



ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN EL ESTADO ECUATORIANO.

AUTORES:

1.- Regis Ernesto Parra Proaño,

ecuadoriano, de 46 años de edad, Licenciado en Ciencias Públicas y Sociales, Doctor en Jurisprudencia y Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República, Máster en Educación, Doctor en Ciencias Jurídicas. Ex Asesor Jurídico del Congreso Nacional, Comisión de Fiscalización. Ex Asesor de la Asamblea Nacional Constituyente. Ex Asesor Jurídico de la Comisión de Legislación y Fiscalización del Ecuador. Ex Asesor de la Asamblea Nacional del Ecuador. Ex Rector de la Universidad Estatal Amazónica, Docente titular de la Cátedra de Derecho Constitucional en la Facultad de Administración de Empresas de la Escuela Superior Politécnica de Chimborazo desde hace 10 años.

Email: regis_parra@hotmail.com

2.- Rodney Eduardo Mejía Garcés,

ecuadoriano, de 40 años de edad, Licenciado en Ciencias Públicas y Sociales, Doctor en Jurisprudencia y Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República, Diplomado Superior en Desarrollo Económico, Diploma Superior en Gerencia de Marketing, Especialista en Gerencia de Proyectos, Especialista en Tributación y Magister Ejecutivo en Dirección de Empresas con énfasis en Gerencia Estratégica. Ex Asesor Jurídico de la Empresa Municipal Mercado de Productores Agrícolas, Ex Asesor Jurídico de la Empresa Municipal de Agua Potable y Alcantarillado, Ex Asesor de la Alcaldía del cantón Riobamba, Ex Asesor Jurídico de la empresa BC OKÓ GARANTIE, Docente titular de la Cátedra Aspectos jurídicos empresariales de la Facultad de Administración de Empresas de la Escuela Superior Politécnica de Chimborazo desde hace 10 años. Aspirante a Doctor de la Universidad de la Habana - Cuba.

Email: rodneymejia79@gmail.com

Para citar este artículo puede utilizar el siguiente formato:

Regis Ernesto Parra Proaño y Rodney Eduardo Mejía Garcés (2018): "Administración de justicia constitucional en el estado ecuatoriano", Revista Caribeña de Ciencias Sociales (febrero 2018). En línea:
[//www.eumed.net/2/rev/caribe/2018/02/justicia-constitucional-ecuador.html](http://www.eumed.net/2/rev/caribe/2018/02/justicia-constitucional-ecuador.html)

SÍNTESIS.

La sociedad ecuatoriana, desde su nacimiento como república independiente, ha pasado por tres periodos constitucionales que resaltan unos de otros: poscolonial; liberal; y, neoliberal, con una derivación social demócrata. La primera, en la cual se mantiene las características de la sociedad feudal europea trasplantada a la nuestra; la segunda, la presencia del estado liberal en base al reconocimiento de libertades fundamentales, donde se maximiza al individuo versus el estado; la tercera, aparece el estado como uno de los actores fundamentales del quehacer social en diversas áreas, atenuando de esta forma los abismos que creó el sistema liberal a partir de la incorporación de derechos sociales y obligaciones estatales básicas, además de asignar al estado la propiedad y gestión sobre ciertos bienes y servicios considerados estratégicos.

Para cada momento histórico, el modelo jurídico como superestructura, fue adaptándose a las condiciones sociales específicas. Al actual estado que en primer momento podemos calificarlo como pos neoliberal, comprende un modelo de estado constitucional, con todas sus características y connotaciones.

La reflexión sobre el estado constitucional, es una actividad de orden teórico académico, que posa su mirada en las corriente de pensamiento del mediados y finales del siglo XX, y comienzos del presente, denominado neo constitucionalismo, constitucionalismo contemporáneo o post positivismo, que si bien su origen es europeo, sus postulados están o se aspira implementar en el Ecuador, y cuya inserción en nuestro sistema jurídico no está exenta de críticas o por lo menos reflexiones jurídicas.

Uno de los ejes de reflexión es el control de constitucionalidad de los actos de poder público, sea se manifiesten en normas (legislación), o se presenten como resoluciones administrativas, e incluso añadimos el control de constitucionalidad de sentencias ejecutoriadas emanadas de la justicia ordinaria; todo esto obedeciendo a un nuevo paradigma, en el cual todo ordenamiento jurídico gire en torno a la constitución escrita, y se vea invadida por ella. Por ende la existencia de un organismo especializado para realizar tal control, diferente en sus competencias y atribuciones de la administración pública en general y de la administración de justicia ordinaria en particular; este organismo que en última instancia decide sobre la “justeza” o constitucionalidad de los actos mencionados anteriormente es la Corte Constitucional.

Por lo motivos expuestos es menester confrontar los postulados teóricos, de los cual ha derivado un nuevo rol para la corte, frente a su conformación en el Ecuador, la misma que impactar a la sociedad ecuatoriana a partir de sus resoluciones. En este sentido, se aborda tres temas fundamentales; el primero, tienen relación a la facultad del pueblo de administrar justicia, en ejercicio de su soberanía, y el procedimiento de delegación de esta atribución jurisdiccional, en base a un modelo de democracia participativa donde se concibe, un poder ciudadano a través de mecanismos de participación diferentes a la democracia representativa. En el segundo punto, veremos como en la práctica esta voluntad soberana puede distorsionarse, no solo desde la incongruencia de un método democrático de selección de jueces constitucionales; sino desde las atribuciones y competencias de la Corte Constitucional; y, por último el papel regulador de los actos de los poderes constituidos, como límite, control y mantenimiento del estado de derecho a fin de no derivar en una sociedad de poder, unilateral y absolutista, en el cual las personas tanto individual como colectivamente, pierdan soberanía y adquieran la calidad de súbditos y no ciudadanos.

SYNTHESIS

The Ecuadorian society, since its birth as an independent republic, has gone through three constitutional periods that stand out from each other: postcolonial; liberal; and, neoliberal, with a social democratic derivation. The first one, in which the characteristics of the European feudal society are maintained, which are transferred to ours; the second, the presence of the liberal

state based on the recognition of fundamental freedoms, where the individual versus the state is maximized; the third, the state appears as one of the fundamental actors of social work in various areas, thereby mitigating the abyss created by the liberal system based on the incorporation of social rights and basic state obligations, in addition to assigning property to the state and management of certain goods and services considered strategic.

For each historical moment, the legal model as a superstructure was adapted to specific social conditions. To the current state that at first we can call it post neoliberal, it includes a constitutional state model, with all its characteristics and connotations.

The reflection on the constitutional state, is an academic theoretical activity, which sets its sights on the current of thought of the mid and late twentieth century, and the beginning of the present, called neo-constitutionalism, contemporary constitutionalism or post-positivism, which although its origin is European, its postulates are or aspires to be implemented in the equator, and whose insertion in our legal system is not exempt from criticism or at least legal reflections.

One of the axes of reflection is the control of constitutionality of acts of public power, whether manifested in rules (legislation), or presented as administrative resolutions, and we even add the control of constitutionality of enforceable judgments emanated from the ordinary courts; all this obeying a new paradigm, in which all legal order revolves around the written constitution, and is invaded by it. Therefore, the existence of a specialized agency to carry out such control, different in its powers and attributions of the public administration in general and of the administration of ordinary justice in particular; This body that ultimately decides on the "fairness" or constitutionality of the aforementioned acts is the Constitutional Court.

For these reasons, it is necessary to confront the theoretical postulates, from which it has derived a new role for the court, as opposed to its conformation in Ecuador, the same that would impact the Ecuadorian society from its resolutions. In this sense, three fundamental issues are addressed; the first is related to the faculty of the people to administer justice, in the exercise of their sovereignty, and the procedure of delegation of this jurisdictional attribution, based on a model of participatory democracy where it is conceived, a citizen power through mechanisms of participation different from representative democracy. In the second point, we will see how in practice this sovereign will can be distorted, not only from the incongruity of a democratic method of selection of constitutional judges; but from the powers and competencies of the Constitutional Court; and, finally, the regulatory role of the acts of the constituted powers, as a limit, control and maintenance of the rule of law in order not to derive in a society of power, unilateral and absolutist, in which people individually and collectively, lose sovereignty and acquire the quality of subjects and not citizens.

I

LA SOBERANIA COMO PRINCIPIO DE AUTORIDAD.

Las sociedades han conocido a lo largo de su historia, una serie de cambios en la titularidad del poder y su ejercicio, éste ha venido cruzando etapas, que van desde el poder ostentado y ejercido por quien tiene conexiones divinas o poderes personales en razón de fuerza, edad, conocimiento, fortunas u otra condición “excepcional”; hasta llegar al poder impersonal de la ley; resultando lo último, por la extinción de la sociedad feudal y nacimiento de la sociedad liberal, y a partir de ahí la construcción del Estado Moderno.

Esta ficción del poder del pueblo manifestado en ley, se lo hacía a través de la democracia representativa, instrumento preconizado por la ideología de una clase social que se abría paso, en búsqueda del poder; y con él el acceso a la propiedad garantizada en norma jurídica; este traslado de la soberanía constituyó el principio de su enajenación, por tanto se convierte la ley en la declaración del poder político y económico de la clase dominante, resultando en la práctica una igualdad meramente formal de las personas, es decir simplemente declarada y no actuada.

Si bien, para varios teóricos comprometidos en el novísimo estado burgués, ésta era la fórmula nueva de pacto social, para otros como Rousseau, por el contrario señalaban, que la soberanía no se enajenaba y esta debe practicarse a la forma del ágora, directa e indelegable; "...no siendo la soberanía más que el ejercicio de la voluntad general, nunca se puede enajenar, y que el Soberano, que es un ente colectivo, sólo puede estar representado por sí mismo, el poder bien puede trasmitirse pero la voluntad no".¹

Es decir, que en el estado de derecho, o civil², los intereses ilimitados de personas o de grupos ceden ante el interés general donde radica la soberanía, cuya voluntad se expresa a través de la ley, en tal sentido el poder realmente radica en el productor de la norma, es por este sentido que el estado moderno, es calificado como un estado legislativo, órgano detentador del poder.

Sin embargo la existencia de la ley, hace que el fenómeno de titularidad y ejercicio del poder aparentemente se torne impersonal, pero no deja de ser clasista; este desarrollo fue paulatino en occidente con altos y bajos; a partir de la democracia esclavista Greco Romana; degenerando en el Medioevo en su fase primera en el cual el monarca como titular absoluto del poder, otorgaba derechos al pueblo llano, luego se avanzó a la negociación de derechos, es decir entre pares, en el cual el Rey ya no otorgaba derechos sino, que los negociaba; y por último el Rey también llegará a ser sometido por la voluntad general manifestada en norma jurídica.³

Paralelamente a lo que ocurría en el continente europeo, una lógica diferente fue desarrollándose en américa, al respecto debe tomarse en consideración que en el asentamiento de las colonias norteamericanas, la constitución como norma fundamental a más de contener derechos inherentes al ser humano anteriores a todo pacto social, la carta es en sí mismo un acto creacional de la comunidad, no solamente organiza la sociedad; sino se convierte en la partida de nacimiento de la comunidad;⁴ este hecho es fundamental tomar en consideración toda vez que una reforma constitucional, consistiría una refundación social, en el pacto siempre renovado, que no procede por la vía ordinaria de reforma de ley, por tanto se considera la constitución como tanto como un instrumento jurídico, y un pacto político.

Estas cartas van haciéndose sólidas en el tiempo, lo que en la actualidad se conoce como rigidez constitucional, con el fin sustancial de impedir se alteren las reglas fundamentales que organizan la sociedad, ya que los textos constitucionales cumplen una función especial; cuál es: la de garantizar que no se produzca una ilegítima suplantación de la soberanía popular que se dio sí misma una constitución, y que la misma no se vea expuesta a una alteración o reforma que "por más 'marginal' que sea desde un punto de vista axiológico produce una

¹ ROUSSEAU, Juan Jacobo, *"El contrato social"*, Momo ediciones, Bogotá, 2012, p. 23.

² Ob. Cit. p. 19.

³ TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *"Introducción al estudio de la Constitución"*, Distribuciones Fontamara, S.A. México, D.F. 1998, pp. 156, 182, 185.

⁴ Ob Cit., p. 67

nueva Constitución.”⁵ En tal sentido toda renovación del pacto debe hacerse de forma constituyente.

Esta manifestación de la soberanía popular plasmada en una constitución escrita, se efectuado de varias formas, una primigenia y originaria cuando se crea la república en nuestro caso en 1830, y las sucesivas a través de reformas o procesos constituyentes. En la actualidad se prevé procesos de reforma o enmienda constitucional, que deja a los poderes constituidos, posibilidad residual de cambio de la carta y a través de un agravado, y en materias específicas;⁶ garantizando de esta forma la titularidad de poder en la ciudadanía.

Pero la garantía de un gobierno impersonal va también, por el establecimiento de garantías de orden jurisdiccional en el cual se le encomienda a un juez el control de los actos de quienes ostenta poder público, a tal punto de poder no inhabilitar decisiones de órganos constituidos que se encuentre confrontado con la norma constitucional.⁷ Así como regular incluso las relaciones entre las personas. “Se puede decir que la Constitución es fuente de derecho por entender que las normas constitucionales son idóneas para regular directamente no solo la organización estatal y las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, sino también las relaciones entre particulares, y son, por tanto, susceptibles de aplicación jurisdiccional por parte de cualquier juez (y no exclusivamente por parte del juez constitucional).”⁸

Esto no debe significar en ningún sentido, que el administrador de justicia ordinario o especial de control de constitucionalidad, esté investido de soberanía popular, por el contrario, se encuentra en la obligación de conformar la norma constitucional con el hecho, o norma supeditada a ella, y no más allá. El Juez creador de derecho, más aún constitucional, de forma arbitraria y libre que actúe a través de valoraciones puede constituir un riesgo aun mayor que los defectos imputables a estado legislativo al cual se pretende superar. Por tanto, sino no cabe una adecuación literal de norma constitucional, una sentencia debe fundamentarse en máximas según el punto de vista del interés general o, en caso de intereses enfrentados, según el interés fundamental.⁹

Es menester, para sostener lo dicho, reiterar el sentido de soberanía, como el ejercicio y manifestación de voluntad y participación general, no posible de ser enajenado y reivindicable en todo momento. Ahora bien este ejercicio se encuentra con ciertas dificultades de orden práctico, que nos empuja a caer en la representación; pero es evidente que tal representación,

⁵ GUASTINI, Riccardo, *“Estudios de Teoría Constitucional”*, Distribuciones Fontamara, S.A., primera edición, México D.F., 2001, p. 43

⁶ Consta los procedimientos de reforma y enmienda de la constitución en el Título IX, capítulo tercero, desde el artículo 441, a 444.

⁷ Consta los principios de aplicación de derechos en el artículo 11; las garantías constitucionales en el título tercero de la constitución.

⁸ GUASTINI, Riccardo, *“Estudios de Teoría Constitucional”*, Distribuciones Fontamara, S.A., primera edición, México D.F., 2001, p. 39

⁹ ALEXI, Robert, *“Teoría de la argumentación jurídica”*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª edición, Madrid, 2007, p. 45.

tienen un carácter de mandato, a modo del encargo que nos refiere el derecho civil; a más de una serie de mecanismos que se pueden optar por el control de los órganos de poder público y quienes desempeñan un servicio público.

Si bien la voluntad popular, puede para muchos no tener el carácter sustancial, y más bien obedece a manifestaciones, deseos y aspiraciones no siempre ligadas a la racionalidad, y se inspira en la satisfacción inmediata de deseos vitales. “Este es el mayor peligro que hoy amenaza a la civilización: la estatificación de la vida, el intervencionismo del estado; es decir, la anulación de la espontaneidad histórica; que en definitiva sostiene, nutre y empuja los destino humanos”.¹⁰ “La masa se dice: “El Estado soy yo”, lo cual es un perfecto error”.¹¹ Planteamiento que pretende fundamentar la sociedad liberal, desde la visión de las capacidades y destellos individuales de seres humanos superiores; al pueblo no se lo puede corromper decía Rousseau,¹² se lo podrá engañar pero no corromper, a más de poder ser un único momento de pronunciamiento de quienes se encuentran en el callejón de la sociedad. De todos modos independientemente de la capacidad de los pueblos, son los ciudadanos los que viven bajo las condiciones de su acuerdo y ese conglomerado es donde actuará las normas.

Esto nos lleva a plantear una serie de riesgos que puede acarrear el modelo de estado judicial desde varias perspectivas: una desde la posibilidad de arrogarse para sí un Juez la soberanía popular en el ejercicio de sus funciones; atentar contra el ordenamiento jurídico, no sólo desde su jerarquía sino también pueden verse afectadas las normas de procedimiento; la ‘humanización’ del juez acarrea una serie de valorizaciones de orden personal, que las amplía de forma directa o indirecta con la forma de ver la sociedad a la que se debe, tendríamos un juez justiciero, y no juez de derecho; con una noción muy particular de ver la justicia y la posibilidad de convertirse en un actor político, ante la ausencia de procedimientos de fiscalización de sus acciones, entre los principales que podríamos anotar.

1.- LA SOBERANIA POPULAR.- Un poco para introducirnos en la temática, se planteó brevemente una serie de ideas, con respecto a la soberanía popular, manifestada en un texto constitucional; y como ella se puede ver amenazada desde los órganos constituidos emanados por la carta.

El Estado como ente jurídico, sometido a un ordenamiento, cuyo contenido es la manifestación de una voluntad e interés de grupos determinados, convirtiéndolo en instrumento para el dominio, a tal punto que su texto leído con detenimiento es la manifestación de determinado interés; no habrá en tanto norma desinteresada y amoral. “Según Marx, el Estado es un órgano de dominación de clase, un órgano de opresión de una clase por otra, es la creación del

¹⁰ ORTEGA Y GASSET, José, “*La Rebelión de las Masas*”, editorial Andrés Bello, Santiago de Chile, 1989, p. 153

¹¹ Ob. Cit. p. 153

¹² ROUSSEAU, Juan Jacobo, “*El contrato social*”, Momo ediciones, Bogotá, 2012, p. 26.

“orden” que legaliza y afianza esta opresión, amortiguando los choques entre las clases”.¹³ Ahora bien, cuando podríamos señalar que estamos ante un Estado en el cual el ordenamiento jurídico contiene un interés legítimo, social, de la clase postergada u oprimida por un determinado *status quo*, vigente y como se manifiesta esa voluntad, será a través de una “constitución entendida como fruto del poder constituyente, legitimada democráticamente, plenamente normativa y cuyo objetivo es materializar la voluntad de los pueblos expresada en el uso de su poder (constituyente)”.¹⁴ Por tanto esa voluntad sea general, debe ser nítida y sin posibilidad de alterarse por los órganos que la crea. No obstante si se lograría una carta constitutiva o proceso constituyente, que refleje esa voluntad, tanto más legítima e idónea es la carta constitucional.

Es tan sustancial esta manifestación, no solamente por el contenido, sino por el procedimiento que debe seguirse,¹⁵ ya que de él deviene el grado de participación. Así resultan ser experiencias sociales especiales, únicas, irrepetibles en muchos casos no pudiendo ser homologadas. A esta experiencia no se puede otorgar paternidad de ninguna naturaleza,¹⁶ en tanto puede obedecer a un proceso político e ideológico determinado. En este sentido, tal manifestación no podría de ninguna forma ser alterada o falseada por persona u organismo que nacen a partir de ella.

Sin embargo, a pesar de esto, el ejercicio del poder nos ha demostrado de forma repetitiva a través de la historia lo insuficiente y desvalido que se torna un texto constitucional, cuando su contenido está en oposición al interés particular o de grupo; convirtiéndola en una constitución formal no material, es decir un texto declarativo, no pragmático, muerto en contraposición a constitución viva que refiere Guastini.¹⁷ Pero este alejamiento de la voluntad popular es arbitrario, su fuente es el abuso, y constituye una alteración grotesca del fin social, cuando esto ocurre podemos identificar con claridad el tipo o situación política en la que nos encontramos, sea una autocracia, dictadura, oligarquía, u otra organización con régimen despótico.

En cambio, no sucede así cuando nos encontramos ante una arrogación de la voluntad general, de forma “ilustrada” y sustentada en el derecho, actuaciones escudadas a nombre del pueblo y al amparo de la misma constitución, tal caso se puede dar con la actuación de quienes conforman la actual Corte Constitucional del Ecuador, que frente a críticas de abrogación de funciones su presidente señala:

“.....las críticas y opiniones negativas aparecidas en diversos medios de comunicación social del país son absolutamente superficiales y representativas de viejos paradigmas

¹³ V.I.Lenin, “*El Estado y la Revolución*”, Ediciones de la Universidad de Cuenca, 1970, p. 8

¹⁴ VICIANO PASTOR, Roberto (Comp.), MARTINEZ, DALMAU, Rubén, VILLABELLA ARMENGOL, Carlos Manuel *et al*, “*Estudios sobre el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*”, Edita Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, p. 16

¹⁵ Ob. Cit. p. 20

¹⁶ Ob. Cit. p. 25

¹⁷ GUASTINI, Riccardo “*Estudios de Teoría Constitucional*”, Distribuciones Fontamara, S.A., primera edición, México D.F., 2001, p. 45

jurídicos positivistas y de legalidad que han caracterizado a más de 160 años de vida republicana, pensamiento que solo tienden a propiciar confrontaciones jurídicas inútiles frente a las realidades de cambio. Esas opiniones públicas han pretendido trivializar un tema profundo como es la transformación del Estado Social de Derecho en Estado Constitucional de Derechos y Justicia”.¹⁸

Desde la óptica de los jueces constitucionales desarrollado en su resolución, a partir de la vigencia de la Constitución de 2008, el Ecuador vive un modelo constitucional diferente a los modelos históricamente adoptados y camina hacia el modelos de los Estados Unidos, donde los jueces a través del control constitucional crean derecho;¹⁹ Por tanto, los jueces se encuentran investidos de soberanía;²⁰ pero este traslado de la soberanía no es siquiera por vía de representación directa, sino por designación de órgano constituido, tanto en los Estados Unidos, como en el Ecuador.

Pero, la diferencia esencial entre el sistema *common law* Inglés con el nuestro, es que la noción del derecho en el primer caso, tiene que ver con la aceptación de tradiciones del pueblo anglosajón, inclúyase luego las colonias en continente americano, las mismas que devienen históricamente de la negociación del monarca con el pueblo, aceptando un conjunto de derechos de las personas, plasmados de forma escrita o no, es decir no legislados de forma específica.

“El derecho “consuetudinario” era una derecho de excepción o de clase: un derecho para los comerciantes, para las transacciones comerciales y bancarias y para los gremios de artesanos y hombres de empresa. Este derecho nació de la costumbre desarrollada por los propios comerciantes y corporaciones y especialmente de la práctica judicial. Los jueces aplicaban lo que consideraban costumbre y así decidían las controversias.”²¹

A tal punto que podríamos identificar al derecho consuetudinario como derecho de creación judicial, eminentemente negociable en función de las prácticas de los grupos humanos antiguos de pueblo anglo y sajón; por tanto el derecho tenía la necesidad ineludible de ampliarse a través de la actuación judicial de forma forzosa, y así crear precedentes que se vinculen a casos análogos; igual sucede con el texto constitucional norteamericana que no tienen ni un tercio del contenido que tienen la constitución ecuatoriano. Es decir abundante y suficiente legislación, que más bien restringe la actuación del administrador de justicia.

¹⁸ Oficio Nro. 19-2008-CC-P, suscrito por el Dr. Patricio Pazmiño Freire, Presidente de la Corte Constitucional para el período de transición, dirigido al Arquitecto Fernando Cordero, Presidente de la Comisión de Legislación y Fiscalización, en noviembre 18 de 2008.

¹⁹ Corte Constitucional, Resolución publicada en Registro Oficial nro. 449, de 20 de octubre de 2008

²⁰ Sus resoluciones ya no serán en nombre de la república y por autoridad de la ley; sino en nombre del Pueblo Ecuatoriano.

²¹ TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, “Introducción al estudio de la Constitución”, Distribuciones Fontamara, S.A. México, D.F. 1998, p. 145

No se puede negar de manera alguna que todo derecho, incluido el derecho romano inició en base a normas de orden consuetudinario,²² su influencia continuó durante la edad media, pero en menor medida como fuente en el derecho romano; sin embargo en el norte de Francia, conservó el carácter de fuente preferida por los jueces;²³ mientras que en el derecho inglés su influencia fue decisiva.²⁴

Debemos anotar también, que el sistema jurídico anglosajón cuyo sustento filosófico es el pragmatismo, posibilita la existencia de un sistema liberal en lo económico y social, cosa que no sucede con la constitución ecuatoriana, que busca una alternativa al modelo económico liberal y por tanto, muchas de las disposiciones en general de orden público no admiten negociación, el papel del estado en todos los ámbitos de la vida individual y colectivo es preponderante, en el modelo establecido en Ecuador.

Ahora bien, de lo dicho se puede colegir que la isla inglesa se mantuvo inmune a las influencias del derecho continental romano, sin embargo esto no es del todo cierto, en cuanto a aspectos ontológicos, no así de procedimiento, “los cambios jurídicos en Inglaterra de los siglos XII y XIII y los últimos siglos de la república romana, resultan ser obra de juristas más que de legisladores, y el modo de expansión de su derecho fue por vía de interpretación judicial. El derecho romano y el inglés pasaron a ser lo que se puede denominar ‘derecho hecho por el juez y, al final, ambos sistemas ostentaron características de tal derecho’.”²⁵

Estos dos grandes sistemas de preferencia en el orden de fuentes y desarrollo de derecho, fue traslado al continente americano, adscribiéndose el Ecuador al sistema de fuente escrita y legal, materializada fundamentalmente en sus inicios en las expediciones de los Códigos Civiles de América latina; sistema del cual según el fallo de la Corte Constitucional nos alejamos. En definitiva lo que podríamos llamar el derecho aplicable en territorio continental y otro insular europeo, recorren diferentes caminos adscribiéndose el Ecuador como señalamos anteriormente al derecho continental, el cual desea abandonar, a más también de reconocer como derecho y formas de administración de justicia a la indígena.

Cuando a la idea de reconocer y obedecer la tradición y el estado de cosas operandi desde los ancestros, se une la idea de crear nuevas normas a través del pacto social, normas fruto de la razón que le es inherente al ser humano²⁶, y por tanto guiados por ella, es posible organizar la sociedad con fines específicos, y la consecución de formas de vida individual y colectiva determinada. Se convierte entonces la constitución a más de una norma de carácter jurídico, en un precepto con contenido político, como en nuestro caso, en el cual la constitución plantea

²² OLANDO GARCIA, Hernán A., “*Qué es la costumbre*”, editorial Temis S.A., Bogotá, 2008, p. 8

²³ Ob. Cit. p. 16

²⁴ Ob. Cit. p. 18

²⁵ TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, “*Introducción al estudio de la Constitución*”, Distribuciones Fontamara, S.A. México, D.F. 1998, p. 157.

²⁶ Las normas jurídicas como producto de la razón, son postulados del derecho natural, susceptibles de ser universalizados y generalizados, tal concepción fue básica para el nacimiento del estado moderno, legislativo.

la realización de un proyecto político específico y determinado por quienes reclaman y/o tienen espacios de poder.

En tanto, nuestro sistema de derecho proveniente fundamentalmente de legislación creada y aprobada bajo un procedimiento específico, sin que por ello no se presenten antinomias y lagunas en el ordenamiento que debe ser el objeto de estudio de la ciencia jurídica. Sin embargo se establecen requisitos formales y materiales para su aprobación y rigurosidades en su aplicación e interpretación, cosa distinta insistimos sucede en el sistema *common law*, en el cual el derecho no es puramente normativo, al respecto Julio Fernández Bulté, al referir la obra del jurista norteamericano Roscoe Pound, nos clarifica diciendo: "...para él, el derecho no es solo un conjunto normativo, sino si verdadera realización en la vida social, por medio de las sentencias, de la realización de las realidades jurídicas, de la aplicación o lo que hoy llamaríamos la real realización del derecho".²⁷

En tal sentido, la actuación del juez en el sistema *common law*, como actor fundamental de la creación de derecho es una situación forzosa, por las razones esgrimidas. En tanto que la actuación del juez en el Ecuador no puede de ninguna forma ser la misma, atado como está el derecho escrito, legislado y cuya legislación se encuentra legitimada por el traslado de soberanía al legislador sea constituyente u ordinario, por tanto se puede concluir que el Juez al actuar en la forma establecida en el fallo de la Corte Constitucional, se arroga soberanía, rompiendo las reglas del Estado de Derecho.

Si bien el pos positivismo, una de las acepciones dadas a las corriente neo constitucionales, ve en la ciencia jurídica y su expresión práctica la fórmula para resolver los problemas de la humanidad, que desde el punto de vista epistemológico y ontológico, es justificable como tarea de la ciencia: "La ciencia aparece cada vez más involucrada en cuestiones tales como, por ejemplo, la gestión de los recursos renovables, el cambio social, la pobreza, el desarrollo y, por supuesto, la generación en la producción del conocimiento".²⁸ Sin embargo, el derecho como expresión humana, no deja de ser una declaración de interés, que deviene de las condiciones materiales de vida que la sociedad en un momento de su historia elige, adapta o está condicionada por la realidad a vivirla.

Ahora bien, parece una realidad indiscutible que el derecho es el resultado de la secuencia de dos actividades: legislar e interpretar,²⁹ actividades que en el estado legislativo le eran privativas a la función legislativa, más aún si el sistema era de separación de los poderes públicos, donde existe un grado de especialización de la actividad y también de carácter privativo; en nuestro sistema de división de poderes, donde se comparte funciones, no es de extrañar que la función ejecutiva, tenga facultades legislativas, y la función judicial tenga

²⁷ BULTÉ, Julio Fernández, "*Filosofía del Derecho*", Editorial Félix Varela, la Habana, 2005, p. 255.

²⁸ RODRÍGUEZ Aguirre, Nelson, "*Ciencia, Tecnología & Sociedad*", Editorial, Universitaria, Universidad Central del Ecuador, Quito, 2012, p. 53.

²⁹ GUASTINI, Riccardo, "*Nuevos estudios sobre interpretación*", Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 37

facultades del interpretar la legislación. Sin embargo ¿dónde se encontraría la dificultad?. Está en la posibilidad de crear derecho por parte del juez, que es propiamente la de legislar; y por otro, la mecanismos de interpretación de los textos jurídicos.

En el primer caso, la existencia de un juez legislador haría innecesaria la existencia de la función legislativa, aunque legisle por excepción, o argumentando el desarrollo de la voluntad del constituyente plasmada en norma constitucional, por tanto, esta legislación no diferiría de la administración del estado medieval, legislación en base a un orden divino o natural.

En el segundo caso, de la lectura de la Resolución de la Corte Constitucional citada, no se alumbra, el procedimiento de interpretación al cual se adscribe, dejando en abandono teórico sobre la situación jurídica existente, situación que se reconoce en el Centro de Estudios de Derecho de la Corte Constitucional, organismo adscrito a la misma, y que en la difusión de las sentencias de esta diría “Suprema Corte”, señala:

“Como se dará cuenta el usuario en estas sentencias iniciales, tampoco existen criterios claros y homogéneos para el manejo del precedente horizontal por parte de los jueces de la Corte; no hay tampoco un lenguaje técnico normalizado de cada una de las acciones; ni existe aún doctrina judicial propia que permita identificar el pensamiento y el enfoque doctrinario que ha desarrollado la Corte”³⁰.

Es que parece claro el número de interrogantes que se abren en la posición general adoptada por la Corte y “sustentada”, cuestionamiento de orden: epistemológico, en cuanto al camino a seguir y reglas a obedecer para una interpretación jurídica y evitar la arbitrariedad; en el orden ético, sobre el derecho justo, y/o correcto, ya que asumimos como irreal la aplicación de normas en todos los casos, tal cual son emanadas por el legislador y nos encontramos indefectiblemente ante creaciones judiciales del derecho,³¹ en tanto el cuestionamiento final será la arbitrariedad que puede tener el Juzgador al momento de resolver y no se convierta en un organismo de garantía de un estado de justicia, sino la expresión de un poder histórico determinado.

Por lo expuesto, es que en la ciencia del derecho, nos preguntamos o mejor dicho fue el iusfilósofo Inglés Ronald Dworkin, quien planteó la interrogante, si es posible encontrar una respuesta única y por tanto “verdadera”, ante un hecho controvertible puesto a conocimiento de un juzgador. Esto trajo consecuencias incalculables en la epistemología del derecho, como por ejemplo el criterio de verdad, si es que élla es posible, o si de acuerdo a Kuhn, las explicaciones científicas son meras construcciones sociológicas, válidas para cierta época que

³⁰ PORRAS VELASCO, Angélica, ROMERO LARCO, Johanna, *“Guía de Jurisprudencia Constitucional Ecuatoriana”*, Centro de Estudios y difusión del Derecho Constitucional, Quito, marzo 2012, p. 39.

³¹ ALEXI, Robert, *“Teoría de la argumentación jurídica”*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª edición, Madrid, 2007, p. 28.

no tienen un significado absoluto, sino que son simplemente las teorías necesariamente falseables (Popper) que consiguen el consenso (paradigma de Kuhn).³²

Es por esta razón que podríamos renunciar a la búsqueda de la verdad en el derecho, a cambio de certezas o de un consenso. Es esta búsqueda del consenso la que va a direccionar la filosofía de la ciencia jurídica y no en ella exclusivamente sino de la ciencia en general, así el lenguaje, la semántica deja de ser solo un medio de transferir ideas, sino un lazo indisoluble y determinante de la vida humana.

II

EL ORDENAMIENTO JURÍDICO.

En el Estado Constitucional de Derechos y Justicia Social, se erradica el monopolio de creación jurídica antes de exclusiva competencia del parlamento, (en el modelo latino) no sólo para la creación de contenidos jurídicos sustantivos, sino adjetivos o de procedimiento. Sin embargo, se mantiene la jerarquía jurídica, las clases de normas jurídicas, etc. Esta ampliación de capacidades legislativas se extiende no solamente al poder ejecutivo, a través de la emisión de las denominadas políticas públicas, para la aplicación de normas constitucionales denominadas programáticas (derechos sociales); también se las da a los jueces a través de sentencias que garanticen 'el ejercicio o goce de un derecho' en aplicación directa de normas constitucionales; (más aún en la aplicación de principios, que de acuerdo a los postulados del constitucionalismo principalista son mandatos de optimización), *alterando el sistema de fuentes, elevando a la jurisprudencia constitucional como el principal alimento del derecho.*

Esto produce un estado de inestabilidad en todos los órdenes y puede dispersar el derecho; en tanto, se debe exigir dado el nuevo rol del juez, criterios de racionalidad en la toma de sus decisiones. "La crisis del derecho en la postmodernidad puede de esta manera, identificarse como la necesidad de encontrar categorías que permitan ordenar y servir de marcos de referencia para la interpretación y la acción jurídicamente relevante en los distintos operadores jurídicos".³³ El caso más relevante es la legislación de normas sustantivas por parte de la Corte Constitucional, a través del control abstracto de constitucionalidad por omisiones normativas.³⁴

³² CASTRO Díaz-Balart, Fidel, *"Ciencia, innovación y futuro"*, Grijalbo, Barcelona, 2002, p. 36.

³³ CASTAÑO BEDOYA, Alejandro, *"Teoría Dinámica del Derecho"*, Librería Jurídica Comlibros. Ltda., Medellín-Colombia, 2005, p. 21

³⁴ El capítulo IX, Control de constitucionalidad de las omisiones normativas, de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control de la Constitucionalidad en sus artículos 128 a 130 señalan:

Art. 128.- Alcance.- El control abstracto de constitucionalidad comprende el examen de las omisiones normativas, cuando los órganos competentes omiten un deber claro y concreto de desarrollar normativamente los preceptos constitucionales. Este control se sujetará al régimen general de competencia y procedimiento del control abstracto de constitucionalidad.

Art. 129.- Efecto de las omisiones normativas.- Las omisiones normativas tendrán los siguientes efectos:

1. En el caso de las omisiones normativas absolutas, se concederá al órgano competente un plazo determinado por la Corte Constitucional para la respectiva subsanación. En caso de que no se expida la normatividad en el plazo concedido, la Corte Constitucional formulará por vía

Además, en el caso de normas de derecho público, en las que se encuentran los Códigos de Procedimiento, textos garantistas del debido proceso; pueden ser revisadas no obstante a criterio de un juzgador se trate de salvaguardar un derecho constitucional superior, y en el peor de los casos reñido a la idea de justicia del juzgador; esta invalidación tácita de la norma jurídica de procedimiento, altera al estado de derecho, en dos aspectos sustanciales, el anotado en el punto anterior de arrogación de soberanía y otro de valoración subjetiva para un caso objetivo, que nunca podría considerarse de aplicación general, ya que la subjetividad de un juez puede verse enfrentada a la subjetividad de otro juez de su mismo nivel o jerarquía.

Si bien se señala que ninguna administración de justicia puede prescindir de valoraciones, no es menos cierto que existen casos en los cuales puede existir una adecuación clara e incontrastable con las normas constitucionales y legales (los denominados casos fáciles). Por lo tanto, “La tesis de que la Jurisprudencia no puede prescindir de valoraciones no significa que no hayan casos en los cuales no existe ninguna duda sobre cómo se debe decidir, sea por razón de las normas vigentes presupuestas, sea por referencia a enunciados de la dogmática o a precedentes”.³⁵

A más de ello, se podría señalar que se busca en la actuación del juzgador se evite juicios morales y actos de ‘valoración’, al guiarse por las reglas de interpretación constitucional; debidamente normadas en la constitución y la ley, todo ello con el fin de alcanzar un criterio de corrección en las resoluciones. Sin embargo, esto acarrea una interrogante no abordada por la Corte Constitucional, tal el caso de cómo alcanzar este criterio de corrección, luego claro está de asumir que esto es posible, es decir que tener una posición cognoscitiva de creación judicial del derecho.³⁶ Porque si es suficiente y obligatoria herramienta para el juzgador constitucional aplicar las reglas de interpretación señaladas en la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control de la Constitucionalidad; estaríamos ante una actuación positiva del derecho a la cual el nuevo sistema parece desear superar, al señalar que el derecho no se

jurisprudencial las reglas básicas correspondientes que sean indispensables para garantizar la debida aplicación y acatamiento de las normas constitucionales. Dichas reglas básicas mantendrán su vigencia hasta que se dicten por la Función o institución correspondiente las normas reguladoras de esa materia.

2. En el caso de las omisiones normativas relativas, cuando existiendo regulación se omiten elementos normativos constitucionalmente relevantes, serán subsanadas por la Corte Constitucional, a través de la sentencia de constitucionalidad condicionada.
3. El control sobre las omisiones normativas relativas comprende la determinación y eliminación de las exclusiones arbitrarias de beneficios, cuando la disposición jurídica omita hipótesis o situaciones que deberían subsumirse dentro de su presupuesto fáctico, y no exista una razón objetiva y suficiente que soporte la exclusión.

Art. 130. – Sentencias de constitucionalidad diferida para evitar la omisión normativa.- Cuando la declaratoria de inconstitucionalidad de una disposición jurídica produzca una omisión normativa que sea fuente potencial de vulneración de derechos constitucionales o produzca graves daños, se podrá postergar los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad.

³⁵ ALEXI, Robert, *“Teoría de la argumentación jurídica”*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª edición, Madrid, 2007, p. 29.

³⁶ GUASTINI, Riccardo, *“Nuevos estudios sobre interpretación”*, Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 47

agota en una norma, el derecho es insuficiente, no avanza a regular todos los hechos y además de eso se moldea al caso a resolver.

Esta situación se agrava cuando no existe siquiera por razones obvias del sistema de derecho legislado, una forma de aplicación de justicia en base a precedentes judiciales, ya que las decisiones deben tener un fundamento constitucional o legal; sin embargo el fallo motivo de este análisis señala: “En el plano teórico, el reconocimiento de la eficacia directa de la constitución, significa desde un punto de vista estricto, que los jueces podrán y deberán servirse de la Constitución para interpretar la ley o para completarla, lo cual significa que la norma superior se aplica, en lugar de, frente a, o por lo menos, junto al resto del ordenamiento”.³⁷

Esta posibilidad de alejamiento del juez de la ley, en circunstancias específicas, da pauta a inaplicar una norma jurídica sustantiva o adjetiva, dejando en el limbo a la norma jurídica, ya que no la deroga, manteniendo un conjunto de normas existentes pero no vigentes, para un juzgador. Pero esto no es todo, ya que en el caso propuesto hablamos de ley, sin embargo se hace relevancia sobre la facultad de un juez de interpretar el texto constitucional, es decir el encajonamiento no solo de normas sino de principios constitucionales para casos reales. Pero, ¿bajo qué principios operaría esta actuación judicial?: al parecer bajo la tesis de la argumentación jurídica;³⁸ la misma que se sustenta en las teorías del discurso racional de Jürgen Habermas, para quien solo la fuerza del argumento puede en última instancia, producir la fundamentación de la verdad.³⁹ Sin embargo y contrariando la opinión del filósofo Kaufmann señala que: Los esfuerzos de Habermas, Apel, Höffe y muchos otros por suministrar una fundamentación final, a los enunciados morales y jurídicos (y ciertamente de contenido), significan un exceso intelectual, que nadie puede alcanzar”.⁴⁰

Siendo así y no zanjado el problema fundamental sobre la verdad, en cuestiones de moral y justicia y la forma de encontrarla, nos vemos abocados nuevamente a un actuar guiado por el positivismo jurídico, eso sin contar que asumir a la jurisprudencia constitucional como primera fuente de derecho, omitiendo que la misma es consecuencia de las normas positivas hace que la presencia del cuerpo legislativo sea innecesaria en este sistema, ya que bastaría con la expedición de la constitución por parte del soberano, y ni siquiera eso, ya que se puede interpretar la constitución, para que lo demás sea desarrollado por los Jueces, incluyendo el control político.

Esta reacción al normativismo, nos lleva a posiciones no dichas en el fallo pero si relacionadas, tal el caso de los postulados de la Escuela de Derecho Libre. En la obra citada de Bulté señala:

³⁷ Corte Constitucional, Resolución publicada en Registro Oficial nro. 449, de 20 de octubre de 2008.

³⁸ Refiero a la obra citada de Robert Alexi, Teoría de la argumentación jurídica.

³⁹ HABERMAS, Jürgen, “Teoría de la Acción Comunicativa, racionalidad de la acción y racionalidad social”, Taurus Humanidades, Madrid, 1998., P. 190.

⁴⁰ KAUFMANN, Arthur, “La Filosofía del Derecho en la Posmodernidad”, Editorial Temis, Bogotá, 2007. p. 51.

“Una de estas direcciones de más clara impronta se encuentra en la llamada *Escuela de Derecho Libre (Freirecth*, en alemán) , cuyo principal exponente en Francia fue Geny, quien defendió que debía dejarse a los jueces un total arbitrio, en realidad un gran –ámbito de capacidad creadora- dentro de la cual pudiera resolver los litigios, aunque señalando que para ello no debía atenerse a sus caprichos u opiniones personales, sino a criterio que le dictarán los fines generales de la sociedad.”⁴¹

Se dirá que el juez se encuentra sometido a la constitución y por lo tanto no existe tal arbitrio, pero siguiendo a la afirmación que el derecho es insuficiente ninguna constitución por si sola regularía todos los actos de la sociedad y del estado, por tanto necesariamente aparece la figura del juez creador, “un juez ideal al que Dworkin llama ‘Hércules, equipado con superman skill, learning, patience and acumen, es decir, con habilidad, sabiduría, paciencia y agudeza sobrehumanas, estaría en situación de encontrar la única respuesta correcta. Al juez real le corresponde la tarea de aproximarse a este ideal lo más posible”,⁴² sea a través de desarrollar principios constitucionales, o normas jurídicas constitucionales.

El problema radica que el estado legislativo pierde vigencia, por efecto no de un sistema jurídico determinado, sino de un sistema político económico que los condiciona y lo rige, tanto en el control del poder judicial como en los contenidos de la ley y la administración de justicia, a tal punto que muchos contenidos de derecho positivo es ‘justo’, no encontrando aplicación aún existiendo las vías para hacerlo.

EL DERECHO JUSTO.

El fallo de la Corte Constitucional del Ecuador que es materia de nuestro análisis contiene no solo aspectos estrictamente constitucionales, que pueden ser encasillados en temas de teoría constitucional, sino que también existen aristas relacionadas con teoría del derecho, en cuanto a la relación del derecho con la moral y el derecho justo, a sabiendas de que sobre este tema no existe consenso entre ius filósofos, tomando en consideración por un lado la relación ineludible entre estos dos conceptos, mientras que para el positivismo jurídico, “el concepto de derecho ha de definirse de manera que no incluya, en absoluto ningún elemento de la moral”.⁴³

Así como en filosofía se transita entre posiciones marcadamente opuestas, idealismo versus materialismo; sucede algo parecido con el derecho cuya discusión ontológica la podríamos enunciar entre las tesis ius naturalistas y positivistas. En el primer caso considérese normas existentes anteriores al ser humano, inmutables, eternas o dadas por divinidad; o considérese también como normas provenientes de la razón como cualidad propiamente humana; por lo que las normas positivas no son sino un reflejo de ellas. O en el segundo caso, la negativa rotunda de la existencia de normas que no sean otras que las provenientes del convenio; y acuerdo de la voluntad que ejerce un poder estatal, que considera ciertos intereses, actos y

⁴¹ BULTÉ, Julio Fernández, “*Filosofía del Derecho*”, Editorial Félix Varela, la Habana, 2005, p. 255.

⁴² ALEXI, Roberto, “*Derecho y razón práctica*”, Distribuciones Fontamara, S.A, México, 2010, p. 8.

⁴³ Ob. Cit. p. 44.

conductas y los ajusta a los contenidos de todo derecho, la materia prima en base del cual se construye un sistema jurídico.

Por tanto, el positivismo jurídico busco edificar un sistema limpio, puro, exento de ser utilizado para legitimar el poder sea divino o burgués;

“Con una falta total de sentido crítico la ciencia del derecho se ha ocupado de la psicología y la biología de la moral y la teología. Puede decirse que hoy por hoy no hay dominio científico en el cual el jurista no se considere autorizado a penetrar, Más aún, estima que su prestigio científico se jerarquiza al tomar en préstamo conocimientos de otras disciplinas. El resultado no puede ser otro que la ruina de la verdadera ciencia jurídica”.⁴⁴

Sin embargo, no puede lograr tal emancipación, porque el derecho es manifestación de interés y de poder; pero de todos modos nos señala que los contenidos de la norma jurídica no obedece a un insalvable y fatídico orden causal, sino de imputación,⁴⁵ y escrito a través de la convención, pero esta convención o pacto para la construcción de disposiciones legales se torna en el elemento más esencial, sin importar su contenido más que su creación, es decir la ley es ley aun siendo injusta por tanto de cumplimiento obligatorio, sin que no se deba a ningún derecho anterior o divino que más bien lo niega. “La fuerza obligatoria del derecho positivo solo puede fundarse precisamente en el hecho de que el derecho justo no es ni reconocible ni demostrable”.⁴⁶ Además tenemos que tomar en consideración que la soberanía era trasladada, al poder legislativo quien tenía la suficiente fuerza y exclusividad en la creación jurídica, el derecho rompe relaciones con la moral y deja a la justicia en el campo de la discusión metafísica.

En estas condiciones el administrador de justicia se convierte en un ser analítico, el cual ajusta sus resoluciones a la norma jurídica, sin otra consideración que no sea el contenido de la ley, y bajo el procedimiento señalado en la misma.

Sin embargo, tal forma de concebir el mundo, y evidentemente el derecho se verá abrumada ante la realidad del ser humano, no solo *considerándolo* como ser racional, sino *también*: volitivo, emotivo; intuitivo; pasional, *abriendo paso de esta forma a* una percepción irracionalista, que nos aleja del positivismo y un racionalismo idílico; y como Kaufmann aboga por un pluralismo en ciencia y filosofía⁴⁷. En el derecho *resulta entonces que* no es importante solo su *proceso* de creación, “*auctoritas non veritas facit legem*” sino, su contenido, el fin que persigue; el derecho nuevamente se hermana con la justicia y la moral, *siendo esto último en donde va a basar su validez, por tanto vale el derecho no en cuanto como la forma de su*

⁴⁴ Kelsen, Hans, “*Teoría Pura del derecho*”, Editorial Unión, Ltda, Santafé de Bogotá, 2000, p. 13.

⁴⁵ Ob. Cit. p. 22

⁴⁶ Radbruch, Gustav, “*Relativismo y derecho*”, editorial Temis S.A., Bogotá, 2009, p. 3.

⁴⁷ Kaufmann, Arthur, “*La Filosofía del Derecho en la Posmodernidad*”, editorial Temis S.A., Bogotá, 2007, p. 16.

creación; sino por la adecuación de su contenido a la justicia y a la moral, sin que por ello sea acientífica e irracional; es decir se dota de valor a la norma jurídica, rompiendo el paradigma que lo científico debe ser lo cuantificable, e ingresa nuevamente los valores en la doctrina jurídica, *esta relación derecho-moral, era negada por el positivismo kelseniano ya que*: “El problema de los valores es en primer lugar un problema de conflicto de valores, y este problema no puede resolverse mediante el conocimiento racional. La respuesta a esta pregunta es un juicio de valor determinado por factores emocionales y, por tanto, subjetivo de por sí, válido únicamente para el sujeto que juzga y, en consecuencia, relativo.”⁴⁸

En estas circunstancias la función del administrador de justicia cambia, o posiblemente nunca cambió, sino se reconoció un modo de actuar que le estaba antes vedado. Recordemos que apartarse el juzgador de la disposición legal aplicable a un caso, constituye un tipo penal, el prevaricato es la camisa de fuerza del Juez. Antes la disposición analítica del juzgador, pasa ahora a un procedimiento hermenéutico, antes inadmisibles para el juez. Pero esta ‘humanización’, del administrador de justicia, antes robotizado; acarrea una serie de valoraciones de orden personal, las mismas que las proyecta en sus decisiones, bajo la bandera de obrar de forma justa; tendríamos como se señaló en páginas anteriores un juez justiciero y no un juez de derecho.

Es por esta última afirmación, que el nuevo modelo no solo tiene implicaciones con la teoría constitucional; incluso contienen posiciones epistemológicas específicas; que van cambiando desde la aceptación de verdad a aquellos hechos plenamente verificables, objetivos, cuantificables, experimentables;⁴⁹ pasando a aquella verdad asumida de la práctica, de la producción de vida, de la utilidad, en la cual lo bueno no es sino lo útil;⁵⁰ y, por último, hermana nuevamente la justicia con el derecho, la verdad jurídica no radica exclusivamente en el contenido de la ley; sino también en el criterio del juzgado, “El lema decisivo es intersubjetividad y esto significa comprensión (que no es lo mismo que evidencia), verificabilidad, plausibilidad, por último y sobre todo capacidad de consenso”.⁵¹ La verdad ahora es consensuada entre seres dialogantes.⁵²

En conclusión la Corte Constitucional, se cobija en la experiencia anglo americana de aplicación del derecho, por tanto constituye un complicación teórica encasillar el modelo jurídico ecuatoriano, por un lado, con abundante legislación, construida bajo el imperio del positivismo, que da no de forma completa, pero si suficiente la herramientas necesarias a la

⁴⁸ Kelsen, Hans, “¿Qué es Justicia?”, Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1992, p. 39.

⁴⁹ GARCIA, Morente, “Lecciones preliminares de filosofía”, editores mexicanos unidos, S.A., 5ta edición, México, 1982, p. 264.

⁵⁰ Stuart Mill John, “Sobre la libertad”, www.ateismopositivo.com.ar/stuart%20mill%20-%20sobre%20libertad.pdf, p.36.

⁵¹ KAUFMANN, Arthur, “La Filosofía del Derecho en la Posmodernidad”, editorial Temis S.A., Bogotá, 2007, p. 36.

⁵² HABERMAS, Jürgen, “Teoría de la Acción Comunicativa I, racionalidad de la acción y racionalidad social”, Taurus Humanidades, Madrid, 1998., P. 55.

sociedad para la realización de una sociedad nomocrática, aunque a criterio de los contrarios al positivismo no necesariamente justa.

III

PODER NO JURISDICCIONAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Por último, debemos señalar que constituye un estancamiento en nuestro texto constitucional vigente ciertos elementos básicos, a considerar como lo son; la forma de designación de los Magistrados de Corte Constitucional; la imposibilidad de ser sometidos a juicios políticos, colocándose en un pilar superior de los órganos constituidos; pero fundamentalmente un mal entendido poder de interpretación, que degenera en la creación de nuevos tipos normativos, diferentes de la legislación no solo constitucional sino legal existente en un estado.

La Corte Constitucional es el máximo organismo de control, interpretación y administración de justicia en materia constitucional, competencias que lo ubican como un órgano no sólo jurisdiccional, sino de control de los actos del poder público; como sucede en otros estados de derecho;⁵³ un caso específico son conflictos de competencia. Sin embargo, esta facultad de control político, denominada fiscalización correspondía fundamentalmente en el estado legislativo, a la asamblea; capacidad no perdida en las normas constitucionales ecuatorianas pero si disminuidas al poder legislativo, entendiéndose que en el *ancien régime*, la soberanía se trasladaba a la legislador, a manera de representación, en unos casos de forma revocable, en otros no; es decir, que de cierta forma se producía una enajenación de la soberanía, punto de vista no adoptado en nuestra propuesta constitucional, la cual se adscribe a los postulados Rousseauianos, la soberanía sin lugar a dudas radica el pueblo, de forma inalienable; por tal razón correspondía también de forma obligatoria la facultad de interpretar la ley.

En esta lógica y con fundamento en la importancia que da el sistema democrático de derecho a la participación ciudadana, exclusivamente el constituyente y ningún órgano, peor aún de aquellos que devienen de designación indirecta; es decir, que no sea fruto de un proceso de elección directa, tendría competencias de alterar el contenido de sus constitución; si bien la eficacia de sistema jurídico radica esencialmente en la actuación de los jueces, quienes hacen efectivas las normas jurídicas constitucionales o legales, los textos jurídico no son ni pueden ser elaborados por otro que no sea el soberano. Es más el nuevo constitucionalismo no ve exclusivamente la dimensión jurídica como lo importante, sino en un primer orden la legitimidad democrática de la constitución: “el nuevo constitucionalismo busca analizar, en un primer

⁵³ FERRAJOLI Luigi, ALEXI Robert, GUASTINI Riccardo, et al, “*Neoconstitucionalismo (s)*”, Edición Miguel Carbonell (Comp.), Editorial Trotta, tercera edición 2006, Madrid, pp. 69, 70

momento, la *exterioridad* de la constitución; es decir, su legitimidad, que por su propia naturaleza solo puede ser extrajurídica”.⁵⁴

Si el control de poder público en todas sus expresiones, sea a través de actos administrativos dispositivos, sea a través de actos normativos, no se pueden dar de forma efectiva y contundente, se ha vulnerado la existencia del estado de derecho, el cual se debe caracterizar por equilibrar las relaciones de poder y ajustar a la voluntad del pueblo; así una Corte Constitucional, que más bien se conforma por miembros o ternas de los poderes constituidos,⁵⁵ produce un contrasentido en el fin del estado constitucional, que como anotamos anteriormente y reiteramos, es equilibrar las relaciones de poder en el estado.

Cuando las relaciones de poder se dan de tal forma que una persona o institución, lleva a efecto y materializa su voluntad, aún con la anuencia, y peor con resistencia de los quienes son afectados por ella, nos encontramos ante una relación de poder y no de derecho;⁵⁶ esto puede ser causado por la forma de designación de los Magistrados de Corte Constitucional, cuando tal designación es, en primer lugar de forma indirecta y en segundo lugar deviene de poderes constituidos a los cuales debe más bien controlar.

Ante esta circunstancia es pertinente citar un procedimiento alternativo relacionado, a la designación de jueces de corte constitucional, traído por la constitución Boliviana, es decir la selección de magistrados,⁵⁷ que si bien puede ser blanco de otras críticas justificadas fácticamente, no es menos cierto que la representación y su origen es directo y le dota de legitimidad para ejercer la competencias otorgadas por la constitución.

Por tanto, la designación de los miembros de la Corte Constitucional, muy por el contrario a lo establecido en nuestra carta debe provenir de la ciudadanía, y específicamente de personas que en lo posible no tengan relación con los poderes constituidos, quienes serán sujetos de su control a través de sus amplias competencias jurisdiccionales en la materia; específicamente un proceso abierto, universal y bajo las condiciones de transparencia, impugnación y veeduría ciudadana.

A más, de lo anteriormente citado, una vez realizada la designación de un juez constitucional, este entra en una burbuja o coraza, que impide juzgar sus actuaciones, no solamente desde la

⁵⁴ VICIANNO PASTOR, Roberto (Comp.); MARTINEZ DALMAU, Rubén; VILLABUELA ARMEGOL, Carlos Manuel, el al, *“Estudios sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano”*; Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 20.

⁵⁵ El artículo 434, de la constitución de la república del ecuador señala: “Los miembros de la Corte Constitucional se designará por una comisión calificadora que está integrada por dos personas nombradas por cada una de las funciones, Legislativa, Ejecutiva y de Transparencia y Control Social. La selección de los miembros se realizará entre las candidaturas presentadas por las funciones anteriores, a través de un concurso público, con veedurías y posibilidad de impugnación ciudadana. En la integración de la Corte se procurará la paridad entre hombres y mujeres.

El procedimiento, plazos y demás elementos de selección y calificación serán determinados por la ley.

⁵⁶ BODENHEIMER, Edgar, *“Teoría del derecho”*, Fondo de Cultura Económica, cuarta reimpresión, México, 2005, p. 34.

⁵⁷ Constitución de la República de Bolivia, artículos, 117 numeral III, 119 numeral IV.

perspectiva política, sino jurídica⁵⁸: en el primer caso, no se puede iniciar un juicio político, en otras palabras un proceso de fiscalización, competencias exclusivas de la función legislativa, anulando también una fiscalización directa por parte de la ciudadanía; es decir, se establece una relación de poder equidistante con el constituyente.

En cuanto tiene que ver a su enjuiciamiento por actos y omisiones comunes, se establece un procedimiento de excepción, que no tienen que ver con el fuero, sino privilegios propios que quebrantan los principios de igualdad formal y material, así la causa y resolución que lo condene a un juez constitucional, tienen que ser procesada y emitida por el pleno de la Corte Nacional de Justicia. Luego de ello su destitución se perfeccionaría a través de la misma Corte Constitucional, conformada por nueve miembros, de los cuales es necesaria la voluntad de sus dos terceras partes, es decir prácticamente seis jueces constitucionales⁵⁹.

En cuanto a sus capacidades jurisdiccionales, específicamente de administración de justicia en materia constitucional, entre las garantías jurisdiccionales establecidos en la constitución del Ecuador, encontramos la acción extraordinaria de protección; la misma que ataca autos y sentencias definitivas y ejecutoriados emanados por la justicia ordinaria; por tanto la Corte Constitucional a más de Suprema Corte al estilo norteamericano de control de los poderes públicos, se puede convertir en tribunal extraordinario de última decisión, en la administrar justicia en general.

Una Corte Constitucional con capacidad de actor político.- Este organismo a más de lo citado anteriormente se puede convertir bajo este esquema en una institución política y no de justicia e interpretación constitucional, ya que todos los actos pueden llegar a desembocar en una actuación de la Corte, no solo por la capacidad jurisdiccional, sino de control de la constitucionalidad, de las actuaciones realizadas fundamentalmente por la Asamblea Nacional, erigiéndose en un poder omnímodo con capacidad política, porque tienen competencia de control sobre políticas públicas.

En el Estado constitucional de derechos, la constitución es un cuerpo jurídico, sustantivo y procedimental cuya aplicación es directa e inmediata tanto en lo referente a los derechos como a principios establecidos en ella. Esto no significa que la constitución haya perdido un contenido político ideológico; en tanto establece un proyecto de país específico,⁶⁰ en buena

⁵⁸ El Art. 431 de la constitución señala: “Los miembros de la Corte Constitucional, no estarán sujetos a juicios políticos ni podrán ser removidos por quienes los designen. No obstante estarán sometidos a los mismos controles que el resto de autoridades públicas y responderán por los demás actos u omisiones que cometan en el ejercicio de sus funciones.

Sin perjuicio de la responsabilidad civil, en caso de responsabilidad penal únicamente serán acusados por la Fiscal o el Fiscal General de la Nación y juzgados por el pleno de la Corte Nacional de Justicia, para cuyo efecto se requerirá el voto conforme de las dos terceras partes de sus integrantes.

Su destitución será decidida por las dos terceras partes de los integrantes de la Corte Constitucional. El procedimiento, lo requisitos y las causas se determinarán en la ley”.

⁵⁹ Artículo 431, de la Constitución de la República del Ecuador.

⁶⁰ En las tesis sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano, es conveniente avanzar en su concepción no solamente a los aspectos de forma de desarrollo del contenido del articulado

medida adoptado por el constituyente y al cual se deben encasillar los actos de los administradores públicos, entre los cuales se encuentra la Corte Constitucional y sus integrantes, más aun siendo un organismo de control de la constitucionalidad de los todos actos de poder público; es decir, cumple el objetivo de garantizar la existencia de un estado de derecho, a través del sometimiento del poder a la ley.

Pero qué sucede cuando el máximo administrador de justicia constitucional se encuentra compuesto por delegados de los poderes constituidos, unidos por un cordón umbilical nunca abolido, podríamos decir el mismo pecado venial que tienen las cortes de justicia, se puede en la práctica romper el estado del derecho; más aún cuando entre las competencias del máximo organismo de justicia constitucional como hemos señalado reiteradamente, está la de interpretar el texto constitucional, concluyendo que los actos emanados por él pueden tener un interés político ideológico ajeno al precepto constitucional.

CONCLUSIONES:

1.- Si utilizamos el concepto liberal, no exclusivamente desde sus consecuencias económicas sino políticas, vemos que a la democracia liberal le es compatible la democracia representativa, es decir hay una simbiosis entre economía liberal y democracia representativa; sin embargo la fórmula de la democracia representativa cuyo punto culminante está dado en el sufragio universal, no ha garantizado un ejercicio efectivo de poder de los ciudadanos; es así que frente a esto el modelo se presenta el estado democrático aspira hacer efectivo el ejercicio del poder ciudadano de dos formas: uno, a través de implementar derechos sustantivos de participación, y otra edificando una estructura orgánica estatal, en la cual exista un poder ciudadano en la misma jerarquía que los poderes clásicos. Por tanto si entre los poderes y potestades públicas ejercidas por delegatarios, como sucede en la administración de justicia, no refleja tanto en su forma de conformar los órganos como en sus atribuciones y competencias la voluntad e interés general ni social, no se estaría en capacidad de considerar a la organización, ni como un estado democrático, ni como un estado de derecho.

2.- Si el ordenamiento jurídico de un estado constitucional, gira en torno a la constitución y más allá, las normas y reglas están redactadas de forma subordinada a la carta fundamental, su alteración e incluso su interpretación es un acto propio de soberanía, en tal sentido las facultades interpretativas de las Corte Constitucional sobre normas, principios y demás contenidos constitucionales sería un ejercicio de soberanía, por tanto lógicamente se desprende que su designación debería ser o de forma directa a través de mecanismo de

constitucional, sino al planteamiento de una nueva cosmovisión, que quiere toman distancia de occidente y del eurocentrismo que en temas constitucionales se ha desarrollado en la historia, esta nueva cosmovisión en Ecuador se puede titular como el Sumak Kawsay.

participación universal, y no que devienen de la propuesta de poderes constituidos, con parcelas de soberanía.

3.- La visión del juez creador de derecho, es una realidad controvertible que puede tener diversas explicaciones, pero las aquí señaladas tienen relación fundamentalmente con dos cosas: la una sobre la arrogación de soberanía por parte del juzgador; y, la otra desde la actuación de un juez en un ordenamiento jurídico donde la fuente del derecho es primordialmente consuetudinaria; y de un ordenamiento, donde la fuente primera es la ley. En el primer caso la facultad de crear normas legales es del pueblo, de forma directa, o a través de diferentes mecanismos de participación, con el fin de que se constituya en un verdadera declaración de beneficio colectivo; sin embargo la actividad del juzgador que no es exclusivamente la de aplicación de la ley, sino la de juzgar la ley también, le ubica en un orden trascendental o superior al pueblo, como si se fuese el intérprete de su voluntad no delegada de forma directa, sino indirecta. Esto podría resultar que las facultades de administración de justicia, responde a un orden superior al real y formalmente otorgado.

En el segundo caso el derecho consuetudinario, necesita ser desarrollado no solo por legislación positiva, sino a través de precedentes judiciales, lo cual resulta ser más idóneo que interpretar el sentido de una norma jurídica, las costumbres se caracterizan por ser estáticas y permanentes, sin que por ello sean perennes; es el accionar de la sociedad recogida in concreto la guía del juzgador mientras que la ley podríamos decir es recogida in abstracto por el legislador.

4.- En el orden de cosas que estamos planteando se deduce que si el nuevo rol del juez ordinario y especialmente del juez constitucional ha variado sustancialmente, como constructor de un estado de "justicia"; su legitimidad no sería asunto de simple formalismo; sino cuestión de vital importancia, a saber por dos cosas planteadas en el presente trabajo: una porque regula y/o controla los actos de los poderes públicos, es decir tiene que mantener un estado de cosas donde en el que se medie entre el absolutismo y el anarquismo, en una posible organización social de equilibrio en el ejercicio del poder; y, por otro lado defender los derechos de las personas frente al poder, a través de resoluciones que vayan contra sus actos. Esto requerirá maximizar la independencia de los juzgadores, con respecto a los poderes reales y fácticos, a tal punto que devengan de un origen y selección exclusivamente y eminentemente ciudadana. Sin embargo esto al parecer no se da, ya que la conformación de la Corte Constitucional Ecuatoriana, devienen de personas presentadas por los mismos poderes sobre los cuales ejercerá las funciones antes señaladas, y por ende sería conveniente avanzar o experimentar un proceso de selección ciudadana de jueces en general.

BIBLIOGRAFIA.

1. ALEXI, Robert, *"Teoría de la argumentación jurídica"*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª edición, Madrid, 2007.
2. ALEXI, Roberto, *"Derecho y razón práctica"*, Distribuciones Fontamara, S.A, México, 2010.
3. BODENHEIMER, Edgar, *"Teoría del derecho"*, Fondo de Cultura Económica, cuarta reimpresión, México, 2005.
4. BULTÉ, Julio Fernández, *"Filosofía del Derecho"*, Editorial Félix Varela, la Habana, 2005.
5. CASTAÑO BEDOYA, Alejandro, *"Teoría Dinámica del Derecho"*, Librería Jurídica Comlibros. Ltda., Medellín-Colombia, 2005.
6. CASTRO Diaz-Balart, Fidel, *"Ciencia, innovación y futuro"*, Grijalbo, Barcelona, 2002.
7. FERRAJOLI Luigi, ALEXI Robert, GUASTINI Riccardo, et al, *"Neoconstitucionalismo (s)"*, Edición Miguel Carbonnell (Comp.), Editorial Trotta, tercera edición 2006, Madrid.
8. GARCIA, Morente, *"Lecciones preliminares de filosofía"*, editores mexicanos unidos, S.A., 5ta edición, México, 1982.
9. GUASTINI, Riccardo, *"Estudios de Teoría Constitucional"*, Distribuciones Fontamara, S.A., primera edición, México D.F., 2001
10. GUASTINI, Riccardo, *"Nuevos estudios sobre interpretación"*, Universidad Externado de Colombia, 2010.
11. HABERMAS, Jurgen, *"Teoría de la Acción Comunicativa I, racionalidad de la acción y racionalidad social"*, Taurus Humanidades, Madrid, 1998.
12. KAUFMANN, Arthur, *"La Filosofía del Derecho en la Posmodernidad"*, Editorial Temis, Bogotá, 2007.
13. KELSEN, Hans, *"¿Qué es Justicia?"*, Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1992.
14. KELSEN, Hans, *"Teoría Pura del derecho"*, Editorial Unión, Ltda, Santafé de Bogotá, 2000.
15. OLANDO GARCIA, Hernán A., *"Qué es la costumbre"*, editorial Temis S.A., Bogotá, 2008.
16. ORTEGA Y GASSET, José, *"La Rebelión de las Masas"*, editorial Andrés Bello, Santiago de Chile, 1989.
17. PORRAS VELASCO, Angélica, ROMERO LARCO, Johanna, *"Guía de Jurisprudencia Constitucional Ecuatoriana"*, Centro de Estudios y difusión del Derecho Constitucional, Quito, marzo 2012.
18. RADBRUCH, Gustav, *"Relativismo y derecho"*, editorial temis S.A., Bogotá, 2009.
19. RODRÍGUEZ Aguirre, Nelson, *"Ciencia, Tecnología & Sociedad"*, Editorial, Universitaria, Universidad Central del Ecuador, Quito, 2012.
20. ROUSSEAU, Juan Jacobo, *"El contrato social"*, Momo ediciones, Bogotá, 2012.

21. Stuart Mill John, *"Sobre la libertad"*, www.ateismopositivo.com.ar/stuart%20-%20sobre%20libertad.pdf .
22. TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *"Introducción al estudio de la Constitución"*, Distribuciones Fontamara, S.A. México, D.F. 1998.
23. V.I.Lenin, *"El Estado y la Revolución"*, Ediciones de la Universidad de Cuenca, 1970.
24. VICIANO PASTOR, Roberto (Comp.); MARTINEZ DALMAU, Rubén; VILLABUELA ARMEGOL, Carlos Manuel, el al, *"Estudios sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano"*; Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

OTRAS FUENTES

1. Oficio Nro. 19-2008-CC-P, suscrito por el Dr. Patricio Pazmiño Freire, Presidente de la Corte Constitucional para el período de transición, dirigido al Arquitecto Fernando Cordero, Presidente de la Comisión de Legislación y Fiscalización, en noviembre 18 de 2008.
2. Corte Constitucional, Resolución publicada en Registro Oficial nro. 449, de 20 de octubre de 2008
3. Constitución de la República del Ecuador.
4. Constitución de la República de Bolivia.