DEL ESTADO PRE-MODERNO AL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS

AUTOR: Alejandro Salomón Montecé Giler[1]

DIRECCIÓN PARA CORRESPONDENCIA: alejandromontece_1983@hotmail.com

Fecha de recepción: 23-10-2015

Fecha de aceptación: 12-12-2015

RESUMEN

Con respecto al Estado Constitucional de Derechos, primeramente debemos determinar a través del derecho comparado cuales son las características, semejanzas o diferencias existentes en los modelos constitucionales que rigen en la actualidad en cada Estado. Así, por ejemplo, nuestra Constitución ecuatoriana de 1998 consagró que "el Ecuador es un Estado social de derecho", la Constitución del Estado Boliviano consagra que es "un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario", el Estado constitucional de la república de Venezuela señala que "se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia", el Estado de Colombia en cambio determina que "Colombia es un Estado social de derecho"; la Constitución del Estado de Perú establece que la "la República del Perú es democrática, social, independiente y soberana". Por lo expuesto, entre las semejanzas que se establecen con nuestra Constitución ecuatoriana de 1998, tenemos que el estado de Bolivia tiene las mismas característica del Estado unitario, social y la diferencia entre la constitución del 1998 es que la de Bolivia ya reconocía la plurinacionalidad comunitaria y que hoy la plurinacionalidad está reconocida en la actual Constitución del 2008. La Constitución de Venezuela tiene como semejanza con la Constitución ecuatoriana del 1998 el Estado democrático y social de derecho y la diferencia es que no se incluía el término la justicia y en la actualidad el término justicia se encuentra incluido en nuestra Constitución del 2008. En cuanto el Estado de Colombia tiene la misma semejanza del Estado Social de Derecho del 1998 y hoy es superado este enunciado constitucional por la Constitución del 2008, por el Estado constitucional de derechos y justicia. El Estado constitucional del Perú tiene las mismas características de la constitución ecuatoriana de 1998, que consistía en un Estado democrático, social, independiente y soberano. En la Constitución del 2008, vigente consagra en su artículo 1 que "El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia". Esto significa que este reconocimiento del Estado constitucional es nuevo en la región, y el de derechos tampoco, y el de justicia lo apreciamos en la Constitución de Venezuela, como lo manifestamos en líneas anteriores.

PALABRAS CLAVE: Estado constitucional; Estado legislativo; derecho pre-moderno; principio de legalidad; interpretación constitucional; Corte Constitucional.

PRE-MODERN STATE TO STATE CONSTITUTIONAL RIGHTS

[1] Abogado de los Juzgados y Tribunales de la República del Ecuador. Magister en Ciencias Internacionales por la Universidad Central del Ecuador. Especialista en Derecho Constitucional, por la Universidad Andina Simón Bolívar. Defensor Público en el Área Penal y Docente Titular de la Facultad de Derecho por la Universidad Regional Autónoma de Los Andes-Extensión Santo Domingo, Ecuador.

ABSTRACT

Regarding the Constitutional State of Rights, we must first determine through comparative law which are the characteristics, similarities or differences in the constitutional models governing currently in each state. For example, our Ecuadorian Constitution of 1998 enshrined that "Ecuador is a social state of law," the Constitution of the Bolivian State establishes that "a Social Unitary State of Law Plurinational Community", the constitutional status of the Republic of Venezuela notes that "constitutes a democratic and social state of law and justice," the State of Colombia instead determines that "Colombia is a social State of law"; the State Constitution of Peru states that "the Republic of Peru is democratic, social, independent and sovereign". For these reasons, among the similarities established with our Ecuadorian Constitution of 1998, we have the state of Bolivia has the same characteristic of the unitary, social state and the difference between the constitution of 1998 is that of Bolivia and recognized the Community plurinationality and today plurinationality is recognized in the current Constitution of 2008. The Constitution of Venezuela has the similarity with the Ecuadorian Constitution of 1998 the democratic and social rule of law and the difference is that the term is not included justice and today the term justice is included in our Constitution of 2008. As the State of Colombia has the likeness of the rule of law of 1998 and is now overcome this constitutional enunciated by the 2008 Constitution, the constitutional State of rights and justice. Peru's constitutional status has the same characteristics of the Ecuadorian constitution of 1998, which consisted of a democratic, social, independent and sovereign state. In the 2008 Constitution, in force enshrined in Article 1 that "Ecuador is a constitutional State of rights and justice". This means that this recognition of the constitutional state is new in the region, and also rights, justice and appreciates it in the Constitution of Venezuela, as we stated in previous lines.

KEYWORDS: State constitutional; State legislation; premodern law; rule of law; constitutional interpretation; Constitutional court.

INTRODUCCIÓN

Es menester señalar que la Constitución del 2008, demuestra el alto grado de desarrollo y de aceptación de nuevas corrientes del pensamiento de la teoría constitucional y política de los estados, dejando atrás exclusiones que eran observadas en otros periodos políticos.

El actual Estado constitucional de derechos y justicia que consagra nuestra constitución es un adelanto del estado social de derechos que se encontraba vigente en la constitución ecuatoriana del año 1998. Por lo tanto, este nuevo modelo de Estado constitucional de derechos y justicia requiere que el administrador de justicia comprenda a los derechos desde su integralidad, dado que las Constituciones contemporáneas de la actualidad son materiales y de aplicación directa e inmediata de la Constitución.

De ahí que, vamos a analizar en este artículo a la luz de la doctrina y también de la comparación de otras regulaciones normativas, en que consiste el estado legislativo, que es el neo-constitucionalismo, prácticas jurisprudenciales, desarrollos teóricos con las constituciones y su respectiva conclusión de quienes sostienen y defiende la posición ideológica de esta nueva corriente del pensamiento humano, garantista de los derechos humanos.

DESARROLLO

Es necesario identificar en que consiste el Estado Constitucional de derechos que en la actualidad está vigente en nuestro régimen constitucional ecuatoriano y para tener una mejor comprensión manifestamos lo siguiente:

1. *"La forma y sustancia del Estado ha ido evolucionando con el devenir de los tiempos históricos desde el modelo de derecho pre-moderno, pasando por el Estado legislativo de derecho, hasta alcanzar la actual formulación del Estado constitucional de derechos"* (Ferrajoli L. , Pasado y Futuro del Estado de Derecho, Año 2003)

Desde luego este pensamiento está en la actualidad incorporado en nuestra constitución conforme consta en el artículo 1 del Ecuador, proyecta hacia el futuro una protección jurídica que podría denominarse Estado internacional de derecho.

Si bien es cierto, este autor es uno de los más grandes defensores del positivismo, pero es un filósofo crítico del derecho positivo como normativista y eso es muy importante toda vez que permite hacer observaciones y analiza al derecho desde un punto de vista de crisis de legalidad como lo hace en su obra la Ley del más débil.

2. Como segundo punto, es menester manifestar que en el derecho pre-moderno, las condiciones de existencia y validez de las normas no dependían de un sistema unitario y formalizado de fuentes positivas como por ejemplo el sistema de fuentes legislativo, sino que existía una pluralidad de fuentes y ordenamientos doctrinales y jurisprudenciales procedentes de instituciones diferentes y concurrentes.

Cabe resaltar que con el sistema de fuente como es el caso de nuestro país el legislativo puede crear normas jurídicas, pero por muy sabia que sea la ley, da a lugar a vacío o lagunas legales y esto es lo que hace de que el sistema se vuelva vulnerable, ya que la aplicación de la sana critica así como puede ser muy buena para la creación de fuentes del derecho en ciertos casos se puede volver arbitraria cuando es mal utilizada por un juez, que no tenga valores deontológicos, es por eso que este tema es muy criticado por los positivista, con el argumento que si no está normado queda al libre albedrío del juez ya que la sana critica es producto de la experiencia y de los argumentos que realice el juez para justificar su decisión.

3. El Estado legislativo de derecho surge a partir de la afirmación del principio de legalidad con el aparecimiento de la revolución francesa, con el criterio exclusivo de identificación del derecho válido con independencia de su valoración como justo. Por lo tanto, una norma jurídica es válida no por ser justa, sino exclusivamente por haber sido puesta por autoridad dotada de competencia normativa, algo similar decía Ortega y Gasset, que una norma puede ser válida pero no eficaz, valida por ser parte del ordenamiento jurídico, pero no eficaz cuando no cumple su objetivo para la cual fue creada.

En cuanto al principio de legalidad expresaba la idea de la ley como un acto normativo supremo e irresistible al que no era oponible ningún derecho más fuerte, cualquiera fuera su forma y fundamento, ya fuese el poder de excepción del rey y de su admiración en nombre de una superior razón de Estado, o bien la inaplicación por parte de los jueces o la resistencia de los particulares en nombre de un derecho más alto el derecho natural o el derecho tradicional o derechos especiales privilegios locales o sociales.

"El Estado de derecho y el principio de legalidad suponían la reducción del derecho a la ley y la exclusión o, al menos, la sumisión a la ley de todas las demás fuentes del derecho" (Zagrebelsky, El Derecho Dúctil., 2007., pág. 24).

En esta nueva corriente ideológica de la ciencia jurídica ya no solo se debe enmarcar como disciplina normativa, sino por el contrario se convierte en un método explicativo, que toma como referencia la ley positiva para juzgar y pensar de una manera garantista en beneficio a los derechos subjetivos de los seres humanos. otros pensadores sostienen que la legitimación del derecho proviene de la fuente de producción normativa, la legalidad, algo nos decía el tratadista Hans Kelsen respecto a la naturaleza del positivismo jurídico y sobre todo que todo acto jurídico debe ser escrito para que tenga plena validez, desde luego que hoy por hoy ese pensamiento es superado por la actual corriente del neo-constitucionalismo y personalmente me pregunto en realidad en nuestro país se están garantizando los derechos o solamente es una de las más Constituciones declarativas que ha tenido nuestro país y lo dijo por cuanto existen un sinnúmeros de acciones de protección negadas sin el mayor análisis necesarios o por temor de ser despedidos de sus trabajos, situación que viene a romper la independencia y libertad de los jueces. (Montecé Giler, 2015)

Al respecto, para Miguel Carbonell, y otros sostiene que uno de los grandes problemas con los que se enfrentó el Estado legislativo fue su propia incapacidad para asegurar la indisponibilidad de los valores esenciales del ordenamiento afectados por los procesos políticos ordinarios. Para lo cual nos dicen lo siguiente:

"La práctica del Estado legislativo resultó paradójicamente contraria a la dinámica y filosofía implícita del principio de legalidad como sometimiento del poder al derecho, y motivó la necesidad de superación de dicho modelo, puesto que no consiguió sobreponerse a la contradicción existente entre la absoluta Disponibilidad de los contenidos normativos como producto de la voluntad del Estado y la absoluta indisponibilidad del derecho como límite externo a la acción del mismo, ni tampoco pudo asegurar los mínimos exigidos por las necesidades de la regulación social". (Fioravanti, 2003-2005.)

Desde luego, con el paso del Estado legislativo al Estado constitucional presupone la afirmación del carácter normativo de las constituciones, las cuales integrarán un plano de juridicidad superior vinculante para todos los poderes del Estado. Es decir las normas constitucionales son vinculantes al ser situadas por encima de los poderes del Estado y fuera del campo de acción y pugna política. De ahí que el Estado constitucional intenta superar la debilidad estructural de lo jurídico otorgando a la Constitución un carácter normativo y vinculante, siendo la rigidez y los derechos constitucionales como límites a todo poder.

Pero este proceso, a mi criterio sería mucho más provechoso si las Autoridades de todo orden social y en nuestro caso muy particular los que administran justicia fueran seleccionados por vocación y aptitud sería muy distinto el avance constitucional en nuestro país, pero no pierdo la esperanza de que un día se pueda hacer posible este gran ideal con el cual me han formado mis padres y maestros de la Universidad Central del Ecuador y Universidad Andina Simón Bolívar en mi proceso de formación.

De ahí que, surge el pensamiento, de que la Constitución crea un referente indisponible de legitimidad para el ejercicio del poder político, el cuestionamiento a este poder político es quienes nombran y como se integran los organismos que controlan el poder del Estado, por lo

tanto en cuanto menos estén contaminados de influencia o pagos políticos las personas que integren estas instituciones, mayor será el grado de respeto, para lo cual debe existir procesos de merecimientos serios y de gente de alto nivel académico, cultural y de mucha probidad notoria, a fin de que sus decisiones estén apegadas al respecto estricto de la Constitución y con apego al bloque de constitucionalidad.

Es decir, la indisponibilidad está dada por la existencia de referentes normativos intangibles para los poderes políticos mediante los cuales se intenta dejar atrás la paradoja del Estado legislativo que conducía a la debilidad y disolución formal de lo jurídico, ya nos hablaba este pensador del nuevo constitucionalismo Luigi Ferralloli en su obra la Ley del más débil, que el sistema legislativo ha entrado en crisis de legalidad.

"Frente a las renovadas críticas sobre la falta de efectividad de los límites jurídicos constitucionales al poder, surgen los siguientes argumentos: a) la necesidad de intentar establecer quién detenta la última palabra y cómo se configura la norma de clausura en el marco de un Estado constitucional de derecho y la suposición de que la condición social de efectividad de todos los ordenamientos constitucionales y de sus propios derechos y de su identidad como persona, de donde deriva su disposición a la lucha por la defensa y realización de los derechos fundamentales". (Ferrajoli L. , Pasado y Futuro del Estado de Derecho., 2003-pág. 65.)

En este contexto, la interpretación constitucional adquiere un sentido distinto del que cumplía en el Estado legislativo de derecho, al ser la Constitución la que tiene la tarea de reconducir el sustrato pluralista del Estado constitucional hacia un ámbito de convivencia común, así por ejemplo tenemos en nuestro estado ecuatoriano los métodos de interpretación previstos en la Ley Orgánica de Control y Garantías Constitucionales, pero lo curioso es que también existen otros métodos conforme consta en el Art. 18 del Código Civil, es decir mientras el primero es utilizado en temas constitucionales el segundo será en temas de legalidad.

Por lo tanto, esta función se verá facilitada, obstaculizada o impedida en la medida que existan o no existan reglas de interpretación que posibiliten la integración pluralista, no sólo en los procesos de producción de normas, sino también en los procesos de aplicación del derecho, pero en nuestro país la falta de unificación de criterio puede hacer de que exista una inseguridad jurídica al no aplicarse correctamente estos nuevos métodos de interpretación por parte de los jueces y al tener inseguridad los jueces de instancias de menor jerarquía enviarán a consulta a la Corte Constitucional y con ello generará la acumulación de trabajo para dicha Corte y dejará de cumplir de manera eficiente su ardua labor con máximo organismo de precautelar de los derechos constitucionales y humanos de los ciudadanos.

"Pero también de la interpretación concebida como una mera formula de determinación textual proveniente de una voluntad unívoca y homogénea de la soberanía del legislador, se pasa a la interpretación como una combinación de principios, valores y métodos en orden a integrar los textos en el proceso de aplicación del derecho". (Ferrajoli L. , Pasado y Futuro del Estado de Derecho., 2003, pág. 69)

4. El Estado constitucional de derechos sostiene como pilar fundamental la subordinación de la legalidad a Constituciones rígidas con un rango jerárquico superior a las leyes como normas de reconocimiento de su validez, sistema que en la actualidad en nuestro país se encuentra prevaleciendo y lo tenemos en el artículo 1 de la Constitución al consagrar que el Ecuador es un Estado constitucional de Derechos y Justicia, es decir aquí en este enunciado constitucional le está dotando al ser humano un valor omnipresencia y que sus

derechos deben ser respetados por cualquier autoridad pública o privada y que sin necesidad de que se encuentren desarrollados podrán generar más derechos de acuerdo al principio de progresividad constitucional. Mientras que el anterior modelo se registran los siguientes cambios:

1. La condición de validez de las normas jurídicas no depende solamente de la forma de elaboración, sino también de la unidad de sus contenidos con los principios constitucionales;
2. Que la ciencia jurídica, en la actualidad adquiere un tono crítico en relación con su propio objeto y persigue la eliminación o corrección de las lagunas y antinomias que surgen de la violación de las prohibiciones y obligaciones de contenido establecidas por la Constitución. Aunque esto para los sostenedores de la corriente positivista lo consideran como una arbitrariedad, con el argumento de que se estaría violando la seguridad jurídica al irse contra norma expresa y en contra del principio de tipicidad, pero también debemos manifestar que nuestra propia Constitución ecuatoriana en su artículo 11 numeral 3 inciso 2 nos habla de que no podrá alejarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, es decir este principio es una muestra de las conquistas de esta nueva corriente ideológica del neo-constitucionalismo;
3. La jurisdicción, más legitimidad cuando se aplican las normas, siempre y cuando éstas sean formal y materialmente compatibles con la Constitución;
4. Como es conocido por todos quienes tenemos formación jurídica, una constitución nace con el objeto de limitar el poder y de vivir en democracia, por lo tanto los derechos constitucionales implican prohibiciones y obligaciones impuestas a los poderes y a las mayorías establecidas en un estado democrático. Y a manera de ejemplo podemos mencionar que para hacer efectivos dichos derechos en caso de ser vulnerados tenemos las garantías constitucionales en defensa de los derechos frente a los abusos del poder.

Por lo expuesto, nos llega a la mente que la superación de la forma legislativa de Estado implica que el poder público está limitado en sus posibilidades de decisión política y disposición normativa, a tal punto que si dentro de un estado democrático se resuelve dejar sin protección jurídica un hecho jurídico determinado, hay instancias internacionales que pueden dejarlo sin efecto, es decir con este nuevo constitucionalismo el poder del Estado se encuentra muy limitado por consecuencia a sus propios excesos de poder.

Así como también podemos citar que en el modelo liberal el poder del legislativo era considerado soberano en tanto representaba la voluntad general, en el Estado constitucional queda sometido a la Constitución. Es por eso que en la actualidad las reglas democráticas que apuntan a la estructura del poder y a la forma y funcionamiento del gobierno son consideradas adecuadas para determinar quién puede decidir y cómo debe decidir, pero no son suficientes para garantizar un modelo deseable de convivencia pacífica.

"La decisión democrática es aquella adoptada conforme a un conjunto de reglas y no sólo la acordada conforme a un conjunto de reglas, si no la acordada mayoritariamente. En el Estado constitucional, los derechos fundamentales no son sólo normas jurídicas fruto de una decisión política voluntaria sino que, desde su justificación interna, introducen en el sistema una fuerte

carga axiológica que pretende su proyección en el ordenamiento jurídico". (Serrano, 1999 , pág. 56.)

Con respecto a la decisión democrática ha existido casos en que mayoritariamente se ha decido algo en contra a normas internacionales de derechos humanos, y puestas en conocimiento ante las instancias internacionales y desde luego, han sido revocadas dichas decisiones con el argumento de proteger el derecho de las minorías y sobre todo la vigencia universal de los derechos humanos.

5. Otro punto de análisis es que el principio de legalidad ha entrado en crisis, toda vez que anteriormente se exigía que la norma secundaria debía desarrollar lo que consagraba la Constitución y si no lo hacía la Constitución era letra muerta, hoy en día no es así ya que existe la aplicación directa e inmediata de la constitución así lo ha reiterada varias veces nuestra Corte Constitucional en varias de sus sentencias constitucionales, de ahí que ya se está hablando en la actualidad de un nuevo modelo: el del Estado internacional de derecho; y, a mi criterio personal es el que estamos viviendo en la actualidad, ya que los estados no pueden vivir aisladamente y deben tener normas de conductas internacionales para evitar el abuso entre estados, paradigma que hoy por hoy está vasado por la tras nacionalidad emergente del derecho comunitario y del derecho de los derechos humanos y que es recogido por nuestra Constitución en los artículos. 416 y 417 de la Constitución en donde consagra que el derecho Internacional es una norma de conducta de los Estados partes.

Desde luego, que este actual sistema de garantías de los derechos conserva aún la forma y sustancias del Estado constitucional de derecho, pero mejoradas y ampliadas respetando el bloque de constitucionalidad, o normas supranacionales y crea una nueva sujeción o subordinación del derecho interno frente al derecho internacional que hoy por hoy se encuentran representadas por los organismos o cortes internacionales de derechos humanos.

Así por ejemplo, Pedro Cruz Villalón nos dice:

"La constitucionalización formal de la Unión Europea plantea una nueva pluralidad constitucional. Pluralidad, porque viene a sumarse a otra que existe al igual que en el Estado federal se postula una relación entre Constituciones. Nueva, porque no se asimila a las pluralidades constitucionales anteriores como por ejemplo el Estado federal. Constitucionalidad atípica y sin precedentes tanto por sus orígenes como por su pretensión, este nuevo modelo se basa en el fenómeno denominado "meta constitucionalidad", en tanto un ordenamiento básico pretende operar como norma meta constitucional de otro ordenamiento básico". (Cruz Villalon, 2004, pág. 137)

¿Qué es el neo-constitucionalismo?

Al referirnos a este término, es necesario recurrir que con la finalización de la segunda guerra mundial, sobresalieron nuevos pensamientos críticos de pensadores o filósofos del derecho, ya que fueron ellos fiel testigo de que era muy necesario de buscar formas de limitar el poder de una mejor manera y esto era eminentemente acogido por varios estudiosos del derecho y concluyeron que se le debe dar una mejor protección jurídica a todo lo que existe en el mundo material o espiritual; es decir darle más valor al ser humano y a la naturaleza ya que sin la existencia de la naturaleza, sería imposible la subsistencia del ser humano y frente a tanto abuso del poder surge

esta famosa corriente ideo lógica del derecho denominada el neo-constitucionalismo mismo que es:

"*…entendido como el término o concepto que explica un fenómeno relativamente reciente dentro del Estado constitucional contemporáneo, parece contar cada día con más seguidores, sobre todo en el ámbito de la cultura jurídica Italiana y Española, así como en diversos países de América Latina, particularmente en los grandes focos culturales de Argentina, Brasil, Colombia y México. Con todo, se trata de un fenómeno escasamente estudiado, cuya cabal comprensión seguramente tomará todavía algunos años. No son pocos los autores que preguntan si en realidad hay algo nuevo en el neo-constitucionalismo o si más bien se trata de una etiqueta vacía, que sirve para presentar bajo un nuevo ropaje cuestiones que antaño se explicaban de otra manera".* (Debate sostenido entre Luis Prieto Sanchís, Juan Antonio García Amado y Carlos Bernal Pulido en Carbonell, Miguel (editor), Teoría del neo-constitucionalismo. Ensayos escogidos,, 2007, pág. 213)

Así por ejemplo, en el caso ecuatoriano el neo-constitucionalismo está consagrado en el artículo 1 de nuestra constitución, al consagrar que el Ecuador es un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, es decir aquí se le da no solamente al ser humano una protección jurídica sino a todos los derechos mismo que anteriormente eran tomados en cuenta como de primera, segunda y tercera generación, hoy no es así porque todos tienen una misma jerarquías y de aplicación inmediata y directa por cualquier Autoridad conforme lo consagra el artículo 11 numeral 3 de la Constitución.

El desafío actual, de este modelo es poder encontrar un mecanismo normativo de concertación constitucional que posibilite la articulación inclusiva de esta nueva forma de pluralidad. Es necesario indicar, que es el neo-constitucionalismo para luego podernos adentrar al adelanto constitucional respecto a la Supremacía de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y podemos decir que el

"neo-constitucionalismo es una corriente u orientación doctrinal de perfiles un tanto difusos, lo que no impide que entre los propios defensores y cultivadores de esos planteamientos se pueda hablar ya de un canon constitucional". (Carbonell, 2010)

De ahí que, para algunos pensadores sostienen que para entender este fenómeno ideológico se debe analizar y debemos comprender al neo-constitucionalismo al menos desde tres niveles de estudios que se deben considerar para tener una mejor compresión respecto a esta nueva corriente doctrinaria constitucional de acuerdo a lo manifestado por Miguel Carbonell y para ello señalamos los siguientes niveles.

Textos constitucionales

El Autor sostiene que para tener una mejor comprensión es necesario, conocer al neo-constitucionalismo como un conjunto de textos constitucionales que comienzan a surgir después de la segunda Guerra Mundial, sobre todo a partir de los años setenta del siglo XX. En donde se trata de constituciones que no solamente se encargan de limitar, establecer competencias o a separar a los poderes públicos, sino que contienen altos niveles de normas "materiales" o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos que se establecen en las constituciones modernas contemporáneas.

Además, estas constituciones contienen amplios catálogos de derechos fundamentales, lo que viene a suponer un marco de relaciones entre el Estado y los ciudadanos muy renovados, sobre todo por la profundidad y grado de detalle de los postulados constitucionales que recogen tales

derechos. Y como Ejemplos de evoluciones constitucionales se hace referencia a las constituciones española de 1978, la brasileña de 1988, la colombiana de 1991; y, a mi modesto criterio la Ecuatoriana del 2008, que en la actualidad es conocida como una de las mejores del mundo desde el momento que le otorgó a la naturaleza como un sujeto de derechos y aún más cuando le da a los derechos una categoría de igual jerarquía.

Prácticas jurisprudenciales

"En parte como consecuencia de la expedición y entrada en vigor de ese modelo sustantivo de textos constitucionales, la práctica jurisprudencial de muchos tribunales y cortes constitucionales también ha ido cambiando de forma relevante. Los jueces constitucionales han tenido que aprender a realizar su función bajo parámetros interpretativos nuevos, a partir de los cuales el razonamiento judicial se hace más complejo". (Barak & también es interesante para el mismo propósito, 2005)

Entran en juego las técnicas interpretativas propias de los principios constitucionales, la ponderación, la proporcionalidad, la razonabilidad, la maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales, entre otros que hoy por hoy se encuentran incorporados en nuestra legislación nacional.

Es decir estas nuevas técnicas de interpretación que se hace referencia en líneas anteriores están efectivamente vigentes en el artículo 3 de la Ley Orgánica de Control Constitucional, y con ello queda claramente establecido el neo-constitucionalismo ecuatoriano y debe irse mejorando poco a poco en defensa de los derechos.

Es por eso que los jueces tienen la dificultad de trabajar con

"valores y principios que están constitucionalizados y que requieren una tarea hermenéutica que sea capaz de aplicarlos a los casos concretos de forma justificada y razonable, dotándolos de esa manera de contenidos normativos concretos". (Zagrebelsky, El Derecho Dúctil, 2007, pág. 93)

Y todo ello sin que, tomando como base tales valores constitucionalizados,

"el juez constitucional pueda disfrazar como decisión del poder constituyente lo que en realidad es una decisión más o menos libre del propio juzgador. A partir de tales necesidades se generan y se recrean una serie de equilibrios nada fáciles de mantener". (Andrés Ibañez, 2006, págs. 149-169)

Desde luego, el juez como puede justificar de su decisión a lo mejor pueda hacer un abuso del derecho, y a manera de ejemplo en nuestro país los jueces, comenzaron a querer modificar la pena en caso de narcotráfico al manifestar que no era proporcionar que una persona este 11 años en la cárcel cuando tenía 8 o 10 gramos de droga cuando otros se los encontraban con una tonelada; es decir, si bien es cierto era muy razonable lo argumentado por el juez, pero se estaba afectando la aplicación de una norma expresa en materia penal de ahí que se generaron cambios y reformas a la legislación penal y hoy por hoy ya existe una proporcionalidad en cuanto a la cantidad y la sanción de quienes estén inmersos en estos tipos de infracciones. De ahí que, la mayoría de los jueces pretendían hacer análisis ponderativos y querer cambiar el tipo penal cuando esa facultad le corresponde al legislativo conforme lo consagra la Constitución ecuatoriana en su Art. 120 y no a los jueces de primera o segunda instancia.

"*En el paradigma neo-constitucional los jueces cobran relevancia, pues el ordenamiento jurídico debe estar garantizando en todas sus partes a través de mecanismos jurisdiccionales"*. (Ferrajoli L. , Sobre los Derechos Fundamentales y sus Garantías., 2006, pág. 29)

Del mismo modo que la Constitución del neo-constitucionalismo es una Constitución "invasora" o "entrometida" según la correcta observación de Ricardo Guastini, también la tarea judicial tiene que ver con muchos aspectos de la vida social. Es por ello que el neo-constitucionalismo genera una explosión de la actividad judicial y comporta o requiere de algún grado de activismo judicial, en buena medida superior al que se había observado anteriormente.

Lo manifestado por Guastini, es correcto y comparto en lo personal dicho criterio, toda vez que en realidad si en una constitución invasora muchos más cuando sostiene una cantidad de principios, valores y reglas. Pero es conocido por todos que los principios son indeterminados y el juez puede dejar de aplicar una norma secundaria y volverse creador de derecho y es ahí donde entra en juego la discusión académica en donde unos sostienen que el único creador de la ley es el legislador y el juez es boca de la ley. A mi criterio muy personal el juez no solamente es de acuerdo al neo-constitucional mero aplicador de la ley sino que el rol que en la actualidad tiene que ser pensador y aplicador de la ley es por eso que es un juez garante y creador de derecho y esto implica que cree inseguridad jurídica sino una mejor apreciación a los derechos.

La mayor presencia de los jueces se ha correspondido históricamente en muchos países que han llevado a cabo transiciones a la democracia, con periodos en los que se ha privilegiado el imperio de la Ley por encima de los arreglos políticos partidistas.

"Por lo tanto en un número importante de países que han logrado avanzar en procesos de consolidación democrática, se han creado tribunales constitucionales que han actuado sirviendo de árbitros entre las partes y a la vez dejaban claro para todos los actores que los derechos de los ciudadanos no podían ser objeto de ninguna clase de regateo político ni estaban a la libre disposición de los partidos con representación parlamentaria". (Zagrebelsky, "Jueces Constitucionales" Teoría del Neo-Constitucionalismo-Ensayos Escogidos, 2004, págs. 91-104.)

Por ejemplo, entre las actuaciones que tiene el juez constitucional podemos mencionar el caso ecuatoriano con la Corte Constitucional en donde crea línea jurisprudencial pero que no han impactado a otros países, como lo ha hecho por ejemplo el Tribunal Constitucional Federal alemán al ordenar tempranamente en la década de los 50 la disolución de los partidos neonazis, el trabajo de la Corte Constuzionale Italiana para hacer exigibles los derechos sociales previstos en la Constitución de ese país, las sentencias del Tribunal Constitucional Español para ir delimitando el modelo de distribución territorial de poder entre el Estado central y las comunidades autónomas, son casos que nos ilustran sobre el papel central que tienen los jueces constitucionales dentro de la consolidación democrática. Así como ha existido actuaciones garantistas en el párrafo que con antelación he manifestado. Una vez que he pronunciado ejemplos paradigmáticos de estado europeos también debemos apreciar las nuevas experiencias que han existido en América Latina y mencionaremos las célebres resoluciones de la Corte Constitucional colombiana al reconocer de procesos de acción de tutela por medio de las cuales se mandaron a poner drenaje en barrios marginales a través de las que se aseguraba una correcta impartición de justicia dentro de las comunidades indígenas de ese país. También la Sala Constitucional de Costa Rica tiene en su haber varios precedentes que han demostrado la pertinencia de los jueces constitucionales. También los jueces Brasileños han logrado salvar vidas ordenando la entrega de medicinas esencialmente para personas sin recurso económicos.

"*En Guatemala el Tribunal Constitucional paró un golpe de Estado que pretendió dar el entonces Presidente Jorge Serrano Elías en 1993"*. (Garcia Laguardia, 1993, págs. 3-21.)

Por lo tanto lo anterior no es obstáculo para reconocer, sin embargo que en América Latina se ha tomado conciencia de forma tardía de la importancia de contar con un sistema judicial que tenga las condiciones necesarias para poder procesar de forma competente y oportuna los conflictos sociales. Y es partir de la década de los 90, dentro de lo que se ha llamado "la segunda generación" de reformas del Estado, que en muchos de los países del subcontinente se han emprendido profundos cambios en la función judicial y que los propios jueces han comenzado a entender su papel dentro del paradigma neo-constitucional.

Me parece muy notable los avances en materia de derecho constitucional en esos países que se ha mencionado con antelación en donde están poniendo en praxis esta nueva corriente ideológica y es oportuno de que sea puesta en práctica en nuestro país, pero de una manera justificada viendo como fin la persona o los derechos de la propia naturaleza, y para ello es necesario generar una formación sólida en los abogados y abogadas para con ello exigir a los jueces de que estén mejor preparados para resolver decisiones con argumentos relevantes y paradigmáticos que irradie la defensa de los derechos subjetivos y que esta decisiones no estén cargadas de injerencias externas como en ciertos casos ha pasado en el Ecuador.

Desarrollos teóricos

"*Un tercer elemento dentro del conjunto de fenómenos que abarca el neo-constitucionalismo consiste en desarrollos teóricos novedosos, los cuales parten de los textos constitucionales fuertemente sustantivos y de la práctica jurisprudencial recién enunciada, pero también suponen aportaciones de frontera que contribuyen no solamente a explicar un fenómeno jurídico, sino incluso a crearlo".* (GARCÍA FIGUEROA, pág. 159)

Tiene razón, Luigi Ferrajoli cuando señala que la ciencia jurídica no tiene una función meramente contemplativa de su objeto de estudio, sino que contribuye de forma decisiva a crearlo y, en este sentido, se constituye como una especie de meta-garantía del ordenamiento jurídico en su conjunto. De ahí que, la ciencia jurídica, nos dice

"Ferrajoli, puede concebirse hoy en día como "una meta-garantía en relación con las garantías jurídicas eventualmente inoperantes, ineficaces o carentes, que actúa mediante la verificación y la censura externas del derecho inválido o incompleto". (Ferrajoli L. , Derechos y Garantías, la Ley del más Débil,, 1999, pág. 33)

No es difícil imaginar las muchas posibilidades e implicaciones que derivan de este tipo de postulados.

CONCLUSIONES

Los aportes que han hecho en diferentes ámbitos Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky, Carlos Nino, Luis Prieto Sanchís y el mismo Luigi Ferrajoli han servido no sólo para comprender las nuevas constituciones y las nuevas prácticas jurisprudenciales, sino también para ayudar a crearlas.

De los ejemplos se podría citar la enorme influencia de la teoría de los principios y de la técnica de la ponderación de Robert Alexy en las sentencias de la Corte Constitucional de Colombia que, por cierto, ha desarrollado la mejor jurisprudencia en materia de derechos fundamentales de toda América Latina. Muchas sentencias de la Suprema Corte de México se han basado de forma

explícita o encubierta en los textos de Luigi Ferrajoli y lo mismo acontece en varias resoluciones de los jueces argentinos. Gustavo Zagrebelsky ha tenido la oportunidad de hacer aportaciones teóricas de la mayor altura, pero además ha podido ponerlas en práctica en su desempeño como magistrado de la Corte Costituzionale Italiana y así sucesivamente.

De lo manifestado podemos apreciar que las sentencias emitidas por la corte colombiana ha sido muy apreciada por otros países y es por la forma de cómo analiza la conducta de la vulneración de los derechos y que en muchos casos deja en segundo plano la aplicación de la legalidad es por eso que estamos frente legitimidad sobre legalidad.

Concluyo manifestando que el aparecimiento del Estado constitucional de derechos, fue la reacción del exceso del abuso del poder y de la vulneración de los derechos subjetivos frente a la falta de desarrollo normativo de las normas secundarias al desarrollar lo manifestado por la Constitución irrespetándose lo consagrado por la Norma Suprema del Estado, es por eso la importancia del juez creador de derecho, a fin de evitar más vulneraciones de los derechos humanos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Andrés Ibañez, P.L. (2006). *"El juez" en Diez Picazo-El oficio de jurista.* Madrid-siglo XXI,.

Barak, A.T. (2005). *La jurisdicción constitucional en Europa. Bases teóricas y políticas* . Madrit.

Carbonell, M. y. (2010). *El canon neo-constitucionalUniversidad Externado de Colombia.* Bogotá-Colombia.

Cruz Villalón, P. (2004). *Estudios ante la Constitución de Europa-La Constitución Inédita.* Trotta-España.

Debate sostenido entre Luis Prieto Sanchís, Juan Antonio García Amado y Carlos Bernal Pulido en Carbonell, Miguel (editor), Teoría del neo-constitucionalismo. Ensayos escogidos,. (2007). Madrid, Trotta,.

Ferrajoli, L. (2006). *Sobre los Derechos Fundamentales y sus Garantías.* México.

Ferrajoli, L. (1999). *Derechos y Garantías, la Ley del más Débil,.* Madrid-Trotta.

Ferrajoli, L. (2003). *Pasado y Futuro del Estado de Derecho.* Trotta-España.

Ferrajoli, L. (2003-pág. 65.). *Pasado y Futuro del Estado de Derecho*. Trotta-España.

Ferrajoli, L. (Año 2003). *Pasado y Futuro del Estado de Derecho.* Trotta-España. .

Fioravanti, M. L. (2003-2005.). *"Apuntes de historia de las constituciones" y "Historia y Constitución"*. Trotta, España.

García Figueroa, A. e. (s.f.). *"La teoría del derecho en tiempos del neo-constitucionalismo"Neo-constitucionalismo.*

Garcia Laguardia, J.M. (1993). *"Justicia Constitucional y defensa de la Democracia el golpe de Estado Guatemala" Derecho Constitucional N. 2.* México.

Montecé Giler, A.S. (2015). Evolución del Derecho Constitucional Ecuatoriano y Supremacía de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos. Quito: Jurídica del Ecuador.

Serrano, J. L. (1999). *Validez y Vigencia*. Trotta-España.

Zagrebelsky, G. (2004). *"Jueces Constitucionales" Teoría del Neo-Constitucionalismo-Ensayos Escogidos.* Italia.

Zagrebelsky, G. (2007). El Derecho Dúctil. Trotta-España.

Zagrebelsky, G. (2007.). *El Derecho Dúctil.* Trotta-España.