

El Neoconstitucionalismo en la mira

Neconstitutionalism in sight

Jaime Vintimilla

Profesor a tiempo completo en la escuela de Jurisprudencia de la USFQ

Beati monoculi in regno caecorum

Resumen

Desde la expedición de la Constitución de la República en 2008, se anunció un cambio de paradigma radical en función de los lineamientos doctrinarios del denominado neoconstitucionalismo. Subsisten sin embargo, en su aplicación práctica, desafíos para la implementación del garantismo dada la persistencia de factores como la discrecionalidad y arbitrariedad en el ejercicio de las funciones públicas. El activismo judicial como mecanismo de defensa de los derechos constitucionales no tiene aún la relevancia indispensable dentro del presente esquema, en el cual los jueces constitucionales deben adaptar sus actuaciones al derecho de principios.

Abstract

From the moment when the new Constitution is in force it was announced a radical change of paradigm based on the doctrinal patterns of the new constitutionalism. Nevertheless, there are challenges to face since the law is still being interpreted with arbitrariness and discretionary acts against the constitutional guarantees. The judicial activism as a tool of constitutional rights defense is not yet visible within the new juridical structure since the constitutional judges must get used to the meaning of principles law.

Sumario

I. Garantismo nominalista. II, Neoconstitucionalismo teórico, normativo o jurisprudencial. III. Jueces constitucionales y jueces legales

Después de más de cuatro años de vigencia de la Constitución ecuatoriana, parece que es el momento de formular algunos comentarios críticos, no sin antes indicar, que desde octubre de 2008 se forjó un derecho con características propias, no necesariamente adecuadas, donde el neoconstitucionalismo y el garantismo han marcado la pauta de contenidos.

En este sentido, trataré de mostrar, al menos de manera liminar, que en la práctica y, a ciencia cierta, la Constitución ha mostrado algunas debilidades que la han alejado de los fines y valores buscados.

En primer lugar, a pesar de ser garantista, en la realidad ha sido garantista nominalista, ya que se ha alejado del fomento de una democracia constitucional que custodia los derechos de todos los ciudadanos.

Por otro lado, hasta el momento no ha sido posible advertir las ventajas y bondades del constitucionalismo contemporáneo o neoconstitucionalismo en la construcción del *Ius Novus*.

Finalmente, los jueces legales han sufrido una suerte de *capitis diminutio* frente a los constitucionales que buscan todavía comprender la aplicación del modelo de un Estado Constitucional de derechos y justicia.

I. Garantismo nominalista

Precisamente uno de los pilares del cambio del paradigma socio jurídico fue el desarrollo normativo de un concepto doctrinario construido por el jurista Luigi Ferrajoli denominado garantismo¹.

Dicho jurista textualmente nos explica:

“Ante todo, en el sentido que los derechos fundamentales sancionados por las constituciones deben ser garantizados y concretamente satisfechos; el garantismo, bajo este aspecto, es la otra cara del constitucionalismo, dirigido a asegurar las técnicas de garantía idóneas para tener a su vez el máximo grado de efectividad a los derechos constitucionalmente reconocidos. Y, además, en el sentido en que el paradigma de la democracia constitucional es todavía un paradigma embrionario, *que puede y debe ser extendido en una triple dirección: en primer término, en garantía de todos los derechos, no sólo de los derechos de libertad sino también de los derechos sociales; en segundo lugar, en confrontación con todos los poderes, no sólo los poderes públicos sino también los poderes privados; en tercer lugar, a todos los niveles, no sólo del derecho estatal sino también del derecho internacional*”².

En este sentido, a pesar que la esencia del concepto ha sido debidamente absorbida, desafortunadamente no ha tenido todavía una aplicación forense adecuada que se oriente a la defensa de los derechos constitucionales, incluso por encima de los deslices de los poderes públicos; por ello, considero que hasta el momento tan solo brilla un garantismo meramente nominalista, pues varios elementos del profesor de la Universidad de Camerino han sido omitidos, conforme las siguientes razones:

1. No se ha desvanecido, o al menos, limitado el principio de soberanía en el sentido clásico, ya que en presencia de cartas constitucionales no existen más poderes soberanos ni poderes *legibus soluti*. Recuérdese que todas las funciones del Estado así como la soberanía popular quedan sujetas a las disposiciones constitucionales. Es decir, incluso las mayorías no pueden atentar contra los valores, principios ni reglas que constan en la Carta Magna

¹ Ferrajoli, Luigi, *El Garantismo y la Filosofía del Derecho*, Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho No. 15, primera reimpresión, Bogotá, 2001.

² *Ibidem*

así como tampoco pueden desconocer los derechos fundamentales que existen contra cualquier poder y en tutela de todos.

Mi modesto criterio es que el proceso constituyente neofundacional de Montecristi atentó contra la realidad constitucional imperante e inició un proceso de democracia plebiscitaria que conspira constantemente contra una democracia constitucional que dicha Carta también busca impulsar. Es decir, se inauguró la colisión entre la democracia mayoritaria, ilimitada o plebiscitaria y la constitucional, siendo hasta el momento la primera la que sobresale³. Un ejemplo claro de este aserto lo podemos advertir en la consulta popular del 7 de mayo de 2011 donde claramente se pudo observar que gracias a las urnas fue posible proceder al cambio de la estructura orgánica del Consejo de la Judicatura mediante una reforma de aquello que fue previamente aprobado en Montecristi, sin duda alguna, la Corte Constitucional hizo verdaderos malabares jurídicos para no aplicar las reglas y principios constitucionales imperantes.

2. No ha sido posible todavía la eliminación de formas de poder ajurídico y neoabsolutista originadas tanto por la crisis del *Welfare State* como del proceso de desconstitucionalización⁴, pues el nuevo modelo estatal no ha logrado reducir aquellos espacios sempiternos de discrecionalidad y de arbitrariedad desarrollados en los aparatos burocráticos y hasta judiciales, ejemplos abundan y no se puede soslayar como ciertas normas legales, reglamentarias y hasta meros instructivos atentan a las disposiciones constitucionales que deberían ser de aplicación directa o, al menos, de aplicación preferencial frente a normas inferiores contradictorias o alejadas del espíritu constitucional. Lamentablemente y muy a pesar que la antinomia existente entre los artículos constitucionales 426 (aplicación directa de normas constitucionales)⁵ y 428 (Consulta a Corte Constitucional)⁶ ya sido aparentemente resuelta gracias al artículo 4 del Código Orgánico de la Función Judicial⁷, la práctica nos

3 Para comprender la esencia de estos dos conceptos revisar además el libro Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional de Luigi Ferrajoli, Mínima Trotta, Madrid, 2011.

4 Esta tendencia aparece después del colapso del estado abstencionista o gendarme y se refiere al rechazo de las tesis y mecanismos jurídicos que el constitucionalismo clásico había implantado, pudiéndose advertir varios aspectos contrarios a la defensa de los derechos tales como la anulación de las libertades individuales, la implantación del partido único, el amplio poder del Estado sin limitaciones ni control y la supresión de toda oposición con respecto a los gobernantes. Consultar el texto de Hernán Salgado, Lecciones de Derecho Constitucional, Ediciones Legales, tercera edición, Quito, 2004, páginas 40 y 41.

5 Art. 426.- Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución.

Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente. Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos

6 **Art. 428.-** Cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, resolverá sobre la constitucionalidad de la norma. Si transcurrido el plazo previsto la Corte no se pronuncia, el perjudicado podrá interponer la acción correspondiente.

7 Avila Santamaría, Ramiro, El neoconstitucionalismo transformador. El estado y el derecho en la Constitución de 2008, Alberto Acosta y Esperanza Martínez editores, Ediciones Abya-Yala, primera edición, Quito, 2011, página 60. La parte pertinente del artículo 4 del Código Orgánico de la Función Judicial reza: PRINCIPIO DE SUPREMACIA CONSTITUCIONAL.- Las juezas y jueces, las autoridades administrativas y servidoras y servidores de la Función Judicial aplicarán las disposiciones constitucionales, sin necesidad que se encuentren desarrolladas en otras normas de menor jerarquía. En las decisiones no se podrá restringir, menoscabar o inobservar su contenido. En consecuencia, cualquier jueza o juez, de oficio o a petición de parte, sólo si tiene duda razonable y motivada de que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, la que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días resolverá sobre la constitucionalidad de la norma..."

muestra que la cultura jurídica es inferior frente a las necesidades extremadamente formalistas de los operadores jurídicos que riñen con el activismo constitucional y la misma ciencia del derecho, en especial se advierte que la teoría y práctica eficiente de la argumentación⁸ fáctica, jurídica y pragmática así como el conocimiento o dominio de los límites del lenguaje normativo son insuficientes o escasos⁹.

Existen muchos ejemplos que ilustran esta realidad, así tenemos el memorando circular No. 1605 –DPPCJT.IEM-8-2012-08-01 suscrito por el Director Provincial del Consejo de la Judicatura de Transición de Pichincha, el Memorando Circular No. 3524_UCD-2012 suscrito por el Coordinador de Control Disciplinario del Consejo de la Judicatura¹⁰, el Oficio No. T.1-C.1-SNJ-12-1134 firmado por el Secretario Nacional Jurídico¹¹.

3. Contrariamente a lo buscado, se ha mantenido todavía el paradigma del derecho anterior que precisamente se buscaba cambiar. De este modo, podemos advertir que existen leyes vigentes como el Código Orgánico de la Función Judicial y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que fueron aprobadas sin guardar la debida coherencia con los principios establecidos en la Carta Magna, aunque tampoco se puede dejar de lado la competencia atribuida a ciertos órganos mediante mecanismos reñidos con las normas sustantivas constitucionales, tal es el caso de la Corte Constitucional.

En lo relativo a la Ciencia del Derecho o Ciencia Jurídica se ha mantenido la visión puramente descriptiva y hasta formalista, pues a mi entender en el Ecuador no se ha vivido el positivismo en ninguna de sus manifestaciones, sino más bien hemos experimentado el formalismo jurídico¹² que constituye una expresión de naturaleza diversa, aunque conectada con el positivismo, a pesar que algunos estudiosos podrían atribuirle la calidad de positivismo jurídico en base a la “tesis de la ley”, en el sentido que “el concepto del derecho tiene que ser definido a través del concepto de ley”¹³.

8 Vale la pena analizar: Atienza, Manuel, Lozada, Alf, *Cómo analizar una argumentación jurídica*, Cevallos editora jurídica, Quito, 2009; Atienza, Manuel, *las razones del Derecho. Teoría de la argumentación jurídica*, Palestra, primera reimpression, Lima, 2006 y Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, segunda edición, Madrid, 2008.

9 Para comprender los sinsentidos que origina el uso del lenguaje normativo se puede consultar el texto de Genaro Carrió denominado “Sobre los límites del lenguaje normativo”, Editorial Astrea, primera reimpression, Buenos Aires, 2001.

10 Estos documentos que bien podrían denominarse edictos o circulares ley versan sobre la aplicación de sanciones, en contra de los jueces que han resuelto favorablemente acciones de protección de actos administrativos, cuyo objeto de reclamación tienen que ver con aspectos de mera legalidad y que pueden ser impugnados en vía judicial. Un estudio de este tema lo hace el profesor Jorge Zavala Egas en el volumen 1 de su opúsculo denominado *El Leviatán Judicial*, agosto de 2012.

11 Es un oficio dirigido a los ministros, secretarios de Estado y demás autoridades de la administración pública central e institucional para que en los diversos contratos que suscriban procedan a someterse a la jurisdicción de los Tribunales Ordinarios y no a la de los Tribunales Arbitrales.

12 Norberto Bobbio en su libro “El problema del Positivismo Jurídico” explica que el formalismo jurídico “significa cosas muy diversas, algunas buenas, otras malas, otras, sobre todo, inevitables”, además le otorga cuatro significados en base a cuatro problemas: el de la justicia, el del derecho, el de la ciencia del derecho y el de la interpretación jurídica y también analiza cuatro teorías distintas: el legalismo, el normativismo, la dogmática y el conceptualismo jurídico. La concepción formal de la justicia explica que acto justo es aquel que es conforme a la ley, e injusto aquel que está en desacuerdo con ella. En segundo lugar, una teoría particular del derecho, no ya una teoría de la justicia, es decir, del criterio según el cual las acciones o las leyes son juzgadas como justas o injustas, sino una teoría de los “jurídico”, o sea, de aquella esfera de la actividad práctica del hombre que suele ser diferenciada de la moral, de la costumbre, de la economía, etc. El tercer significado se refiere a la concepción de la ciencia jurídica como ciencia formal o teoría de la construcción o dogmática que define un hecho, un acto, una relación, una institución, con el fin de insertarlo en el sistema de los conceptos jurídicos. Finalmente, la acepción más polémica se refiere a la teoría de la interpretación jurídica donde se da preferencia a los métodos lógico y sistemático frente al histórico y teleológico; a esta distinción se refiere, ampliamente, la conocida controversia entre jurisprudencia conceptual y jurisprudencia de intereses. La primera defiende a la lógica y los conceptos como dogma en tanto que la segunda ampara los intereses de una sociedad, pues el juzgador debe encontrar los fines o intereses que crearon una ley.

13 Hoerster, Norbert, *En defensa del positivismo jurídico*, Gedisa editorial, primera edición, Barcelona, 2000, página 11. El mismo autor considera que existen cinco tesis diferentes a las que acuña una nomenclatura propia: 1) Tesis de la ley, 2) tesis de la neutralidad: el concepto de derecho tiene que ser definido prescindiendo de su contenido, 3) tesis de la subsunción: la aplicación

Algo que debe aprenderse es que la función o papel de la Ciencia jurídica debe ser “crítica y prescriptiva en confrontación con su objeto: crítica de las antinomias y de las lagunas de la legislación vigente respecto de los imperativos constitucionales, y prescriptiva en orden a la introducción de las técnicas de garantía que se requieran para superarlas”. Es decir, el nuevo paradigma jurídico todavía no ha inundado el debate nacional ni se ha apoderado de los jueces que despachan las acciones constitucionales e incluso legales, ya que todavía no se advierten con claridad la aplicación de algunos principios de la interpretación constitucional como los de concordancia práctica, unidad, optimización, entre otros¹⁴.

II. Neoconstitucionalismo teórico, normativo o jurisprudencial

Siguiendo a Carbonell¹⁵, el neoconstitucionalismo es un fenómeno relativamente reciente dentro del Estado constitucional contemporáneo que tiene, no obstante, varios seguidores así como ya distintas legislaciones lo han incorporado.

En ese sentido, Ramiro Avila habla ya de un neoconstitucionalismo andino o transformador que trata “de construir un estado y un derecho diferentes” basados en la defensa de conceptos como el *Sumak Kausay*¹⁶ y el pluralismo jurídico orientados a la construcción de un nuevo modelo de vida y desarrollo.

Por su parte, Carlos Bernal Pulido explica, citando a Luis Prieto Sanchís, que el neoconstitucionalismo constituye una “nueva cultura jurídica”, o por lo menos una “teoría del derecho” distinta de la “teoría positivista que sirvió de marco conceptual al Estado de Derecho decimonónico”¹⁷, algo que no comparto, pues se habla del positivismo como si fuese una tesis única, cuando en esencia presenta varios acercamientos conceptuales y forenses¹⁸.

Además se omiten sectores de la doctrina que califican al neoconstitucionalismo ya sea como iuspositivismo crítico, ya sea como positivismo corregido.

del derecho puede llevarse a cabo en todos los casos mediante una subsunción libre de valoraciones, 4) tesis del subjetivismo: los criterios del derecho recto son de naturaleza subjetiva, y 5) tesis del legalismo: las normas del derecho deben ser obedecidas en todas las circunstancias. Únicamente las tesis 2 y 4 son las sostenidas por los iuspositivistas contemporáneos.

14 Esto se puede observar en la sentencia dictada por la Segunda Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 1 dentro del Juicio No. 17502-1994-1890-3996- donde los jueces aplican normas abiertamente inconstitucionales. Merece la pena leer la tesina “Inconstitucionalidad de la Décima Disposición para el Cobro Eficiente de las Acreencias del Estado de la Ley de Fomento Ambiental y Optimización de los Ingresos del Estado” de Daniel Fernández Salvador, Universidad San Francisco de Quito, noviembre de 2012.

15 Carbonell, Miguel, Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales, Cevallos editora jurídica, Quito, 2010, página 23. También revisar Teoría del Neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos, Edición de Miguel Carbonell, Editorial Trotta/instituto de investigaciones jurídicas-UNAM, Madrid, 2007.

16 Su pensamiento se lo puede estudiar en varias publicaciones, pero para el tema *in comento* se recomienda el texto “El neoconstitucionalismo transformador. El estado y el derecho en la Constitución de 2008”, Alberto Acosta y Esperanza Martínez editores, Ediciones Abya-Yala, primera edición, Quito, 2011.

17 Bernal Pulido, Carlos, El neoconstitucionalismo a debate, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006.

18 Por ejemplo Michel Villey habla de dos escuelas: aquella en la cual el derecho procede del espíritu del legislador y obedece en principio estrictamente al texto de la ley frente al positivismo científico que tiene otro método, revisar “philosophie du droit. Les moyens du droit”, Précis Dalloz, Toulouse, 1979. Por otro lado, no se puede olvidar la presencia de la integración dentro de las técnicas jurídicas así como las tesis de Norbert Hoerster, en especial aquella que habla del derecho recto basado en la subjetividad. Finalmente, el profesor mexicano Germán Cisneros al hablar de “La teoría pura del Derecho”, de Hans Kelsen, expresa que es amética, pues según ella, la interpretación consiste en escoger, dentro de un margen de posibilidades que la ley señala, alguna de ellas, por un acto de voluntad del Juez, aunque no nos dice a qué criterio haya de ajustarse; algo que hoy, al menos en Ecuador, pretende ser colmado con el uso del derecho de los principios, que dicho sea de paso, siempre han sido fuente de derecho, aunque lamentablemente sistemáticamente han sido omitidos o sencillamente han sido fuente de retórica.

En el primer caso, valiéndose de las tesis de Ferrajoli como positivista crítico, se advierte que cuando el neoconstitucionalismo condiciona la validez de las normas a su contenido de acuerdo con los principios sustanciales y los derechos fundamentales positivizados en la Constitución, no deja de ser positivismo jurídico, sino que lo convierte en positivismo jurídico crítico¹⁹ que llena el subjetivismo existente en la teoría de Kelsen para la aplicación de una de las varias posibilidades que brinda la ley.

En el segundo concepto, defendido por el profesor español Gregorio Peces-Barba²⁰, denominado positivismo corregido, flexible, dúctil y hasta ético, encontramos una teoría particular porque trata de explicar únicamente los Estados constitucionales actuales, pues es en estos sistemas donde la ética pública –en forma de valores, principios y derechos- se ha incorporado al derecho y a la idea de justicia.

En todo caso, Carbonell nos indica que la esencia neoconstitucional la podemos revisar en los textos precisamente tildados de neoconstitucionales, en las prácticas jurisprudenciales y en desarrollos teóricos.

En relación a los textos, las constituciones dejan de ser de contenido político programático y se complementan con normas sustantivas o materiales que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos. Creo que este tema no ha sido bien entendido, pues la Carta Magna ha generado un modelo concentrador que muchos juristas lo han denominado hiperpresidencialismo²¹, modelo donde el Estado se ha transformado en administrador de derechos en lugar de garantizar la defensa de su observancia.

En este sentido, de nada vale el amplio catálogo de derechos constitucionales que, en principio, busca una relación renovada y justa entre el Estado y los ciudadanos, pues se advierte que en muchos aspectos los derechos son conculcados gracias a la necesidad de obedecer a la mayoría, a una interpretación subjetiva y hasta arbitraria de la Constitución o a la prevalencia de la ley derogada tácitamente por la Constitución. Al respecto, no se pueden olvidar casos en los cuales los servidores públicos no usan las normas constitucionales y lo que es más lacerante tienen temor a su aplicación directa, además se hace necesario un proceso de seguimiento y evaluación a la Corte Constitucional para medir su función como garante de Estado Constitucional y urge una formación integral a todos los operadores jurídicos para que comprendan el valor forense de la Carta Constitucional.

También resulta pertinente hacer la conexión exacta entre el derecho escrito y aquel que se utiliza en la práctica forense y para ello es necesario un proceso de desideologización de conceptos universales como los derechos constitucionales que no tienen categorías ni jerarquías ni se revisten de discriminación en su aplicación, pues los principios y reglas deben aplicarse de forma prudente y justa a todos los sujetos del derecho sin importar su preferencia política o su capacidad económica, tal y como lo dispone el artículo 11 del Código máximo.

19 Jiménez Cano, Roberto, *Una metateoría del positivismo jurídico*, Marcial Pons, Madrid, 2008, página 96.

20 *Id.*, páginas 99 a 104.

21 Torres, Luis Fernando, *Presidencialismo Constituyente. La ruta del autoritarismo en el Ecuador*, Editora jurídica Cevallos, primera edición, Quito, 2009.

En lo referente a las prácticas jurisprudenciales, conforme lo resalta el profesor mexicano, el juez constitucional ha debido aprender nuevos modelos interpretativos, pues entran en juego las técnicas de interpretación propias de los principios constitucionales como la ponderación, la proporcionalidad, el efecto irradiación, el principio *pro personae*, etc., sin dejar lado la tarea hermenéutica de los valores constitucionalizados que obligan a la defensa razonable y justificada de la decisión del poder constituyente.

Lamentablemente existe un gran peligro para una eclosión de decisiones o conductas arbitrarias, reñidas con los principios y valores constitucionales, donde la decisión libre o dirigida del juzgador, dependiendo de sus niveles de independencia, puede verse seriamente afectada por la limitación del denominado activismo judicial, ya que los jueces y hasta ciertos servidores públicos no judiciales necesariamente deben cobrar relevancia en la defensa de los derechos mediante las garantías. Si es que no existe activismo, sencillamente no existe neoconstitucionalismo.

Un ejemplo claro de la deficiencia jurisprudencial es el uso interpretativo condicionado o tergiversado de conceptos jurídicos ajenos a la Constitución o de doctrinas que no teniendo relación con la realidad normativa ecuatoriana se utilizan sin técnica jurídica²².

Entonces, urge una adecuada formación de los jueces constitucionales en el derecho de principios, en especial la utilidad y funcionamiento de la llamada ponderación como “forma de argumentación mediante la cual se construye una jerarquía móvil entre los principios que entran en colisión, es decir, se establece cuál de los principios debe preceder de acuerdo con las circunstancias del caso concreto”²³. Considero que hace falta mayor estudio de ramas jurídicas antaño aparentemente innecesarias, pero hogaño trascendentales para la administración de justicia, tal es el caso de la Filosofía del Derecho, Teoría del Derecho, Antropología Jurídica, Sociología Jurídica, entre otras²⁴.

Finalmente el desarrollo teórico del Derecho debe cada vez más relacionarse con la jurisprudencia y las normas, dejando de lado las disquisiciones meramente teóricas y aisladas que en nada abonan a la práctica forense, sin omitir el espacio necesario de las ramas analíticas y críticas de la *Scientia Iuris*. En esta orientación, ya se ha empezado en el país un incipiente debate doctrinario que ha sido complementado por juristas y estudiosos europeos y norteamericanos que han servido como punto de partida para la comprensión del *Ius Novum*, sino cómo se explica el hecho que autores como Alexy, Zagrebelsky, García Amado, Habermas o Dworkin se encuentren compartiendo espacios académicos y hasta interpretativos con pensadores locales. En este sentido, me parece plausible la publicación de la serie denominada “Justicia y Derechos Humanos. Neoconstitucionalismo y Sociedad”, preparada por el Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos²⁵, desafortunadamente

22 Un interesante artículo escrito por el profesor Farith Simon nos muestra algunas debilidades interpretativas que la Corte Constitucional en transición ha presentado en torno a la noción de derechos fundamentales donde demuestra “la incompreensión de ciertos conceptos y el uso equivocado de algunas fuentes doctrinales del neoconstitucionalismo y el garantismo” así como hace visible el hecho que el obiter dicta es utilizado para mostrar “un arsenal de autores y teorías jurídicas para referirse a la aplicación de normas o instituciones constitucionales en las que no existe disputa o duda de su alcance”. Simon, Farith, La noción “derechos fundamentales” en la jurisprudencia de la autodenominada Corte Constitucional ecuatoriana”, *Iurisdictio*, Año X No. 13, Universidad San Francisco de Quito, Septiembre 2010.

23 Bernal Pulido, Carlos, *ibídem*, página 12. También leer mi artículo Principios y reglas como nuevas fuentes de justicia a la luz del *Ius Novus* ecuatoriano, *Iuris Dictio*, Universidad San Francisco de Quito, Septiembre-2010, año X No.13.

24 Broekman, Jan, *Derecho, Filosofía del Derecho y Teoría del Derecho*, Temis, Bogotá, 1997.

25 La serie contiene hasta el momento 22 volúmenes entre los que sobresalen “Teoría y práctica de la justicia constitucional” y “El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional”.

algunos de sus postulados no se han aplicado todavía en la práctica.

III. Jueces constitucionales y Jueces legales

Néstor Pedro Sagüés explica que incluso en aquellos países donde el modelo de control de constitucionalidad se encuentra concentrado en una Corte Constitucional, el juez ordinario no deja de tener una dimensión de "juez constitucional"²⁶. Por ello, en el Ecuador, que presenta un modelo mixto de control de constitucionalidad, los jueces legales también son jueces constitucionales especialmente en aquellos casos que son competentes para resolver las reclamaciones provenientes de las acciones o garantías constitucionales que protegen los derechos constitucionales.

Como se sabe, la justicia constitucional ecuatoriana está conformada por dos espacios diferenciados pero complementarios, a saber: las garantías jurisdiccionales y el control por parte de la Corte Constitucional de la supremacía constitucional²⁷.

En el primer aspecto que nos atañe, me preocupa el proceso de transformación de juez Hermes en juez Hércules, es decir, como se hace para que los jueces legales descritos como mecánicos puedan convertirse en jueces constitucionales guiados por principios constitucionales que ayudan a configurar el Derecho, constituyéndose en una pieza clave de su evolución²⁸. Es un tema que requiere de un proceso de transformación jurídica, institucional y cultural, pues estos mismos jueces legales son los juzgadores de la defensa de los derechos constitucionales, lamentablemente no se ha avanzado en este aspecto.

Además, coincidiendo con Roberto Berizonce, la existencia de una buena administración de justicia constitucional guarda estrecha relación con la independencia judicial sumada al conocimiento de los operadores judiciales de técnicas apropiadas de interpretación.

*"En definitiva, puede aseverarse que el modo e intensidad con que los jueces ejercitan la tutela de las garantías fundamentales de los ciudadanos y el control de constitucionalidad y legalidad es uno de los indicadores más acabados y objetivos del grado de independencia, en las circunstancias concretas. La libertad efectiva que asuman para decidir los casos en que los poderes políticos están involucrados es decisiva y se sobrepone, casi siempre, a las limitaciones derivadas de condicionantes funcionales (autarquía presupuestaria, régimen de gobierno de la magistratura, dotación material, medios tecnológicos disponibles, etc.). Claro que la independencia paralelamente se apuntala a través del régimen apropiado de los nombramientos, la estabilidad en el cargo, la intangibilidad de las remuneraciones y las garantías del proceso de enjuiciamiento disciplinario y político"*²⁹.

En consecuencia, se hace necesario un proceso de formación para que los jueces legales

26 Sagüés, Néstor Pedro, Del Juez legal al juez constitucional en Estado Constitucional No. 1-abril 2011, Editorial Adrus, Lima, 2011, página 25.

27 Zavala Egas, Jorge, Teoría y práctica procesal constitucional, Edilex S. A. editores, Guayaquil, 2011, páginas 102 y 103.

28 Baquerizo, Jorge, Leuschner, Erick, Sobre Neoconstitucionalismo, principios y ponderación. Notas desde la teoría y la filosofía del Derecho, Edilex S. A. editores, Guayaquil, 2011, página 189.

29 Berizonce, Roberto (Coordinador), El Juez y la magistratura. Tendencias en los albores del siglo XXI, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1999, página 29.

sepan cuando deben desempeñarse como juzgadores constitucionales, debiendo además conocer, en palabras de Sagüés, “qué debe hacer” y “cómo puede desempeñarse”.

Al respecto, un tema que cobra vital importancia como polémica doctrinaria y procesal es la aplicación directa de las normas constitucionales y su relación con el propósito del constituyente. En este particular se han advertido varias debilidades de los jueces legales convertidos en constitucionales:

1) Manipulación de la Constitución, cuando se hace decir a la norma lo que no expresa, o se calla lo que en verdad establece; “todo eso mediante contrabandos normativos e ideológicos que de hecho implican interpretaciones fraudulentas o evasoras de la Constitución”³⁰.

Un aspecto que vale la pena estudiar, aunque sea de forma breve, es aquella famosa sentencia constitucional emitida en contra del diario La Hora³¹ que se orienta supuestamente a rectificar información, pero que a mi juicio, se ha contaminado con un proceso de vaciamiento de la Constitución que obedece a criterios de pura censura y, además, atenta contra los estándares internacionales de derechos humanos, tan preocupante situación me obliga a esbozar una reflexión en torno a la denominada acción de protección, uno de los pilares del nuevo constitucionalismo local.

El objetivo principal de esta garantía jurisdiccional es, sin duda alguna, tutelar los derechos reconocidos en la Constitución y busca amparar o proteger a los ciudadanos de la arbitrariedad de la autoridad pública no judicial así como de las personas naturales o jurídicas del sector privado.

En este sentido, todos los órganos y organismos del sector público, solamente pueden ejercer las competencias y facultades atribuidas constitucional y legalmente, careciendo, por ello, de prerrogativa alguna para privar de los derechos a los individuos, ciudadanos o personas, menos aún para violarlos.

Precisamente, la Constitución de Montecristi se orienta a forjar un cambio estructural e ideológico al abrazar al neoconstitucionalismo como una nueva categoría en el constitucionalismo y por ello ha insistido en la diferenciación entre el concepto formal y material del Estado constitucional. Al decir, de Roberto Viciano y Rubén Martínez Dalmau, la distinción estriba en entender que no es un Estado constitucional aquel que cuenta con un texto que se autodenomina Constitución (concepto formal), sino el que cuenta con una Constitución en sentido propio (concepto material), es decir, fruto de la legitimidad democrática y que cuenta con instrumentos que garantizan la limitación del poder y la efectividad de los derechos contemplados en el texto constitucional, por eso, si en la realidad los derechos constitucionales son inobservados por las acciones u omisiones de los poderes públicos, nos encontraremos ante un constitucionalismo aparente o retórico que se aleja de la juridicidad y da pábulo a la arbitrariedad.

Esta garantía, entonces, no está orientada para defender al Estado.

2) Facilismo o resolución frívola de litigios “con citas elementales de normas o principios

³⁰ Sagüés, Néstor Pedro, Del Juez legal al juez constitucional, *Óp.cit.*, p. 30.

³¹ Sentencia pronunciada por el Juez Vigésimo Primero de lo Civil de Pichincha el 12 de noviembre de 2012, ratificada por la Primera Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Pichincha el 12 de enero de 2013.

constitucionales, muchas veces mencionados a granel y sin mayor pulcritud jurídica, interpretados con ligereza, desconociendo los antecedentes y fundamentos de la norma, el propósito del constituyente, el debate doctrinario o jurisprudencial que puede haber detrás de las cláusulas citadas, su necesaria conexión con otras, sus mutaciones y correspondencias, incluso con el derecho subconstitucional que le es afín o complementario”³².

3) Activismo no razonable o sencillamente ilimitado, en el sentido que los jueces aparentemente aplican la Constitución, colman las anomias o resuelven las antinomias, pero en realidad han escrito sus propias ideas o han aplicado un acercamiento *free-form* o subjetivo (ideológico y axiológico) no necesariamente técnico³³ que desborda sus funciones hasta llegar a reescribir las normas constitucionales, algo que ni siquiera la Corte Constitucional puede hacer.

Habría que concluir indicando que los jueces tienen poder, aunque al parecer no lo han comprendido y además no se les ha permitido que lo utilicen, empero, la Constitución ha propiciado que, de forma irreflexiva, todos los operadores judiciales (Jueces, fiscales y abogados) se adhieran a un nuevo paradigma que desconoce toda la ciencia jurídica formal anterior, de esta manera el modelo previo, al menos teórico, de administración de justicia es denostado frecuentemente sin piedad.

Terminamos indicando que los perfiles de los jueces deben cambiar, debiendo contestar a la pregunta efectuada por Herrendorf³⁴: ¿Cómo piensan los jueces que piensan? Por lo pronto, piensan los objetos de la ciencia del derecho con métodos impropios que deben ser corregidos y adaptados al nuevo modelo jurídico, caso contrario, el remedio será peor que la enfermedad, pues podríamos perder todavía más la confianza en los jueces y como dice Carlos Cossio “quien sabe que no tiene jueces no tiene por qué depositar su fe en las normas”.

32 *Ibíd.*

33 Schlafly, Phyllis, *The supremacists. The tyranny of judges and how to stop it*, Dallas, 2004 y Roosevelt III, Kermit, *The myth of judicial activism. Making sense of Supreme Court Decisions*, Yale University Press, New Haven and London, 2006.

34 Herrendorf, Daniel, *El poder de los Jueces. Cómo piensan los jueces que piensan*, Abeledo-Perrot, tercera edición actualizada, Buenos Aires, 1998, página 97.