo a Ramiro Ávila, estas políticas tienen fuerza obligatoria y general, lo cual les convierte en fuentes de Derecho.

4) Normas y procedimientos de las comunidades indígenas, sin duda alguna, parte de aquello que nos hace distintos y especiales es la diversidad étnica y cultural que nos enriquece. Los pueblos y comunidades indígenas forman parte importante de nuestra realidad social; con su idiosincrasia propia y muy particular, han desarrollado sus propias normas, procedimientos y autoridades, etc., que en conjunto conforman un Derecho específico, que no puede ser desconocido por el ordenamiento jurídico predominante del Estado al cual se pertenecen. Por ello, dentro de la visión del constitucionalismo latinoamericano, y particularmente dentro de la Constitución ecuatoriana de 2008, existe diversidad de normas que consagran el respeto a las reglas y procedimientos del Derecho indígena, garantizando su observancia por parte de las autoridades públicas. Ejemplos de lo dicho se encuentran en los Arts. 1, 57 # 9, 171 de la norma constitucional vigente. De igual manera, todas las decisiones adoptadas dentro de este marco normativo constituyen una nueva fuente del Derecho.

5) Papel de la moral dentro de la interpretación de los textos jurídicos, el neo constitucionalismo ha mostrado distanciarse de las proposiciones del positivismo clásico de Kelsen. No obstante la vigencia y aún necesidad de contar con normas formalmente válidas, para mantener así cierto grado de seguridad jurídica, siempre necesario en un Estado Constitucional, retoma un papel protagónico la antigua discusión que separaba al derecho y a la moral. En la clásica teoría del derecho, se aceptó siempre que ambas, las normas jurídicas y las morales, constituían en sí mandatos, pero con connotaciones distintas y con una efectividad marcadamente mayor en las normas jurídicas debido a la obligatoriedad de su observancia. Sin embargo, el nuevo enfoque que se plantea, propone una revisión a esta separación tajante, impulsando, por el contrario, una interrelación necesaria y hasta deseable entre ambos grupos de normas, al punto de sostener la afirmación, según el Dr. Ramiro Ávila

de que *“El derecho sin moral se consideraría restrictivo y la moral sin derecho inaplicable”* (ÁVILA SANTAMARÍA, Ecuador Estado Constitucional de derechos y justicia 35). Aclarado este punto de vista podemos remitirnos a lo dicho acerca del Derecho por principios en el desarrollo de este trabajo, mismo que, como se dijo, se encuentra basado en *“normas técnicas”*, que requieren para hacerse efectivas de un proceso de argumentación jurídica, dentro del cual necesariamente debe intervenir un juicio moral por parte del juzgador. Aún más, frente a la colisión de derechos (por ser de igual jerarquía) se vuelve imprescindible recurrir a la técnica de la ponderación, y que sin duda echa mano de la valoración moral para poder resolver siempre en justicia. Por este motivo se ha dicho que *“la moral se explicita en la argumentación jurídica y se pone en juego en la ponderación del derecho”* (ÁVILA SANTAMARÍA, Ecuador Estado Constitucional de derechos y justicia 35). Sin embargo, no cabe descuidar el papel que desempeña el legado del positivismo jurídico, pues la valoración debe realizarse siempre sobre la base de principios que deben estar previamente establecidos en la norma constitucional.

Dada la coexistencia de todas estas fuentes y sistemas jurídicos que tienen igual valor y vigencia dentro del Estado Constitucional, se concluye que el Estado ecuatoriano es, en sí, un Estado de Derechos.

La centralidad de los derechos en la labor del Estado

Otra de las justificaciones a la utilización del apelativo de “Estado de Derechos”, se elabora desde la definición de una nueva centralidad en el hacer estatal. Si antes la relación se planteó desde el punto de vista de la voluntad de los funcionarios del poder público y del Estado como fundamento de todo acto, hoy la cuestión se sitúa en el polo opuesto. Una nueva visión coloca al humanismo, es decir, a la persona y sus derechos en el plano central. Por ello se habla de una nueva centralidad, explícita en el papel que viene a desempeñar la persona, cuyos derechos se vuelven ahora el eje y directriz de la política del Estado y de las actuaciones de sus funcionarios.

En este contexto se dice que el Estado es “de derechos”, debido al papel preponderante que estos juegan. No en vano, la Constitución ecuatoriana de 2008 establece un conjunto de garantías, comenzando por las de “políticas públicas”, “garantías normativas”, etc., tendientes siempre a conseguir la mayor efectividad y vigencia de los derechos fundamentales.

No obstante lo dicho, no podemos desconocer el plausible avance de la norma constitucional ecuatoriana de 2008, la cual se constituye en la primera Constitución latinoamericana en consagrar un conjunto de derechos dedicados al medio ambiente, colocando así a la naturaleza como sujeto de derechos⁹. En este aspecto se evidencia el alcance de la inclusión de un principio indígena andino como lo es el Sumak Kawsay en la base del ordenamiento jurídico ecuatoriano; respecto a este importante tópico desarrollaremos algunas ideas más adelante en este trabajo investigativo.

- c) **Estado de Justicia:** Una palabra con tan amplia y variada significación resalta al ser incorporada dentro de un texto constitucional, más aún si tal incorporación se la hace a manera de calificativo del modelo de estado que se adopta.

Una vez clara la idea del porqué el Ecuador se proclama como un Estado Constitucional y a la vez de Derechos, queda latente la duda acerca del alcance del término justicia dentro de la definición de la que partimos líneas atrás (Art. 1 Constitución de 2008).

De la justicia se ha dicho que es un término en extremo subjetivo, ya que puede predicarse de muchas cosas, pero tal vez no del Estado y de los Derechos. Como lo analiza el Dr. Ramiro Ávila, este criterio llevaría a pensar que atribuir una calidad tal al Estado no tiene justificación lógica alguna; por el contrario, la labor de valoración de justicia es extraña al Derecho, el cual, según la teoría clásica, se ocupa de una simple tarea de explicación y aplicación de las normas jurídicas.

⁹ Ejemplos de esta afirmación se encuentran en diversos artículos de la Constitución de 2008, especialmente en el Título II, Capítulo VII, dedicado a los “Derechos de la Naturaleza” (Arts. 71-74).

No obstante, este criterio no es compartido por la generalidad de la doctrina; existe, como lo señala el maestro argentino Santiago Nino, otro enfoque según el cual las normas jurídicas deben ser analizadas desde una triple composición: a) el principio; b) la expresión lingüística; y, c) la valoración de justicia. El punto de vista que se plantea puede ser concatenado con las proposiciones del Constitucionalismo moderno de la siguiente manera:

- **El principio:** Hablamos antes de la doble artificialidad del derecho en Ferrajoli, para quien la validez de una norma jurídica viene determinada por la conformidad con las normas que prescriben la forma, pero también aquellas que condicionan su contenido, es decir, con las normas sustanciales. Dentro de la teoría neo constitucional, explicada por Ramiro Ávila, estas normas sustanciales se conocen como “normas téticas”, ya que imponen una finalidad a cuya materialización deben tender todos los actos que se desprendan de la aplicación del principio; y que además establecen mandatos de maximización, *“porque tiene pretensión universal, en cantidad y en calidad debe ser adecuada a su contexto social y cultural y digna para desarrollar otros derechos”* (ÁVILA SANTAMARÍA, Ecuador Estado Constitucional de derechos y justicia 25)
- **La expresión lingüística:** Esta parte de la norma jurídica se la conoce, dentro de este contexto, como regla. Corresponde a ella, por tanto, la descripción de una hipótesis o supuesto fáctico, y la correspondiente obligación que de ella se deriva. Sin embargo, la teoría neo constitucionalista obliga a que esta expresión normativa trascienda de la simple sumisión a las normas formales, obligándola a mantener conformidad con los principios constitucionales antes explicados.
- **La valoración de justicia:** Esta parte de la norma constituye sin duda alguna uno de los aportes más importantes de la teoría del garantismo y del neo constitucionalismo a la ciencia jurídica. Sin duda, su incorporación tiene notable influencia sobre la función y finalidad misma

del Estado, pues es justamente este componente de la norma el que da sentido y fundamento a la expresión de la que nos ocupamos en este apartado; aquella que califica al Ecuador como un Estado Constitucional de Derechos y Justicia.

En términos generales, podemos decir que en razón de este aserto, la nueva tarea pasa a ser, primordialmente, la realización de la justicia a través de la aplicación del derecho. Este planteamiento deja abierto un “*abanico de posibilidades*” frente a la mayor o menor justicia en el resultado de la aplicación de una norma. De esta manera, si por ejemplo la norma, sustancialmente válida¹⁰, lleva a la consecución de un resultado injusto, será tarea del juez que realice la valoración buscar una nueva regla y un nuevo principio que conduzcan a un resultado justo; si en cambio la regla no es coherente con los principios constitucionales, se deberá buscar una norma distinta a aquella y, en caso de no existir tal norma dentro del ordenamiento jurídico, la labor judicial va más allá, imponiéndole la obligación de crear una regla que cumpla con el principio de justicia.

Todo lo dicho hasta aquí nos conduce a reformular el juicio de la “doble artificialidad” de Ferrajoli, pues en este nuevo paradigma entra en juego un nuevo criterio para juzgar la validez normativa: la justicia. No obstante, cabe tomar en cuenta la advertencia que hace Ramiro Ávila, cuando invita a evitar los reduccionismos, mostrándonos la conveniencia y, aún, necesidad de adoptar este triple plano de valoración del contenido de las normas que integran el ordenamiento jurídico. De esta conclusión resalta la importancia que reviste olvidar la vieja separación entre derecho y filosofía, pues dentro del tratamiento que se propone se funden tres clases de análisis: a) Legal (elemento lingüístico o regla); b) Constitucional (principios constitucionales); y, c) Filosófico-moral (valoración de justicia). Solamente el análisis en conjunto de estos tres planos permitirá predicar la justicia del modelo estatal,

¹⁰ Cabe recordar que la validez sustancial de la norma, dentro del modelo garantista esbozado por Luigi Ferrajoli, implica la conformidad con los principios fundamentales que se encuentran en la base del ordenamiento jurídico.

condicionándolo a la conformación de una organización política justa basada en el respeto a los derechos.

4.3.1 El Sumak Kawsay o Buen Vivir, puntal de la transición Estatal

La Constitución de 2008, dado su alto contenido filosófico moral, trasciende del simple modelo normativo positivista al que habíamos estado habituados hasta ahora. La entrada en vigencia de esta nueva norma suprema, implica la introducción de un complejo conceptual bastante elaborado, que sin embargo, resulta joven en su divulgación, más no nuevo en existencia.

Tras el análisis del preámbulo de la Constitución de 2008, salta a la vista el importante papel que desempeña este modelo del Neo Constitucionalismo Andino del que hemos venido hablando. La incorporación de algunos principios de la especial cosmovisión indígena andina a nivel constitucional, modifica completamente la ideología y estructura estatal, hallando en ellos los ejes fundamentales que guían todo un proceso de construcción de una nueva sociedad.

Ahora nos corresponde tratar en un plano un poco más profundo estos principios fundamentales, sintetizados en la fórmula del Sumak Kawsay

4.3.1.1 El Sumak Kawsay

Nos situamos frente a un término cuyo significado denota un amplio contingente de la ideología de los pueblos indígenas de la región andina. Los autores que hablan de su reciente incorporación a los ordenamientos jurídicos latinoamericanos resaltan sobre todo la experiencia boliviana y ecuatoriana como ilustres muestras de la inclusión de estos principios a manera de hilos rectores de la filosofía del Estado. Por estos motivos, dada la enorme trascendencia que reviste su presencia en el articulado de la Constitución ecuatoriana de 2008, debemos desentrañar al menos brevemente su origen y alcance, de manera que podamos comprender luego la manera en que su presencia responde a una idea coherente con un sistema constitucional de derechos.

4.3.1.1.1 Significado y Origen

Remitiéndonos a su traducción al castellano, las palabras de origen Kichwa, “*Sumak*”, entendido como “hermosa o bella”, y “*Kawsay*”, interpretado como “vida o existencia”, denotan un modelo de vida al que podríamos llamar “*Hermosa vida*” o “*Bella existencia*”. Este patrón de vida al que hemos identificado como “sumak kawsay” pertenece a una especial cosmovisión de los pueblos indígenas, es decir, a la manera en que estos ven, sienten y viven el mundo y el universo; en fin, todo lo que existe.

Carolina Silva Portero, en su ensayo “*El sumak kawsay en la cosmovisión indígena andina*”, explica el alcance de este importante término ancestral. Partiendo de la idea de que en sentido propio, el sumak kawsay implica una suerte de equilibrio entre distintos aspectos de una misma realidad (también llamada “*pacha*”), la ideología indígena permite distinguir aquellos sustratos o planos, y los divide en tres: *a) Hanaq Pacha*; *b) Uray Pacha*; y, *c) Kay Pacha*. A su vez, a cada uno de estos planos corresponde un principio y una acción, mismas que son graficadas por la autora cuya explicación seguimos, dentro del siguiente cuadro:

Tabla 1: Sumak Kawsay, principios y planos de la realidad.				
Estrato de la Realidad	Principio	Principio	Correspondencia	Tiempo
Uray Pacha	Allin Munay	Sentir Bien	Sentimientos e Instintos	Futuro
Kay Pacha	Allin Ruay	Hacer Bien	Zona Intermedia	Aquí y Ahora
Hanaq Pacha	Allin Yachay	Pensar Bien	Pensamientos	Pasado

Fuente: Carolina Silva Portero. Constitución de 2008 en el Contexto Andino Pág. 118

De tal manera que la conjunción de estos tres elementos será la que permita que el sumak kawsay se configure, pues de la combinación de un pensar bien y un sentir

bien se desprenderá un actuar bien, consiguiéndose así el ideado equilibrio que permitirá el “vivir bien” de la ideología indígena.

Por otra parte, resulta interesante dejar expresada la diametral diferencia que algunos autores señalan como distingo entre la filosofía occidental y la cosmovisión indígena andina. Mientras la primera resalta el valor del individualismo, confiriendo gran importancia al desarrollo del individuo y concibiendo a la razón como atributo esencial del ser humano; la ideología indígena andina equipara en importancia a la razón, el sentimiento y el pensamiento, sostenidos todos ellos en el principio de lo que se denomina la “relacionalidad”, que plantea comprender al ser humano en función del medio que le rodea y del grupo que integra. En este sentido, la autora a la que venimos siguiendo ha dicho que “...para la cosmovisión andina, la persona define su ‘identidad’ a través de relaciones en las que ella se constituye como puente y nexo (...) una persona es ‘sí misma’ en la medida en que se relaciona con otra...” (SILVA PORTERO, ¿Qué es el Buen Vivir en la Constitución? 116). Es en razón de este principio, que a cada uno de los planos de la realidad corresponde las acciones y principios que quedaron expuestos antes.

Naturalmente, una noción como la que sucintamente hemos buscado explicar, ejerce enorme influencia dentro del proceso de transición estatal del clásico modelo del Estado de Derecho al flamante Estado Constitucional de Derechos. Según teorías del filósofo argentino Enrique Dussel, citado por Carolina Silva Portero; la modernidad, es decir, el estado actual de la evolución ideológica y cultural, resulta de su propia comparación con aquel “otro” que no es modernidad y del subsecuente proceso de incorporación de ese “otro” a la modernidad. Este planteamiento se traduce en la llamada “teoría de la alteridad”, es decir, la verificación de algo a través de la comparación con “el otro”, seguido por un proceso dialéctico del cual resulta una nueva tesis.

En este sentido, el papel que desempeña la filosofía indígena andina dentro de las construcciones jurídicas y políticas en la actualidad permite que, a través de la técnica de la alteridad, se esboce un paradigma nuevo y revolucionario, que integra aquella cultura e ideología de los nativos pueblos andinos, cuya creciente importancia se ha vuelto notoria a través de una mayor participación dentro de la vida política y social.

Previo a cerrar este apartado es conveniente aclarar que la visión que aquí se ha expuesto acerca de lo que constituye el “buen vivir” o “sumak kawsay”, corresponde exclusivamente a la ideología y cosmovisión indígena andina, la cual sin duda podrá presentarse distinta a la cosmovisión que se pueda hallar en pueblos indígenas de distintas latitudes del mundo.

4.3.1.1.2 Sumak Kawsay y Estado Constitucional de Derechos

Sentada la noción de lo que se concibe como Sumak Kawsay, corresponde comprender el papel que desempeña dentro del Estado Constitucional de Derechos en el Ecuador, lo cual podrá explicar con mayor claridad el porqué hemos afirmado que constituye uno de los puntales de esta transición estatal.

Empezaremos por destacar un dato de enorme importancia para explicar los cambios que se producen en la actualidad; Alberto Acosta, con gran énfasis expone una verdad innegable de nuestra realidad. Hemos llegado a un punto de la escala de la evolución, en el que se vuelve evidente que la concepción del desarrollo que hemos fijado se basa en una falsa idea de un mundo con recursos naturales inagotables, en el que se ha sobredimensionado el entendimiento de la libertad de competencia y el de las fuerzas reguladoras de un mercado voraz. Así como ciega ha sido nuestra existencia durante más de dos mil años, nublada se ha encontrado nuestra conciencia y razón respecto de un mundo y un medio ambiente que empieza a mostrar signos de un inminente colapso. En este contexto, surgen cuestionamientos al sistema mundial imperante y, a la luz de los hechos y circunstancias, solamente puede brotar una respuesta: el sistema mundial se encuentra “mal desarrollado”.

Frente a esta preocupante realidad, el pensamiento de connotados autores, defensores de una nueva visión que cada vez toma mayor fuerza y trascendencia, parecen traer luces de cambio. Entre ellos, Roberto Guimarães, citado por Alberto Acosta en varios pasajes, resalta el errado concepto de la humanidad que ve en la naturaleza un capital explotable que debe ser objeto de apropiación incondicionada, olvidando que ella podría “incluso existir sin seres humanos” (ACOSTA). Frente a ello propone un replanteamiento de la ética del desarrollo, que debe basarse en un desarrollo

sustentable armonizado con el respeto a la naturaleza y la preocupación por conseguir mejorar la calidad de vida de las personas. En la misma línea, el premio Nobel Amartya Sen, considera que la actividad de creación de riqueza debe entenderse en el sentido de ampliación de las capacidades de los seres humanos, sustentado en el desarrollo armonioso con los sistemas naturales. En otras palabras, se plantea la necesidad de abandonar una política del desarrollo materialista (cuanto tienes, tanto vales), y emprender en un plan de *“convivencia sin miseria, sin discriminación, con un mínimo de cosas necesarias y sin tener a éstas como meta final...”* (ACOSTA). Sin duda es este el único paradigma de desarrollo que se identifica con las propuestas de el “buen vivir” o “sumak kawsay”.

Si este ha de ser el ideal que guíe al Ecuador en su aventura como Estado Constitucional de Derechos, cabe ahora indagar la manera en que la inclusión de este principio puede influir en la configuración del nuevo modelo de organización social.

Una nueva institucionalidad

Se ha dicho que la institucionalidad es un concepto que se compone de tres elementos básicos: a) Una ideología; b) Una normativa; y, c) Una institucionalidad propiamente dicha. (Ávila Santamaría, Retos de una Nueva Institucionalidad Estatal para la protección de los Derechos Humanos, 16) La conjunción de estos tres elementos, en el orden que hemos expresado (ya que uno genera al siguiente), permitirá su instauración. Por lo tanto, corresponderá ahora el análisis de cada uno de ellos.

- a) **La ideología:** Todos los campos de interés para el conocimiento humano son posibles gracias a las relaciones de poder que se generan por efecto de lo que el Dr. Ramiro Ávila denomina “los saberes”. En esta línea, continúa el citado autor, todo saber genera un poder, a la vez que todo poder debe, necesariamente, estar sustentado en un saber. (ÁVILA SANTAMARÍA, Retos de una Nueva Institucionalidad Estatal para la protección de los Derechos Humanos 18). Es un hecho indiscutido que el conocimiento es y ha sido uno de los mayores instrumentos de control en la historia de la humanidad; basta observar aquella época en la que la iglesia ostentó un poder

equiparable al del gobierno del estado, etapa coincidente con la acumulación del conocimiento en los monasterios.

De cualquier manera, la genealogía de nuestra sociedad latinoamericana no permite ocultar la nula creación de saberes propios, apadrinada por un afán de limitarnos una tarea de adecuación de saberes y sistemas del continente europeo, cuna del conocimiento.

Estos hechos que hemos relatado sintéticamente, adquieren relevancia tras constatar la importancia del saber en el proceso de construcción de la sociedad, de la cual el derecho constituye un importante segmento.

- b) La Normativa:** Sentado que el saber da origen al Derecho como parte de la realidad, podemos aceptar que el conjunto de normas que buscan regular las conductas de la sociedad guardan estrecha e indisoluble relación con la cultura y moral vigentes. Se ha dicho que el saber, se organiza alrededor de la norma, establece aquello que es normal y qué no lo es. En este sentido, se considera al derecho como parte fundamental de la institucionalidad.
- c) La institucionalidad propiamente dicha:** El derecho por sí mismo no alcanza efectividad, requiere de un conjunto de órganos que garanticen su aplicación. De esta manera, se habla de institucionalidad en sentido propio para referirse al grupo de personas que ejercen funciones de poder, el cual como quedó dicho, debe siempre estar sustentado en un saber previo y un derecho, también anterior.

Como resulta patente de la breve descripción que hemos realizado, el proceso de institucionalización, en su conjunto sigue un ciclo o patrón que nace de un conocimiento de la realidad por parte de la sociedad, al cual sigue una etapa de generación de un nuevo saber basado en aquella realidad; un tercer paso lo conforma la manifestación de la inconformidad que genera el orden establecido en contraposición al saber creado, lo cual da lugar a un estado de crisis del modelo imperante; finalmente, frente a la crisis se presentan dos opciones, una reafirmar las ideas del orden establecido y, otra, instaurar una nueva institucionalidad partiendo de

la ideología que se considera ahora como adecuada a la realidad. De esta manera, el germen de un nuevo orden en el plano social, político y jurídico viene determinado por la ideología o saber que se imponga.

Sumak Kawsay, eje transversal de la transición estatal

El tratamiento de los puntos que hemos tocado dentro de este acápite, nos permite ahora conducirnos con mayor claridad en el tema que hemos propuesto inicialmente: desentrañar el sumak kawsay como puntal para la construcción del nuevo modelo de organización social iniciada en el Ecuador, a partir de la vigencia de la Constitución de 2008.

Partiendo de que el sumak kawsay entraña una filosofía de vida, fruto de la cosmovisión indígena andina, cuyo mayor postulado invita a encontrar un equilibrio entre los distintos planos de la realidad, de manera que se pueda llegar a la “hermosa existencia”, se sigue que, a partir de su incorporación dentro de la constitución ecuatoriana de 2008, se abrieron las puertas a un nuevo “saber”, generador de una normatividad e institucionalidad que difieren en mucho del modelo de organización social consagrado en la Constitución de 1998. Este hecho, obliga hoy a replantear la discusión acerca de los verdaderos fines del Estado ecuatoriano, así como a adoptar una nueva ética del desarrollo en armonía con la naturaleza y el perfeccionamiento de las capacidades humanas.

Conjuntamente con estos cambios, se operan otros de profunda trascendencia; es así que, por ejemplo el punto de referencia para la interpretación de las normas del ordenamiento jurídico, principalmente las constitucionales, es redefinido, tornando en objetivo prioritario la consecución de la efectividad de los derechos fundamentales. Por otra parte, merece relevancia el nuevo papel que se asigna a la democracia, apoyada en los postulados de la democracia sustancial de la que habla Ferrajoli, y que invita a reconocer y disminuir las profundas diferencias que existen entre quienes conforman el conglomerado social, tomando nuevamente como base a los derechos fundamentales. En este contexto, cobran sentido el reconocimiento de la plurinacionalidad e interculturalidad como puentes para entablar una relación, a todas luces necesaria, con los saberes de nuestros pueblos originarios.

La Constitución ecuatoriana de 2008 se encuentra atravesada por el principio del Sumak Kawsay; tras la lectura del texto de su preámbulo y de algunas de sus disposiciones este hecho se vuelve evidente.

En primer lugar, el preámbulo de la norma aludida establece lo siguiente:

“NOSOTRAS Y NOSOSTROS, el pueblo soberano del Ecuador (...) Decidimos constituir Una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el sumak kawsay”¹¹

Esta circunstancia evidencia la intención clara de construir una nueva forma de organización social, inspirada en el principio indígena que hemos venido estudiando, lo cual podría identificarse como una ideología nueva o un saber que marca el punto de inicio para el desarrollo del cuerpo normativo de la constitución.

Continuando con el establecimiento de la normatividad a partir del saber planteado en el preámbulo, destaca la presencia del mismo principio filosófico, esencialmente en dos partes del cuerpo constitucional, esto es, dentro de la parte dogmática y dentro de la parte orgánica.

Respecto a la parte dogmática, en la cual tradicionalmente se incluyen el conjunto de normas y principios rectores del hacer estatal, así como las directrices que deberán ser desarrolladas y ejecutadas por el cuerpo orgánico institucional, se ha incluido todo un capítulo denominado “Derechos del Buen vivir”, en el cual se incluyen algunas categorías tales como:

- Agua y Alimentación;
- Ambiente Sano;
- Comunicación e Información;
- Cultura y Ciencia;
- Educación;

¹¹ Constitución de la República del Ecuador 2008, Preámbulo.

- Hábitat y Vivienda;
- Salud;
- Trabajo y Seguridad Social;

Dichas categorías desarrollan con mucha mayor amplitud estos derechos, que son considerados indispensables para alcanzar el *sumak kawsay*. Sin embargo, cabe resaltar que los derechos aquí enumerados no son los únicos previstos, pues existen adicionalmente otras categorías que vienen a completar el sustrato de derechos fundamentales que reconoce la nueva carta constitucional ecuatoriana. En este punto no centraremos nuestra atención en el análisis de los derechos fundamentales, pues su estudio será materia de otro apartado.

Por otra parte, la norma constitucional de 2008, dentro de la parte orgánica establece el llamado “Régimen del Buen Vivir”, desarrollado en dos capítulos dedicados, el uno, al “sistema nacional de inclusión y equidad social”, al cual se lo define como *“...el conjunto articulado y coordinado de sistemas, instituciones, políticas, normas, programas y servicios que aseguran el ejercicio, garantía y exigibilidad de los derechos reconocidos en la Constitución y el cumplimiento de los objetivos del régimen de desarrollo.”*¹², en definitiva el conjunto institucional destinado a conseguir la eficacia y respeto de los derechos fundamentales; y el otro, bajo el acápite de “Biodiversidad y Recursos Naturales”, destinado a establecer el marco institucional destinado a la protección y desarrollo de los derechos de la naturaleza.

Queda claro, por tanto, que el *Sumak Kawsay*, dentro de la constitución de 2008 no es tomado solamente como un criterio de clasificación de derechos, sino que su trascendencia se eleva al grado de filosofía estatal y principio de creación, aplicación e interpretación normativa.

4.3.2 Principios de Aplicación de los Derechos

Dentro del esquema que hemos manejado en el desarrollo del presente trabajo, se ha estudiado al neo constitucionalismo a partir de sus rasgos principales y de su sustento ideológico, haciendo especial énfasis en el caso ecuatoriano, proclamado como

¹² Constitución de la República del Ecuador 2008, Art. 340.

Estado Constitucional de Derechos y Justicia, a partir de la vigencia de la Constitución de 2008. Continuando en esta línea corresponde ahora analizar un tema cuya importancia resaltamos ya, al introducimos en el tema del neo constitucionalismo y la teoría del garantismo de Luigi Ferrajoli, esto es, los principios de aplicación. Procuraremos en adelante explicar de la forma más clara este apartado que engloba enorme trascendencia.

Si se trata de introducimos en un sistema nuevo, cuyo postulado fundamental, de manera muy sintética y tal vez hasta simplista, es el cambio de un derecho por reglas a un derecho por principios, es nada menos que lógico explicar en qué consisten éstos (los principios). Partamos para ello de una ilustradora noción que trae el connotado tratadista Robert Alexy, para quien los principios constituyen “mandatos de optimización”, lo cual conlleva dos circunstancias: 1) Al decir que se trata de “mandatos”, se quiere reforzar la idea de que los principios continúan siendo normas jurídicas, merced a lo cual merecen obligatoria observancia; y, 2) por otra parte, al ser “de optimización”, según el criterio de el Dr. Ramiro Ávila, se impone a ellos (los principios) una sola finalidad, cual es alterar el sistema jurídico y la realidad. De tal manera que, siguiendo el sentido lógico y lingüístico que la conjunción de estos dos términos implica, los principios resultarían en normas que llevan ínsita la obligación de buscar la mejor manera de realizar una actividad, que como veremos consiste en la efectivización de los derechos fundamentales.

Siguiendo la línea trazada por Alexy, se complementa la idea antes expresada mediante la afirmación de que los principios constituyen normas abstractas que no dan una respuesta al caso concreto, sino únicamente guías o “*parámetros de comprensión*” (ÁVILA SANTAMARÍA, Los Principios de aplicación de los Derechos 40) pues requieren de un proceso de interpretación y razonamiento por parte de quienes deben aplicarlos y valorarlos, a fin de obtener la solución más adecuada y justa. Es por ello que se ha dicho, de acuerdo al mismo autor, que los principios constituyen un “*haz de posibilidades*”, dado el amplio margen que otorgan al juzgador que realiza la valoración, en mucho distinto al sistema positivista manejado dentro del Estado de Derecho, sujeto a normas hipotéticas.

Por otra parte, dentro de labor interpretativa, los principios cumplen con la función adicional que antes señalamos, es decir, la de coadyuvar a la identificación de anomias (falta de norma o vacío de ley) y antinomias (contradicciones), todo ello de acuerdo al esquema de la triple valoración de las normas propuesto por Santiago Nino. En este sentido, los principios pueden ayudar a resolver las antinomias, a través de procesos de ponderación y, a colmar las anomias, mediante la elaboración de reglas para el caso concreto. No debemos olvidar, como quedó afirmado antes, que nos encontramos frente a “*normas téticas*”, las cuales constituyen la base y principio para la elaboración de normas hipotéticas o reglas.

En el sentido señalado, la Constitución ecuatoriana de 2008 resulta una norma de avanzada, estableciendo en su parte inicial, dentro del Título II referente a los Derechos, un capítulo específico intitulado “Principios de Aplicación de los Derechos”. Dentro de este apartado de la norma suprema, particularmente a en el Art. 11, se establece un conjunto de nueve principios que rigen en el ejercicio de los derechos fundamentales consagrados dentro del texto de la Constitución. A continuación, buscaremos enunciar cada uno de estos principios y brindar una brevísimas explicación de cada uno de ellos:

- 1. Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizarán su cumplimiento:** Este principio hace referencia a la titularidad de los derechos; en este aspecto, la Constitución de 2008 presenta una gran avance en relación a su antecesora, pues consagra una dimensión individual y colectiva de todos los derechos fundamentales reconocidos, evitando así limitar la posibilidad de su ejercicio.
- 2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades; No discriminación:** Particularmente, la Constitución de 2008 enfoca el tema de la igualdad desde tres aspectos; primeramente consagra el principio de la igualdad formal, el cual según el Profesor Ramiro Ávila, consiste en la identidad de condiciones de las personas frente a todo el ordenamiento jurídico y no solamente frente a la ley como en el modelo clásico del Estado de Derecho; en segundo lugar, se

incluye el principio de la igualdad material, resumido en la fórmula expresada por Santos Boaventura de Sousa, citado por Ramiro Ávila, según la cual *“todos tenemos derecho a ser iguales cuando la diferencia oprime, y derecho a ser diferentes cuando la igualdad descaracteriza”*. En este sentido, se pretende defender la identidad e individualidad de la persona, pero al mismo tiempo revalorizar el concepto de la igualdad social (exclusión de diferencias sociales). Finalmente, el principio de la igualdad contempla el mandato de “no discriminación”, criterio que si bien fue enunciado en la Constitución de 1998, alcanza su mayor expresión en la norma fundamental de 2008, pues se prioriza en la definición de aquello que se considera discriminación, y el establecimiento de criterios de discriminación.

- 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 a petición de parte:** A diferencia del modelo clásico del Estado de Derecho, en el cual la autoridad obligada a la aplicación del derecho debía actuar solamente en el seno de la ley¹³, el nuevo modelo del Estado Constitucional imprime un mandato de buscar una directa e inmediata aplicación, inclusive del principio constitucional, lo cual impide el paso a cualquier intento de no aplicación del derecho por simple falta u oscuridad de ley; la nueva filosofía de Estado obliga a toda autoridad o servidor público a realizar una actividad creativa para asegurar la aplicación del derecho, todo a partir del principio esgrimido. La materialización de este principio resulta conflictiva al decir del Dr. Ramiro Ávila, quién recuerda, para encontrar la solución a muchas interrogantes que pudieran surgir, la necesidad de recurrir a las técnicas de la ponderación y de la argumentación jurídica¹⁴. Lo dicho aquí será aplicable para buscar la efectividad de los derechos, principios y garantías constitucionales.

¹³ A este principio, dentro de la teoría del garantismo de Ferrajoli, se lo denomina el principio de mera legalidad, para diferenciarlo de aquel vigente dentro del Estado Constitucional de Derecho, según el cual es necesaria la sujeción no solamente a la ley, sino también a la constitución, al cual se ha denominado principio de estricta legalidad.

¹⁴ A este respecto, Robert Alexy, dentro de su Teoría de los Derechos Fundamentales, considera que una norma jurídica podrá alcanzar su aplicación, a pesar de que la pretensión de reparación del derecho presuntamente violado del accionante no sea atendida favorablemente, pues dentro del

Por otra parte, al establecer el principio de plena justiciabilidad de los derechos, se incluye la posibilidad de que se puedan “justiciabilizar” no solamente los derechos que incluyan una prestación negativa (abstención), sino también aquellos que impliquen prestaciones activas de parte del Estado.

4. **Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales:** Este principio se encuentra conforme con el espíritu general de la Constitución de 2008, pues reafirma algunos postulados fundamentales que se constituyen en bases del nuevo ordenamiento jurídico. Primero, la aplicación de un principio semejante revitaliza el valor de la supremacía de la norma constitucional al evitar que cualquier norma contraria a los derechos y garantías constitucionalmente consagrados pueda tener vigencia; en segundo lugar, se materializa el llamado “principio de progresividad normativa”, según el cual toda norma secundaria que tienda a restringir el contenido de los derechos y garantías constitucionales será de por sí inconstitucional. En este último sentido, el único modo por el que una norma alcanzará vigencia y más aún eficacia, será en tanto lo dispuesto por ella sirva para ampliar o mejorar la posibilidad de efectivización del derecho o garantía involucrado. En síntesis, las normas constitucionales son “de mínimos”, por lo cual siempre podrán ampliarse, pero jamás restringirse.
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 favorezcan su efectiva vigencia:** Este principio prevé la posibilidad de que se presenten dos situaciones: Bien sea que exista más de una norma aplicable al caso concreto; ya que una misma norma presente varias interpretaciones posibles, siempre el juzgador deberá optar por aquella norma o interpretación que permita que los derechos y

esquema en el cual nos encontramos, inclusive la negativa verifica el cumplimiento del deber de la autoridad o servidor involucrado en el proceso de valoración, resultando que el individuo podrá conseguir una plena satisfacción de sus pretensiones por parte del Estado, solamente cuando cuente con las razones suficientes para tal fin; todo ello vuelve indispensable el desarrollo de una labor del “derecho como argumentación”.

garantías constitucionales en juego puedan obtener la mayor efectividad posible.

6. **Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía:** Este principio reúne algunas nociones, tratadas por el Dr. Ramiro Ávila bajo el epígrafe de “características esenciales de los derechos”. A continuación expondremos una corta idea de cada uno de ellos:

Inalienables: Los derechos constitucionales no pueden ser sustraídos ni suspendidos individual o colectivamente por autoridad alguna. Todo individuo que interviene en una relación jurídica lo hace en igualdad de derechos;

Irrenunciables: Implica que bajo ninguna circunstancia una persona puede renunciar a sus derechos fundamentales;

Indivisibles: Entendida desde dos puntos de vista; desde el de los derechos individualmente concebidos, implica que el contenido de los derechos es uno solo y por tanto cualquier menoscabo implica su vulneración; desde el punto de vista colectivo, implica que los derechos son un solo cuerpo porque todos implican unas mismas obligaciones de parte de los poderes públicos y privados;

Interdependientes: Se vincula con la indivisibilidad y la igualdad de jerarquía, pues la efectividad de un derecho trasciende en la efectividad del resto de derechos, y a la inversa, la vulneración de uno de los ellos perjudica las condiciones para el ejercicio de los demás;

De igual jerarquía: Este principio se concluye de los anteriores, pues su inclusión evita la preterición de unos derechos por otros. “Los derechos en efecto viene a responder a la existencia de necesidades o intereses amenazados y la Constitución opta por no distinguir distintos grados de importancia o la preferencia de unos derechos por otros” (WILHELM 29) Consecuencia de lo dicho, resulta la necesidad de entrar a una “ponderación de los intereses en juego”, en caso de conflicto, por lo cual se deberán valorar tomando en cuenta

- 7. El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento:** Este principio nos remite esencialmente a las fuentes de las que pueden emanar los derechos fundamentales reconocidos a las personas; como es fácil advertir, se empieza por la norma constitucional, que recoge aquellos considerados más comunes, pero sin embargo deja abierta una puerta para llenar los posibles vacíos, a través de la remisión a los tratados internacionales de derechos humanos, y el establecimiento, finalmente, de lo que en doctrina se denomina la “cláusula abierta”, la cual, según explica el Profesor Ramiro Ávila, permite contar con una herramienta de protección para los seres humanos contra amenazas no identificadas.
- 8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio. Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos:** Este numeral resalta dos principios que resultan complementarios; el de progresividad, que impone la obligación de que toda norma, acto o resolución deberá propender a ampliar el contenido y campo para la eficacia de los derechos fundamentales, para lo cual se impone el deber de acción a quienes emiten toda clase de resolución que afecte a las personas; por otra parte, el principio de no regresividad complementa al primero al evitar que los progresos que se han alcanzado puedan observar un retroceso, lo cual importa una imposición de una obligación negativa. De acuerdo al Dr. Ávila, la regresión en el desarrollo de los derechos será admisible solamente bajo circunstancias plenamente justificadas y por un tiempo limitado.

9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución: Este principio consagra tres aspectos fundamentales, todos relacionados con la responsabilidad del estado: En primer lugar, establece como más alto deber del Estado el respetar y hacer respetar los derechos, lo cual implica que aquella tarea deberá constituir la labor prioritaria del Estado, en función de la cual deberán planificarse las demás; a su vez esta imposición resulta en una doble obligación; positiva, de emprender en acciones para conseguir el respeto de los derechos, y negativa, de respetar su ejercicio. En segundo lugar, se establece lo que se denomina la “responsabilidad objetiva” del estado, lo cual implica la obligación impuesta al mismo de reparar cualquier daño producido a los derechos de una persona por parte de cualquier funcionario o servidor público en el ejercicio de sus actividades, por acción u omisión. En tercer lugar, se incluye un principio presente en la Constitución de 1998, referente a la obligación del estado de “repetir” en contra del funcionario o autoridad pública que ocasionaron la violación al derecho constitucional en mientes; ello invita a que el Estado repare el daño producido pero obligue luego al responsable directo a responder por él. Finalmente, se incluye el principio que obliga el Estado a responder en caso de deficiente prestación de servicios de justicia, violación de debido proceso, error judicial, etc., todo lo cual se resume, de acuerdo al Dr. Ramiro Ávila en una responsabilidad por la violación del deber estatal de la tutela judicial efectiva de los derechos.

4.3.3 Los Derechos Fundamentales

4.3.3.1 Aproximación Teórica

El análisis del paradigma neo constitucional, obliga a remitirnos a este tema de enorme peso dentro de la elaboración teórica que el mismo implica. Sentado que un sistema de las características y propiedades que hemos descrito en estas breves líneas parte de una ideología en todo distinta a la que antes vivimos dentro del Estado ecuatoriano, hemos analizado los más importantes rasgos acerca de la filosofía indígena en la que se encuentra inspirado y por la cual se guían sus postulados; acto seguido hemos desarrollado brevemente algunas ideas acerca de los principios de

aplicación, fundamentales dentro del marco de lo que Ferrajoli llama el “Estado constitucional de derecho”, y que se encuentra en la base del actual sistema imperante. Siguiendo el orden que nos hemos trazado, corresponde ahora desarrollar algunos planteamientos importantes que nos conduzcan a desentrañar el significado y lugar que ocupan, dentro de esta nueva dogmática los derechos fundamentales.

Como una primera aproximación, que en realidad resume las ideas que desarrollaremos en todo este apartado, el maestro Luigi Ferrajoli brinda una definición de lo que puede concebirse como derechos fundamentales en los siguientes términos:

“...son «derechos fundamentales» todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a «todos» los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por «derecho subjetivo» cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por «status» la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.” (FERRAJOLI 37)

Esta definición propuesta, de acuerdo al criterio de su autor resulta teórica o estructural, por dos motivos: 1) Si bien en ella se aprecia la necesidad de que los derechos se encuentren reconocidos dentro de una norma positiva, es indiferente el rango de aquella norma; y, 2) Porque la calidad de “fundamentales”, en los derechos, está determinada por el simple hecho de su universalidad, independientemente de las situaciones que se tutelen a través de ellos. Por ello, considera a esta una definición aplicable a cualquier ordenamiento jurídico y útil para encontrar en los derechos fundamentales la base de la igualdad jurídica, todo ello, una vez más, gracias a su carácter universal, referido a la extensión del conjunto de sus titulares.

Sin embargo, el mismo autor deja clara la idea de que esta universalidad a la que nos referimos no es absoluta, pues desde siempre ha presentado ciertas limitaciones, tal y como se evidencia dentro de la misma definición. En efecto, el “todos” al que se hace referencia se encuentra en directa relación con el conjunto de individuos que

conformen cada uno de los grupos, determinados en base al “status” reconocido a sus integrantes; por este motivo se ha dicho que el grado igualdad en una organización social se halla en directa relación con la mayor o menor extensión de cada uno de aquellos grupos. Para dejar clara la idea que tratamos de explicar, nos remitimos a la definición propuesta al inicio de este apartado, de la cual se desprende con absoluta transparencia que nos encontramos frente a “derechos subjetivos” reconocidos a todos los seres humanos en razón del “status” del que se encuentren dotados. Estos “status” a los que constantemente nos referimos, se presentan como condiciones de idoneidad, y han constituido desde siempre una suerte de límite a la universalidad de los derechos. Desde una perspectiva histórica los criterios de cualificación más comunes han sido los siguientes: a) Calidad de persona; b) Calidad de Ciudadano; y, c) Capacidad de obrar. Sin embargo, se ha dicho que hoy en día los únicos criterios que aún permanecen vigentes para diferenciar el “status” de los seres humanos, y limitar la igualdad, resultan ciudadanía y capacidad de obrar, pues la calidad de persona no permite distinción alguna entre ellos.

A partir de los criterios enunciados, Ferrajoli realiza una suerte de clasificación esencial de los derechos fundamentales, a los cuales divide en las siguientes categorías:

- a) Derechos de la Personalidad: Pertenecen a todos los seres humanos por ser tales;
- b) Derechos de Ciudadanía: Corresponden solamente a quienes ostenten la calidad de ciudadanos;
- c) Derechos Primarios: O también llamados sustanciales, que corresponden a todos sin distinción; y,
- d) Derechos Secundarios: Llamados también instrumentales o accesorios, corresponden solamente a las personas que posean capacidad de obrar.

De la mezcla de estas categorías surgen cuatro clases de derechos, que se dividen en las siguientes:

- a) Derechos humanos: Corresponden a todos los seres humanos, por ejemplo el derecho a la vida o a la libertad;

- b) **Derechos Públicos:** Reconocidos a todas las personas que reúnan el requisito de la ciudadanía; por ejemplo el derecho de libertad de reunión, derecho a transitar libremente por el territorio, etc.;
- c) **Derechos Civiles:** Pertenecen a las personas que ostenten la capacidad de obrar y se relacionan esencialmente con la autonomía de la voluntad, por ejemplo el derecho a la libertad de contratación, la libertad de empresa, etc.;
- d) **Derechos Políticos:** Son los derechos reconocidos solamente los ciudadanos que tengan capacidad de obrar, por ejemplo el derecho al voto, el derecho a acceder a cargos públicos, etc.

Para Ferrajoli, en definitiva, si nos situamos desde una perspectiva histórica, lo que ha mostrado un cambio por efecto del progreso del derecho ha sido la rigurosidad y restricción de cada uno de los tres criterios básicos de clasificación (personalidad, ciudadanía y capacidad de obrar), rigurosos en un inicio y más universales en las proximidades a la modernidad; mas no los criterios como tales, pues ellos se han mantenido inmutables.

4.3.3.2 Derechos Fundamentales y modernidad

Contando ya con una primera idea acerca de lo que constituyen los derechos fundamentales, resulta conveniente ahora establecer ciertos criterios que pueden resultar muy útiles para comprender su trascendencia dentro del moderno derecho. Una vez más, siguiendo los planteamientos del maestro Luigi Ferrajoli, analizaremos algunos temas relacionados esencialmente con los derechos fundamentales, en los cuales éstos últimos han alcanzado proyección y a cuya afirmación han contribuido.

- a) **Derechos Fundamentales y Derechos Patrimoniales:** A partir del pensamiento de autores como Locke, se ha operado una enorme confusión respecto a dos clases muy distintas de derechos; los derechos de libertad y los derechos patrimoniales. Son varias las clasificaciones que desde entonces han pretendido incluir a ambas categorías dentro de un solo continente, lo cual resulta del todo inapropiado su se analizan las importantes diferencias que existen entre ellas, a tal punto que las unas merecen un origen ius naturalista

y las segundas provienen de un sistema del positivismo romano-germánico. Estas divergencias nos conducen a formular la distinción que existe entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales.

Las principales diferencias que se anotan entre unos y otros derechos son:

- Derechos fundamentales como la vida o la libertad corresponden universalmente a todos en la misma medida y por igual; derechos patrimoniales corresponden a cada uno en singular en distintas medidas y de distinta manera.
- Los derechos fundamentales son inalienables, imprescriptibles, intransmisibles y personalísimos debido a la necesidad de mantener el criterio de la universalidad; los derechos patrimoniales son plenamente disponibles y alienables, incluso pueden ser objeto de expropiación e intercambio, ello por su característica de ser singulares.
- Los derechos patrimoniales tiene un origen comúnmente negocial, a través de actos jurídicos; los derechos fundamentales son *ex lege*, es decir, se poseen por mandato de una norma jurídica, normalmente constitucional. Por este motivo, los derechos patrimoniales se consideran como “predispuestos por normas”, pues sus efectos derivan de normas hipotéticas establecidas en el ordenamiento jurídico, como consecuencias de ciertos actos singulares (contrato); en tanto que los derechos fundamentales son normas en sí mismos, ya que establecen un mandato inmediatamente verificable.
- De acuerdo a Ferrajoli, las relaciones, producto del ejercicio de derechos patrimoniales, son intersubjetivas y por tanto de tipo horizontal; en tanto que las relaciones que genera el ejercicio de los derechos subjetivos son de tipo publicista, es decir, del individuo con el Estado, lo cual las convierte en relaciones de tipo vertical. Por ello,

las normas que tutelan derechos patrimoniales establecen obligaciones de no lesión, en tanto que aquellas que prescriben derechos fundamentales constituyen mandatos que vinculan y limitan la actividad de todo servidor público para la defensa de los derechos fundamentales, al punto de volver ilegítimo y por tanto carente de validez cualquier acto que violente sus disposiciones. Esta es la base de la democracia sustancial de acuerdo a Ferrajoli.

b) Derechos Fundamentales y Democracia Sustancial: Como lo hemos expuesto en cierta parte de nuestro estudio, Ferrajoli, cuyos planteamientos venimos siguiendo, plantea un sentido distinto dentro de la acepción tradicional de democracia; a su parecer debemos diferenciar entre lo que constituye una democracia formal, traducida en el poder de la mayoría, de lo que significa la democracia sustancial, fundamento del Estado Constitucional de Derecho. De acuerdo al criterio del citado autor, la democracia adquiere una “dimensión sustancial” cuando se utilizan a los derechos fundamentales como una base que actúe a manera de vínculo y límite para las actuaciones de los poderes públicos y las decisiones de la mayoría. En este sentido, se conciben dos esferas distintas a las que se denomina la “*esfera de lo no decidible que*” y la “*esfera de lo decidible que no*”, que se traducen en aquellas áreas acerca de las cuales se pueden no se puede decidir y aquellas sobre las cuales no se puede no decidir. Este planteamiento se entiende mejor tras la comprensión de que la democracia posee una doble dimensión: una formal, que hace referencia al quien y al cómo se toman las decisiones; y una sustancial, que corresponde al qué es aquello que resulta lícito decidir y qué no. Es en este sentido que Ferrajoli ha dicho que los derechos fundamentales constituyen “*vínculos sustanciales normativamente impuestos-en garantía de intereses y necesidades estipulados como vitales- tanto a las decisiones de la mayoría como al libre mercado*” (FERRAJOLI 52). Aquí se evidencia la dimensión sustancial que los derechos brindan a la democracia, pues determinan ante todo el contenido de las decisiones, aún de la mayoría. Siguiendo este planteamiento, se concibe a la “democracia constitucional” como la sujeción del derecho al derecho, entendido que la dimensión formal

queda siempre sujeta y supeditada los principios sustanciales determinados a través de los derechos fundamentales, habitualmente de rango constitucional.

Para Ferrajoli, se podría realizar una adaptación de estos planteamientos a la teoría del contrato social de Rousseau, de tal modo que las constituciones se transforman en contratos sociales escritos y positivizados, en donde la defensa de los derechos fundamentales se convierte en causa, “...*cuya violación por parte del soberano legitima la ruptura del pacto y el ejercicio del derecho de resistencia...*” En este sentido, se habla de los derechos fundamentales como la “*ley del más débil*”, en cuya ausencia se cumplirá la ley del más fuerte.

c) Derechos Fundamentales y Ciudadanía: A pesar del alto grado de expansión que la teoría de la universalización de los derechos humanos ha conseguido en la modernidad, sobre todo a partir del establecimiento de instrumentos internacionales como la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y otros tantos intentos normativos a nivel internacional por extender el alcance del reconocimiento de los derechos humanos, han persistido intentos como el del Sociólogo Thomas Marshall, que han pretendido restringir el reconocimiento de los derechos fundamentales al incluirlos dentro de una sola categoría: los derechos del ciudadano. De esta manera, se corre el riesgo de una involución en un tema que parecía haber sido superado, y que parte de una posible confusión de los criterios de ciudadanía y personalidad; a la cual se suma un interés bastante egoísta de países con alto desarrollo económico de cerrar sus fronteras frente al fenómeno de la inmigración. De todos modos, estos planteamientos conducirían solamente a generar una insalvable antinomia entre la igualdad (pretendida a través de la universalidad de los derechos fundamentales) y la ciudadanía.

No obstante, con alentadora esperanza se observa la creciente tendencia de ciertos países que a través de sus constituciones pretenden conceder igualdad de derechos para ciudadanos y no ciudadanos. En este aspecto, la

Constitución ecuatoriana de 2008, muestra ser un instrumento de avanzada, al reconocer dentro de su Art. 9 el siguiente principio: *“Las personas extranjeras que se encuentren dentro del territorio ecuatoriano, tendrán los mismos derechos y deberes que las ecuatorianas, de acuerdo a la Constitución”*¹⁵. Debemos, pues, tender a una ideología solidaria, que considere a los derechos como derechos de las personas, con independencia de su origen.

4.3.3.3 Derechos y Constitucionalismo material

Si los derechos fundamentales constituyen una base esencial para el nuevo criterio de la igualdad jurídica, la misma que por tanto se traduce en una igualdad en derechos (caracterizados por ser universales), ello obliga a considerar la imperiosa necesidad de brindar a aquellos derechos plasmados dentro del texto constitucional y dentro de las demás normas del ordenamiento jurídico, todas las condiciones y mecanismos necesarios para alcanzar su plena eficacia.

Como es cierto, y ha sido resaltado dentro de diversos pasajes de este trabajo de investigación, el Estado Ecuatoriano, a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 2008, ingresó en un nuevo modelo constitucional, al cual se ha optado por denominar “neo constitucionalismo”, y que se puede resumir como *“aquel –sistema- por el cual las Constituciones no se limitan a establecer competencias o a separar a los poderes públicos, sino que contiene altos niveles de normas “materiales” o sustantivas, que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos”* (WILHELM 23). La exposición acerca de la teoría del garantismo de Luigi Ferrajoli podría refrescar estos planteamientos y explicar la sustancialidad de las normas constitucionales.

Lo dicho implica dejar a un lado un modelo neoliberal, caracterizado por la revalorización del sistema capitalista del libre mercado, matizado con las imposiciones de el proceso globalizador, para transitar hacia una reivindicación del verdadero papel Estado como protagonista en la creación de las condiciones necesarias para conseguir la materialización del *sumak kawsay* o buen vivir. Este

¹⁵ Constitución de la República del Ecuador 2008, Art. 9.

nuevo rol que se vincula con un replanteamiento de los fines del estado, le impone como máxima tarea la tutela de la efectividad y plena vigencia de los derechos¹⁶, los cuales por ende dejan de contemplarse como una simple enumeración lírica gracias al amplio número de garantías previstas como mecanismos para conseguir solventar los inconvenientes surgidos a partir de las antinomias y las anomias.

Para Luigi Ferrajoli, citado por Marco Aparicio Wilhelmi, de los principios que generan la dimensión axiológica del Estado los más importantes son los derechos fundamentales, a los cuales conceptúa como vínculos sustanciales normativamente impuestos, tal como quedó expuesto líneas atrás, y *“que no son el producto de auto limitaciones que consiente el Estado sino “derechos hacia y, si es necesario, contra el Estado”* (FERRAJOLI 52). En este sentido, se conceptúa a los derechos, en cierta medida, como “contrapoderes” (WILHELMI 24), ya que actúan como vínculo y límites al ejercicio del poder y corresponden a todos y cada uno por igual, con lo cual se ratifica la universalidad de los derechos como base de la igualdad jurídica.

Por su parte Santos de Sousa, también citado por Marco Aparicio Wilhelmi, el Ecuador se embarca en un *“proceso de transformación de las relaciones de poder en relaciones de autoridad compartida”* (WILHELMI 25), con lo cual se abandonaría el llamado “ius paleo-positivismo” marcado por la dictadura de la ley, tendiente siempre a beneficiar los fines del Estado.

En definitiva, el Estado Ecuatoriano al brindar una dimensión sustancial a los derechos adquiere un compromiso que redefine la centralidad de su hacer, orientándolo hacia una labor comprometida con el goce y respeto de los derechos fundamentales y colocando a la persona humana en el centro de su preocupación, sin descuidar el importante papel que juega la naturaleza en el nuevo modelo de desarrollo que está llamado a crear.

4.3.4 Las Garantías de los Derechos

Un discurso acerca de un modelo de Estado, fundado en gran parte en base los postulados de la teoría del garantismo de Luigi Ferrajoli, tal como lo hemos

¹⁶ Véase Constitución de la República del Ecuador 2008, Art. 3, # 1.

planteado no se encontraría completo si no refiriéramos algunas palabras al tema de las garantías.

Comenzaremos por establecer una definición de ellas para lo cual recurriremos a aquella que a mi parecer resulta la más sencilla y, a la vez, la más clara de las muchas que se puedan consultar. Así, para el profesor Ramiro Ávila, *“Las garantías constitucionales son los mecanismos establecidos en la Constitución para prevenir, cesar o enmendar la violación de un derecho que está reconocido en la misma Constitución”* (ÁVILA SANTAMARÍA, Las Garantías, herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos 89). De acuerdo a este planteamiento, las garantías se presentan como mecanismos, es decir, como “medios prácticos” que se emplean con la finalidad de tutelar los derechos fundamentales establecidos. Debemos aclarar que la definición antes transcrita hace referencia exclusivamente a las garantías constitucionales, por cuanto debemos dejar en claro nuestra posición respecto a que su establecimiento no se limita únicamente a la norma suprema del ordenamiento jurídico; no obstante, este particular quedará claro más adelante.

Sin embargo, lo que sí es una tesis irrefutable, como lo asevera Carolina Silva Portero en su ensayo “Garantías de los Derechos”, es que las garantías se encuentran indefectiblemente vinculadas a la protección o tutela, lo cual se evidencia, además de en el plano constitucional, en el área civil, por ejemplo, en el que éstas se establecen comúnmente para tutelar el cumplimiento de las obligaciones. En este sentido, la citada autora considera que la garantía en sí *“...es toda forma de protección a un derecho...”* (SILVA PORTERO, Las Garantías de los Derechos 58)

En razón de lo brevemente explicado, conviene a nuestro estudio tratar el tópico de las garantías de los derechos a partir de dos ejes esenciales: a) Realizando una distinción suficientemente clara entre las garantías y los derechos; b) Dejando claro el papel de las garantías dentro del Estado Constitucional de Derechos.

4.3.4.1 Distinción entre Garantía y Derecho

Debido a la estrecha relación que se evidencia entre derechos y garantías, es y ha sido práctica usual dentro de gran parte de los ordenamientos jurídicos, incluido el nuestro (hasta que se mantuvo vigente la Constitución de 1998), el confundir ambos términos hasta el punto de llegar a utilizarlos indistintamente con la intención de significar una misma cosa. Este error, sin embargo, se debe, según explica Carolina Silva Portero, a múltiples factores, pero principalmente puede devenir de la “positivización” del derecho mismo, es decir, su reconocimiento en la norma constitucional, lo cual deriva en la idea de que su simple enunciación ya implica una forma de asegurar su ejercicio.

Lamentablemente, equívocos como éste nos han conducido por décadas a la aceptación ciega de teorías como la del positivismo jurídico de Kelsen, valiosa en su momento, pero que a la luz de las modernas tendencias ha quedado totalmente desvirtuada, la cual postula como imprescindible para hacer posible una intervención judicial en defensa de un derecho vulnerado, la existencia de una norma que estableciese un supuesto fáctico (hipótesis) y su correspondiente obligación; dadas estas condiciones, frente a la verificación de la hipótesis, la tarea judicial consistiría en determinar la obligación mediante un proceso de imputación; sin embargo, dentro del esquema Kelseniano, la ausencia de una norma que postule la obligación volvería al derecho inexigible, lo cual en nuestra posición equivaldría a equiparar al derecho con la obligación y a su vez llegar al error de afirmar que en ausencia de garantía no hay derecho. En un panorama como el que se esboza hasta aquí, los derechos se verían confinados a ser “simples enunciados”, carentes de contenido y efectividad; ó como lo ha dicho Marco Aparicio Wilhelmi, se verían “desustanciados”.

No obstante, el planteamiento del “garantismo” ha observado que la imposibilidad de tutelar un derecho reconocido por no hallarse determinada la obligación o los llamados a cumplirla (obligados) jamás podrá derivar en la inexistencia del derecho vulnerado; de acuerdo a L. Ferrajoli, a lo sumo ello podría conducir a la identificación de lo que él denomina “lagunas”, ya analizadas al referirnos a las anomías y antinomias del sistema jurídico. Al respecto, el eminente jurista ha dicho: *“En tales casos no podemos negar la existencia del derecho subjetivo estipulado por*

una norma jurídica: se podrá solo lamentar la laguna que hace de ese derecho un derecho de carta y afirmar la obligación de completarla.” (Ferrajoli). Por lo dicho, se observa de lejos la clásica identificación de derecho y garantía, tomándose conciencia de la plena necesidad de emprender en su diferenciación.

Sin embargo, esta tarea ha de llevar al replanteamiento de la labor de jueces y autoridades encargadas de la tutela de los derechos fundamentales, a quienes resultará imprescindible desarrollar lo que Ferrajoli llama “creatividad” para llenar las lagunas del derecho y conseguir la plena eficacia y adecuada tutela de los derechos fundamentales en juego.

Finalizo este apartado citando un fragmento del artículo de la autora Carolina Silva Portero en apoyo a lo que hemos explicado: “...*la necesidad desde el derecho como sistema normativo no radica en tratar de argumentar si un derecho es verdaderamente fundamental, sino en la posibilidad de crear los mecanismos adecuados para su protección, y por tanto, para que su ejercicio sea efectivo.*” (Silva Portero).

4.3.4.2 La Garantía en el Estado Constitucional de Derechos

Cuánto hemos dicho acerca del nuevo paradigma constitucional ecuatoriano y, en general acerca de la tendencia del neo constitucionalismo, ha servido para comprender de manera cabal el importante rol que se asigna a los derechos fundamentales. Con aquellos conocimientos podemos aseverar ahora que dentro de este modelo del Estado Constitucional de Derechos, aquellos actúan como límites y vínculos sustanciales impuestos normativamente al ejercicio del poder, y que ello lleva consigo la necesidad de reformular la tarea de jueces y demás servidores públicos; en efecto, la labor creativa que se les exige hoy en día, evidencia la finalidad misma del constitucionalismo moderno.

Sin embargo, junto a este “lado bueno del constitucionalismo” muchas de las críticas al sistema han dejado entrever en estas mismas bondades rasgos negativos que podrían conducir a la instauración de la arbitrariedad. No son pocas las voces de protesta de sectores de la opinión jurídica que han mirado con desconfianza la decisión de liberar al juez de las “cadenas de la ley”.

Precisamente en este punto, surgen respuestas desde la órbita de la teoría del garantismo, las cuales permiten evidenciar con total claridad el verdadero papel de las garantías, de las que hasta ahora solamente hemos dicho son mecanismos de tutela de derechos. Carolina Silva ha considerado que el papel de las garantías dentro del constitucionalismo contemporáneo cobra vida justamente en aquellos ámbitos en los que se pueden presentar resquicios que den paso a la arbitrariedad, por ello recuerda que no en vano L. Ferrajoli ha dicho que esta puesta en práctica de los límites dentro del Estado Constitucional resultan “la otra cara del constitucionalismo”.

Así planteadas las cosas, resulta innegable que si en un Estado Constitucional de Derechos como el que trata de adoptar el Ecuador, no se cuenta con las garantías adecuadas que permitan imponer frenos a la autoridad, fácilmente se podrá desembocar en un autoritarismo y en el gobierno de la arbitrariedad. Con gran acierto, Marina Gascón Abellán ha dicho en su análisis a la teoría del Garantismo de L. Ferrajoli, que justamente la teoría garantista arranca de la concepción de que del poder se debe esperar siempre un potencial abuso, por cuanto se torna necesario limitarlo haciendo del derecho un sistema de límites y vínculos.

Para Ramiro Ávila al considerar a un sistema jurídico desde la óptica de las garantías se impone la necesidad de situarnos frente a una triple distinción pues para él, un sistema jurídico puede adoptar una de tres posiciones: a) Tener derechos enunciados pero sin garantías previstas; b) Contar con un conjunto de derechos y de garantías deficientemente diseñadas; y, c) Establecer un catálogo de derechos protegidos mediante un sistema de garantías que se dirijan a proteger a cada uno de ellos. Precisamente el Estado Ecuatoriano en sus dos últimas constituciones ha adoptado las dos últimas posiciones.

La conclusión a la que se llega tras una comparación del texto de ambas normas fundamentales, permite determinar los cambios en algunos puntos fundamentales con respecto a la garantía:

1) Concepción de la garantía

Se ha podido constatar un cambio en la idea que se tiene acerca de la garantía, limitada antes por un criterio bastante restrictivo que en la práctica permitía conseguir el respeto a ciertos derechos solamente mediante acciones judiciales (acción de amparo). Por su parte, la Constitución de 2008 con un criterio mucho más amplio, prevé un verdadero sistema de garantías divididas en tres grupos:

- a) Garantías Primarias: Mandatos que habilitan a los poderes públicos para dictar políticas conducentes a la generación de las condiciones necesarias, tanto jurídicas cuanto materiales, para la plena efectividad de los derechos.
- b) Garantías Secundarias: También denominadas garantías jurisdiccionales, establece mecanismos a través de la función judicial, así como a través de la Corte Constitucional.

Adicionalmente se establecen mecanismos sociales de control y exigencia, esto a través de la Función de Transparencia y Control Social.

2) Titularidad para Accionar

En el mismo sentido, la constitución de 1998 mostraba un criterio totalmente restrictivo en materia de legitimación activa, adoptando la tendencia del “titular del derecho subjetivo”, salvo en el caso de derechos difusos, en los que se reconoce el derecho al “representante legitimado de una colectividad”, lo cual sin embargo resulta también excluyente.

Por su parte, la constitución de 2008 amplía la facultad para accionar, estableciendo como principio constitucional el que toda persona, pueblo o comunidad pueda proponer acciones constitucionales¹⁷.

¹⁷ Constitución de la República del Ecuador 2008, Art. 86 #1.

3) Naturaleza de la Garantía

De acuerdo a la forma en que fueron previstas las garantías en la Constitución de 1998, éstas tomaban un papel únicamente cautelar, cobrando vida de manera excepcional solamente cuando se pueda producir o se haya ha producido una violación de derechos que reúna las características de ser grave e inminente; adicionalmente, el alcance de éstas garantías no permitía una verdadera reparación integral, sino únicamente el cese de los actos ilegítimos.

Por su parte, la Constitución de 2008 cambia el sentido de la garantía brindándole la naturaleza de una acción de fondo o de conocimiento que requerirá solamente de la amenaza a un derecho constitucionalmente reconocido y que actuará por igual en caso de vulneración mediante una reparación integral.

4) Requisitos de la Garantía

La norma suprema de 1998, determina algunos requisito para el acceso a las garantías previstas, por ejemplo en el caso del amparo, se necesitan tres: a) Ato u omisión ilegítimo de autoridad pública; b) Violación del derecho constitucional; y, c) Daño grave o inminente. Con este criterio la garantía se torna restrictiva, sin contar con el conjunto de requisitos formales que limitan aún más el acceso a la misma.

Al contrario, la Constitución de 2008 muestra un notorio progreso al respecto, estableciendo como único requisito para el acceso a las garantías constitucionales cualquier vulneración o amenaza de ella a un derecho fundamental; respecto a los requisitos formales se elimina toda necesidad de formalidades con el fin de volver a la justicia constitucional más eficaz.

5) Obligado por la garantía

Este aspecto se relaciona con el destinatario de la acción constitucional. Para Ramiro Ávila, existe una diferencia sustancial entre las constituciones de 1998 y 2008, pues mientras la primera establece una responsabilidad de tipo “vertical-pública” al volver responsables únicamente a autoridades o servidores públicos (por ejemplo, en el caso

del hábeas corpus, el destinatario era la autoridad que realizaba la detención ilegal), quedando limitada la responsabilidad de particulares solamente en el caso de derechos difusos; en tanto la constitución de 2008 consagra lo que el profesor Ávila llama “responsabilidad vertical pública y privada”, permitiendo con ello responsabilizar mediante acciones constitucionales a toda persona que se encuentre en ejercicio del poder, sea pública o particular, lo que interesa es el abuso de la posición de superioridad.

6) Número de las garantías

Adicionalmente, como lo hemos venido reiterando en el desarrollo del presente trabajo investigativo, la Constitución ecuatoriana de 2008 se muestra enormemente superior a la norma de 1998 en diversos aspectos, de entre los cuales merece relevancia el relativo a las garantías constitucionales.

Partiendo del nuevo papel que ellas juegan, pasando por la nueva idea que de ellas se tiene y tomando en cuenta el significativo incremento de su número, podemos hablar del Ecuador como un verdadero estado “garantista”, en el cual existe propiamente un sistema de garantías correctamente diseñado que tiene a proteger todos y cada uno de los derechos fundamentales recogidos por el texto constitucional, incluidos aquellos derechos de la naturaleza, desconocidos en ediciones anteriores. Como prueba de lo dicho basta observar el número de las garantías previstas en una y otra norma para constatar la veracidad de nuestras afirmaciones, por lo cual a continuación incluimos una tabla comparativa de las dos constituciones en materia de garantías, tomada del ensayo “Las garantías: herramientas para el cumplimiento de los derechos” del Doctor Ramiro Ávila Santamaría.

Tabla 2: Análisis comparativo de garantías constitucionales en las Constituciones ecuatorianas de 1998 y 2008.

Derecho Protegido	Constitución 1998	Constitución 2008
Violaciones graves e inminentes	Amparo	Medida Cautelar
Todo derecho (fondo)	No existe	Acción de Protección
Libertad (detención arbitraria)	Hábeas Corpus	Hábeas Corpus
Integridad Física (tortura)	No existe	Hábeas Corpus
Desaparición Forzada	No existe	Hábeas Corpus
Libertad (prisión preventiva)	No existe	Hábeas corpus
Acceso a la información pública	No existe	Acción de acceso a la información pública
Intimidad (información personal)	Hábeas data	Hábeas data
Eficacia del sistema jurídico	No existe	Acción de incumplimiento
D.D.H.H. y seguridad jurídica en lo judicial	Expresamente prohibido	Acción extraordinaria de protección
Garantía normativa	No existe	Garantías Normativas
Garantía de política pública	No existe	Garantías de Política pública
Total	Tres Garantías	Doce Garantías

Fuente: Ávila Santamaría Ramiro. Desafíos Constitucionales. Pág. 98.

CONCLUSIONES

Al finalizar el desarrollo del breve estudio que he pretendido realizar acerca de la transición constitucional que experimenta el Ecuador a partir de la vigencia de la Constitución de 2008, ha sido posible fijar algunos puntos básicos que merecen especial consideración, pues de su cabal comprensión dependerá la consecución de los objetivos planteados al inicio del mismo. En esta línea, tras el análisis de los diversos contenidos que propuestos puedo concluir lo siguiente:

- Resulta claro que la humanidad ha mostrado, desde sus orígenes un innegable sentido social, manifiesto a través de las formas de asociación, graficadas por la historia y la ciencia política. No obstante, y a pesar de las diversas teorías que han pretendido explicar esta tendencia humana se ha llegado a la unánime afirmación de que el Estado constituye una de las más depuradas y complejas formas de organización social. En armonía con este postulado inicial, el Estado se afirma como la sociedad jurídica y políticamente organizada, dentro de los límites de un territorio determinado y bajo el imperio de una autoridad suprema e independiente, cuya particularidad surge en relación con la forma de ejercicio del poder y de la adopción del principio de igualdad frente al él, como sustrato esencial.

Concebido el Estado como herramienta de organización colectiva, es y ha sido, de acuerdo al criterio de diversos autores, siempre un reflejo de los valores que encarna la sociedad, a cuya tutela, a fin de cuentas, tiende todo su accionar. En este sentido, su estructura y fines se han configurado de distintas maneras para así constituir los diferentes modelos estatales, encabezados por el Estado totalitario o absolutista, que sería luego sustituido por el Estado Liberal de Derecho, de tendencia estrictamente legalista bajo el epígrafe del positivismo, hasta llegar al Estado Social y Democrático de Derecho, cuya principal característica es su clara tendencia a extender los derechos a una dimensión social y más protectora.

- Merece enorme relevancia, dentro del proceso de perfeccionamiento de la teoría del Estado moderno, el papel del Constitucionalismo como proceso revolucionario que revalorizó a la persona humana, al colocar la defensa de su dignidad en el centro de la actividad pública.

No obstante, su desarrollo ha resultado de un proceso gradual que se ha visto influenciado por las distintas tendencias del pensamiento filosófico, por lo cual ha observado cómo sus planteamientos han transitado del individualismo liberal, al personalismo social. La serie de cambios que ha impulsado la carga ideológica que conllevan los postulados del constitucionalismo, han motivado la necesidad de contar con un instrumento para la creación de un orden social, plasmado en la norma constitucional. Así comprendida, la Constitución adopta como finalidad el posibilitar la construcción jurídica de un orden político que reconozca las principales aspiraciones naturales de la sociedad: libertad e igualdad. Precisamente por considerar a la igualdad como principio se concluye que un orden justo como el que se pretende, contrario por ende al orden natural, solo puede ser creado artificialmente mediante la Constitución, para lo cual debe configurarse como un fiel reflejo de la voluntad popular.

- La evolución de la teoría constitucional nos ha conducido, hoy, a un estadio nuevo en el cual la construcción teórica que venía siendo el soporte de la teoría del Estado ha perdido total validez. Un paso más delante de los postulados que guiaban al positivismo jurídico, fuente fecunda de inequidades sociales, se sitúa una nueva corriente denominada neo constitucionalismo, tendencia que busca potenciar el valor de la persona humana, pero esta vez desde una perspectiva distinta: la de los derechos fundamentales. La carga ideológica ínsita en estos postulados, conlleva a la necesidad del establecimiento de una nueva institucionalidad, tarea en la que el Ecuador se ha bautizado ya al aprobar la norma constitucional de 2008.

Bajo el enunciado conceptual que se plantea, alcanza su desarrollo una importante construcción dogmático-orgánica que parte de un conjunto de principios, situados a nivel constitucional, cuya principal tarea resulta la introducción de un nuevo fundamento de legitimación del derecho. En palabras

de Luigi Ferrajoli, dicha tarea se traduce en la doble sujeción del derecho al derecho, en el cual los derechos fundamentales se convierten en límites y vínculos al poder del Estado, esto en la medida en que no pueden ser menoscabados bajo circunstancia alguna. Concomitantemente, la democracia también deberá ser transformada para constituirse en el nuevo fundamento de la igualdad, pues consecuencia del papel preponderante que juegan, la nueva igualdad será una igualdad en derechos, lo cual destruye la clásica idea de una democracia de mayorías.

Resulta del todo lógico que si un nuevo marco normativo ha de imponerse, el papel que jueguen aquellos llamados a tutelar su efectividad será también diferente. En este sentido, la labor judicial muestra una nueva faceta, proscribiendo la idea del juez “boca de la ley”, para sustituirla por la del “juez garante de los derechos”, inclusive en detrimento de la norma positiva.

- La expansión de la teoría neo constitucional alcanza al Estado ecuatoriano mediante la incorporación a un Estado Constitucional de Derechos y Justicia. Estos tres calificativos, expresados del Estado, demuestran una manifiesta intención de generar un revolucionario cambio en los siguientes términos:
 - a) El Ecuador, como Estado Constitucional ha de experimentar una serie de variaciones que se evidencian en las esferas de la validez de las normas, el papel de la justicia y la labor de la ciencia jurídica;
 - b) Un Estado de Derechos: El tratamiento de la doctrina acerca de este tema ha querido explicarlo desde una doble perspectiva: En primer lugar, se habla de un Estado de derechos desde la pluralidad jurídica, entendida como la multiplicación de las fuentes de las que ha de surgir el nuevo derecho. De esta manera, se abandona el paradigma positivista de la ley como única fuente en la práctica jurídica.

En segundo lugar, y sobre todo, se justifica la idea de un Estado de Derechos por el papel central que se concede a los mismos dentro del funcionamiento estatal. En atención a ello, la norma constitucional de 2008 ha establecido un

amplio catálogo de derechos, y ha determinado que su tutela ha de constituir el máximo deber del Estado ecuatoriano; adicionalmente ha previsto un conjunto de garantías destinadas a conseguir su efectiva vigencia.

- c) Estado de Justicia: La justicia, predicada del Estado, resulta en una necesidad de retomar la idea de que el derecho y la moral no son categorías totalmente separadas y peor aún opuestas. Se evidencia así, la necesidad de que la valoración de las normas que deban ser aplicadas incluya una triple dimensión, determinada por: 1) El principio constitucional; 2) La regla de derecho; y, 3) La valoración de justicia, derivada del resultado producido tras la aplicación de la norma. Bajo estas premisas, el cometido del Estado será la realización de la justicia mediante la aplicación del derecho.

Todo el cambio que se pretende a través de la norma constitucional de 2008, no puede ser analizado sin tener en cuenta el importante acervo de la ideología indígena andina presente a través de la incorporación del Sumak Kawsay como eje de un cambio dogmático. El examen de los múltiples pasajes constitucionales que hacen referencia a dicho postulado, demuestra una notoria tendencia a adoptar un régimen que sea capaz de conducir a aquello que la cosmovisión indígena denomina el “buen vivir”, traducido en la formulación de una nueva ética del desarrollo que permita el crecimiento sustentado en el respeto a la naturaleza y el mejoramiento de la calidad de vida de las personas.

- El nuevo enfoque desde el cual el Estado ecuatoriano construye su institucionalidad, resalta la importancia, a la vez que justifica la presencia en la norma constitucional vigente de tres pilares de la teoría neo constitucional.

En primer lugar se sitúan los principios de aplicación de los derechos, considerados las pautas o líneas guías que determinan la construcción del derecho. Para Robert Alexy, estos postulados no implican normas de aplicación directa, sino parámetros de comprensión del ordenamiento jurídico, lo cual nos conduce nuevamente a vislumbrar la necesidad de una actividad de interpretación, razonamiento y valoración por parte de aquellos llamados a tutelar los derechos.

En segundo lugar, se encuentran los derechos fundamentales, centro de la actividad del Estado ecuatoriano por mandato constitucional que establece como su actividad prioritaria la tutela su efectividad (de los derechos). Su naturaleza se traduce en un conjunto de pretensiones subjetivas, positivas o negativas, reconocidas a un sujeto y cuya actual tendencia busca la universalización en su reconocimiento. El lugar que los derechos ocupan dentro del moderno concepto de Estado, conduce a resaltar su importancia en la medida en que son considerados como prerrogativas hacia, y si es necesario, contra el Estado. Consecuencia de ello ha resultado que sean calificados como “contrapoderes”, en la medida en la que actúan a manera de vínculos y límites del ejercicio del poder, a la vez que se constituyen en el fundamento de la igualdad material. El conjunto de derechos reconocidos por la norma constitucional de 2008 resalta por su amplitud, toda vez que son considerados de igual jerarquía, indivisibles, inalienables, irrenunciables e interdependientes

Finalmente, se encuentran las garantías de los derechos, que han sido incorporadas en el proceso de transición estatal bajo un nuevo enfoque. Partiendo de su concepción como mecanismos de tutela o protección de derechos. La visión bajo la cual éstas han sido desarrolladas en el nuevo texto constitucional difiere de las anteriores, en aspectos que trascienden consideraciones meramente cuantitativas.

El papel preponderante concedido a los derechos dentro de la norma suprema de 2008, así como el mayor grado de libertad que esta confiere a los operadores de la justicia, motivan la necesidad de encontrar soluciones prontas a dos aspectos fundamentales: 1) Las posibles incoherencias del nuevo sistema, identificadas a través de las anomías y antinomias que surgen de la falta de regulación o de la colisión entre derechos; y, 2) El amplio margen de “libertad” que se concede a los encargados de la tutela efectiva de los derechos en el desempeño de sus actividades, mismo que podría dar lugar a la instauración de la arbitrariedad. En este contexto, las garantías cobran fuerza en una doble dimensión: a) Como mecanismos de autodepuración del derecho, mediante los cuales deberán solventarse las lagunas que surjan; y, b) Actuando como frenos a la arbitrariedad

conjuntamente con los derechos, a cuya tutela se encuentra dirigida su formulación.

El sistema de garantías previsto por la Constitución ecuatoriana, demuestra un renovado concepto de las mismas, pues han sido previstas en amplio número, reduciendo los requisitos formales para acceder a ellas, a la vez que extienden su alcance hasta permitir que cumplan con su función de tutelar los derechos reconocidos, por ejemplo, mediante la reparación integral del daño causado. No podemos descuidar la actividad complementaria que ha de desarrollar la ciencia jurídica, destinada al perfeccionamiento de este importante sistema.

- Al finalizar el análisis respecto al sustento filosófico de la Constitución ecuatoriana de 2008, quedan satisfechas nuestras principales preocupaciones respecto a la formulación de un marco jurídico que prevea las condiciones adecuadas para guiar un verdadero cambio social. La importancia que se concede a la persona humana, revalorizada a través de la tutela efectiva de sus derechos; el amplio catálogo de derechos incorporados en el texto constitucional, complementados con un conjunto de previsiones en favor de la naturaleza; así como el sistema de garantías tendientes a brindar una verdadera sustancia a los derechos con independencia de su formulación normativa, hablan muy bien de la dogmática cuya implantación se pretende en nuestro país, sembrando la esperanza de conseguir el anhelado objetivo de una sociedad igualitaria y más justa.

Sin embargo, pese a las diversas bondades que podríamos ponderar respecto a la estructura y contenidos de la Constitución de 2008, debemos dejar sentada nuestra nota de preocupación al observar la patente dificultad en la adopción de sus contenidos, motivada tal vez en la ignorancia respecto al verdadero significado de sus prescripciones, o en una insistente necesidad gubernamental de imponer discrecionalmente su voluntad. Se a cual fuere el verdadero motivo que nos priva del privilegio de gozar a plenitud de uno de los instrumentos con mayor contenido humano en la historia ecuatoriana, con gran alarma observamos la tendencia, cada vez más marcada, a reducir la amplitud y sentido garantista de

sus disposiciones, mediante la expedición de normas secundarias de carácter restrictivo en despecho del expreso mandato constitucional.

Bajo la previsión de sepultar nuevamente una norma constitucional de grandes proyecciones bajo el peso de los intereses egoístas de la ignorancia y la codicia, hago un llamado a emprender en un estudio del texto constitucional ecuatoriano vigente, y a comprender el sentido humanista de sus postulados, contagiándonos de esta manera del espíritu solidario que lo inspira y comprendiendo el papel que nos corresponde desempeñar desde nuestra particular posición en este *“conjunto de relaciones de autoridad compartida”*.

BIBLIOGRAFÍA

Fuentes Bibliográficas:

ACOSTA, Alberto. «El Buen Vivir, una oportunidad para construir.» Ecuador Debate N°75 (2008).

ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro. «Ecuador Estado Constitucional de derechos y justicia.» Ávila Santamaría, Ramiro, et.al. Constitución de 2008 en el Contexto Andino. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro. «Las Garantías, herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos.» Ávila Santamaría, Ramiro y et.al. Desafíos Constitucionales, La Constitución ecuatoriana de 2008 en perspectiva. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro. «Los Principios de aplicación de los Derechos.» Ávila Santamaría, Ramiro y et.al. Constitución de 2008 en el Contexto Andino. Quito: Ecuador, 2008.

ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro. «Retos de una Nueva Institucionalidad Estatal para la protección de los Derechos Humanos.» Ávila Santamaría, Ramiro y et.al. Neoconstitucionalismo y Sociedad. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

BADENI, Gregorio. Tratado de Derecho Constitucional, Tomo I. Buenos Aires: La Ley, 2006.

BORJA CEVALLOS, Rodrigo. Derecho Político y Constitucional. México: Fondo de Cultura Económica S.A. de C.V., 1991.

CARBONELL, Miguel y et.al. Garantismo: Un estudio sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid: Trotta, 2005.

CARBONELL, Miguel y et.al. Neoconstitucionalismo (s). Madrid: Trotta, 2005.

CENTRO EDITOR DE AMERICA LATINA. Teoría Política y Modernidad: Del Siglo XVI al siglo XIX. sf.
Constitución de la República del Ecuador 2008. s.f.

FERRAJOLI, Luigi. Derechos y Garantías, La Ley del más Débil. Madrid: Trotta, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. «Pasado y Futuro del Estado de Derecho.» Miguel Carbonell, et.al. Neoconstitucionalismo (s). Madrid: Trotta, 2005. 13.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Democracia, Jueces y Control de la Constitucionalidad. Madrid: Civitas Ediciones, 200.
- GARCÍA, Aurelio. Ciencia del Estado. Quito: Casa de la Cultura Ecuatoriana, 1978.
- LA MADRID ALIAGA, Jesús Raúl. Apuntes de Derecho Constitucional General. sf.
- LANDWERLIN, Gerardo. Estado Social de Derecho: Forsthoff y Abendroth, Dos Interpretaciones Teóricas para dos posiciones Políticas. sf.
- NEGRI, Antonio. El Poder Constituyente, Ensayo Sobre Las Alternativas de Modernidad. Madrid: Libertarias Prodhuffi, 1994.
- NINO, Carlos Santiago. Fundamentos de Derecho Constitucional. Buenos Aires: Astrea, 2002.
- PASSERIN D'ENTREVÉS, Alessandro. La Noción de Estado. Barcelona: Ariel S.A., 2001.
- PATÍÑO CAMAREÑA, Javier. Constitucionalismo y Derecho Social. sf.
- PÉREZ ROYO, Javier. Curso de Derecho Constitucional. Madrid: Marcial Pons, 2002.
- RAMÍREZ, Manuel. Siete Lecciones y un conclusión sobre la Democracia Establecida. Madrid: Trotta, 2006.
- SALGADO, Hernán. Lecciones de Derecho Constitucional. Ecuador: Abya-Yala, 2003.
- SILVA PORTERO, Carolina. «¿Qué es el Buen Vivir en la Constitución?» Ávila Santamaría, Ramiro, et.al. Constitución de 2008 en el Contexto Andino. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- SILVA PORTERO, Carolina. «Las Garantías de los Derechos.» Ávila Santamaría, Ramiro. Neoconstitucionalismo y Sociedad. Quito: Ecuador, 2008.
- STIF TUNG, Friedrich y et.al. Análisis Nueva Constitución. Quito: La Tendencia, revista de análisis político, 2008.
- TRUJILLO, Julio César. Teoría del Estado en el Ecuador. Quito: Corporación Editora Nacional, 2006.
- WILHELMI, Marco Aparicio. «Derechos: enunciación y principios de aplicación.» Ávila Santamaría, Ramiro. Desafíos Constitucionales, La Constitución ecuatoriana de 2008 en perspectiva. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. El Derecho Dúctil. Madrid: Trotta, 1995.

Publicaciones:

ACOSTA, Alberto. «El Buen Vivir, una oportunidad para construir.» Ecuador Debate N°75 (2008).

PATÍÑO CAMAREÑA, Javier. Constitucionalismo y Derecho Social. s.f.
(Constitución de la República del Ecuador 2008)