



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

Sistema de Posgrado

**ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO
PROCESAL**

**Neoconstitucionalismo: Una
Aproximación Crítica**

Elaborado por

Dra. Ana María Larrea A.

Tutor

Dr. Santiago Velázquez V.

Guayaquil, 30 de agosto del 2011

INDICE

1. Introducción	pág. 3
2. Aspectos Metodológicos	pág. 5
3. Antecedentes	pág. 6
4. Del Iusnaturalismo y el Positivismo jurídico	pág. 7
5. De las relaciones entre Iusnaturalismo, Positivismo y Constitucionalismo	pág. 11
6. Del Estado de Derecho al Estado Constitucional de Derechos: Evolución	pág. 13
7. Del Estado de Derechos como sustento del Estado Constitucional	pág. 15
8. Características del Neoconstitucionalismo y sus Acepciones	pág. 19
9. Principios y Reglas	pág. 21
10. Colisiones entre Principios y Conflictos de Reglas	pág. 22
11. Los Principios según Ronald Dworkin	pág. 25
12. La Teoría de los Principios y la Teoría de los Valores	pág. 27
13. Los Principios y las Reglas como técnicas de interpretación constitucional	pág. 28
14. La Ponderación	pág. 29
15. Críticas al Neoconstitucionalismo y al método de la ponderación	pág. 33
16. Ponderación y Argumentación Jurídica	pág. 39
17. Del Efecto de Irradiación	pág. 41
18. Análisis de Jurisprudencia de la Corte Constitucional	pág. 42
19. Conclusiones	pág. 53
20. Bibliografía	pág. 56

NEOCONSTITUCIONALISMO: UNA APROXIMACIÓN CRÍTICA

1. INTRODUCCIÓN.-

La aprobación de la Constitución de la República del Ecuador mediante referéndum, y su vigencia a partir del 20 de octubre del año 2008, nos lanzó de lleno, y sin mayores advertencias, al mundo del neoconstitucionalismo, como modelo de justicia constitucional, y como modelo de estado, sin que hayamos tenido mayores nociones de sus alcances e implicaciones, y peor aún de sus potenciales riesgos. Hemos estudiado las innovaciones constitucionales, y los avances en materia de protección de derechos humanos y garantismo que abraza, pero probablemente tenemos ideas difusas sobre los sustentos conceptuales que reposan bajo el texto mismo de la Constitución, y que determinan sus alcances.

Ecuador pasó de ser un Estado de Derecho, a ser un Estado de Derechos y Justicia por definición de su artículo 1, modificación mucho más allá de semántica, pues supone un cambio radical en lo jurídico, en el modo de entender el derecho como tal, que influye directamente en el modo de administrar justicia y razonar las decisiones judiciales, introduciendo el método de ponderación, como medio de resolución de conflictos constitucionales, con fundamento en la argumentación jurídica, y abriendo paso a un potencial decisionismo judicial. *El estado de derechos y justicia es la forma más profunda de democracia, que gira en torno a los derechos fundamentales, en el que se respete y practique los derechos de la libertad, pero con el mismo nivel de ponderación y valoración a los derechos de igualdad y de equidad, con primacía de protección y respeto a la dignidad del ser humano y su entorno ambiental,* según palabras expresadas por el Dr. Patricio Pazmiño, Presidente del entonces Tribunal Constitucional, actual Corte Constitucional del Ecuador.¹

Por tal razón es mi intención analizar los sustentos teóricos del neoconstitucionalismo desde el plano de la filosofía del derecho, destacando los principales elementos que lo configuran, enlazándolo con las disposiciones constitucionales y de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que mejor evidencian la adopción del modelo neo constitucional, a la vez de analizar algunas sentencias de la Corte Constitucional paradigmáticas por la aportación doctrinal.

El título del trabajo de investigación no tiene por finalidad sugerir el ánimo de presentar un estudio que evidencie los defectos del neoconstitucionalismo, sus contradicciones o sus riesgos; sino, por el contrario, presentar sus principales rasgos y aciertos, contrastándolos con las críticas que aquellos rasgos han suscitado, lo que podría evocar antiguos y apasionados debates, como los sostenidos entre Hans Kelsen y Carl Schmidt, o entre Dworkin y Hart, o entre iusnaturalistas y positivistas, como corrientes de pensamiento jurídico. Eventualmente podemos darnos cuenta que, en principio, las diferencias concretas, prácticas, entre quienes promueven y rechazan el neoconstitucionalismo no son tantas, y que los objetivos y aspiraciones de ambos se acercan más de lo que se alejan, y que mediante

¹ Pazmiño, Patricio, "Corte Constitucional: Consecuencia Lógica de la Evolución Histórica", publicado en el Libro "Un Cambio Ineludible: La Corte Constitucional", 2007.

discursos distintos, y premisas matizadas, los filósofos y profesores del derecho buscan encontrar fórmulas que perfeccionen la interpretación y aplicación del derecho en su real dimensión, más allá del frío molde legal.

En nuestro país la aplicación del modelo de justicia constitucional, va abriéndose camino de forma errática y con altibajos, no necesariamente imputables exclusivamente al sistema, pero sí relacionados al protagonismo judicial que de éste deriva, y que, permite a todos los jueces de primer nivel conocer y pronunciarse sobre cualquier materia, directa o indirectamente relacionada con el derecho constitucional invocado, en el que frecuentemente se pretende abreviar instancias y procedimientos, y en el que los jueces pueden destituir a quien se resista a adoptar una medida tendiente a proteger un derecho constitucional, hecho que ha generado no poco caos.

El tiempo, la experiencia y el aprendizaje, permitirá pulir los vacíos del sistema, cuyos conceptos, estamos seguros, no fueron adecuadamente dimensionados por los proponentes, afines a un sólido presidencialismo, que seguramente no ve con buenos ojos la aplicación estricta del modelo, que en última instancia le resta espacios de poder.

2. METODOLOGÍA

Tema de la Investigación: El Neoconstitucionalismo, una aproximación crítica.

Objetivo General.-Profundizar el análisis teórico del neoconstitucionalismo, a efectos de acercarnos a él previo conocimiento de sus antecedentes, posiciones conceptuales involucradas, y sustentos doctrinarios, a través de los principales teóricos que lo apoyan y critican, lo que nos presenta una visión equilibrada, aun cuando ésta no sea concluyente. El estudio es de base teórica, aunque íntimamente relacionada con el cómo y el porqué del quehacer judicial, para concluir en el análisis concreto de normas constitucionales y de procedimiento constitucional. Mi intención es transitar en la teoría, para abocarnos a la práctica judicial constitucional, en la que se emplea el método de “ponderación”, para que cada quien saque sus propias conclusiones, pues no me animo a formularlas de manera conclusiva, sino abierta.

Objetivos Específicos.-

1. Estudiar brevemente la teoría del derecho natural y la del derecho positivo, íntimamente relacionadas con el tema, como punto de partida teórico.
2. Analizar las relaciones entre Derecho y Moral, y sus implicaciones.
3. Dimensionar las facetas del término Neoconstitucionalismo, y los ámbitos en que puede emplearse.
4. Precisar sus características y principales rasgos distintivos
5. Precisar y Diferenciar los Principios de las Reglas
6. Entender el método de ponderación como solución de conflictos entre derechos fundamentales, y principios.

Metodología.-

Por ser un tema teórico, la investigación se centrará en revisar la doctrina más influyente y autorizada sobre los temas relacionados al objeto de estudio, proponiendo las principales ideas de los autores que trazaron el recorrido del modelo constitucional antes del neoconstitucionalismo, y después, que equivale a decir, antes y después de la segunda guerra mundial, o antes y después de Hitler y el nacional socialismo.

Así mismo, procuramos hemos estudiado distintos fallos de la Corte Constitucional, y presentaremos los más emblemáticos, en cuanto representan lo que nuestra justicia entiende por estado constitucional de derechos y justicia.

3. ANTECEDENTES.-

Por neoconstitucionalismo debemos entender al sistema de derecho constitucional adoptado por Europa a raíz de la segunda guerra mundial, con la clara finalidad de superar el entonces vigente orden jurídico instaurado por la ilustración que rigió el estado decimonónico.

Es común señalar que el neoconstitucionalismo es una doctrina de caracteres un tanto difusos, puesto que los principales autores que se adscriben a ella, Ronald Dworkin, Robert Alexy, Santiago Nino y Gustavo Zagrebelsky, presentan notables diferencias en sus planteamientos², y por tanto existe dificultad para decantar los elementos comunes que permitirían identificar esa doctrina, según expresa el profesor Juan Antonio García Amado, en su artículo denominado “Sobre el Neoconstitucionalismo y sus Precursores”, elementos que se obtienen “de aquí y de allá” y del análisis de las sentencias constitucionales que adoptan mayoritariamente esta corriente, más que del producto de una obra con perfiles precisos y delimitados.

¿Qué es el neoconstitucionalismo?

Neoconstitucionalismo, constitucionalismo contemporáneo, constitucionalismo de principios, o a veces también constitucionalismo a secas, son expresiones cuyo uso cada día es más difundido. Conforme apunta el profesor Luis Prieto Sanchís, en su obra “Derechos Fundamentales, Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial”³, son tres las acepciones principales del término: en primer lugar, el constitucionalismo puede encarnar un cierto tipo de estado de derecho, refiriéndose por tanto al modelo institucional de una forma de organización política; en segundo lugar el constitucionalismo es también una teoría del derecho, más concretamente aquella teoría apta para explicar las características de dicho modelo; finalmente por constitucionalismo cabe entender también, la ideología que justifica o defiende la fórmula política así designada.

La Europa del Siglo XX fue una sociedad “monista” presidida por los valores de la burguesía liberal, que dio lugar al estado de derecho basado en una fuerte idea de soberanía y en la *omnipotencia de la ley*, y que alentó una particular cultura jurídica, el positivismo. Situación que, en opinión de Gustavo Zagrebelsky, uno de los más influyentes exponentes del constitucionalismo europeo, se tornó incompatible con las sociedades pluralistas contemporáneas, que reclaman la coexistencia de valores plasmados en las constituciones de la postguerra, y requieren *un derecho y una ideología jurídica dúctil* como alternativa al positivismo⁴.

La afirmación anterior confronta al neoconstitucionalismo con el positivismo jurídico, lo que supone asumir que el constitucionalismo implica una determinada concepción sobre el derecho opuesta a tal corriente, y en consecuencia adscrita al iusnaturalismo, como comúnmente se ha sostenido. Qué tan

² “Sobre el Neoconstitucionalismo y sus Precursores”, García Amado Juan, artículo publicado en la publicación realizada por la Universidad de Especialidades Espíritu Santo, Ecuador, año 2010, denominada “Lecturas sobre Constitucionalismo Contemporáneo”, pág. 3.

³ Derechos Fundamentales, Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial, Editorial Palestra, Perú, 2007, páginas 109 y siguientes.

⁴ Gustavo Zagrebelsky, “El Derecho Dúctil”, editorial Trotta, Madrid, 2007.

vinculado a una corriente determinada de pensamiento se encuentra el neoconstitucionalismo, es un tema que ha sido objeto de extensos estudios cuya conclusión, me anticipo a señalar, es que no existe identificación plena con ninguna de las posiciones conceptuales, y que, aún influenciado mayoritariamente por una corriente, se encuentra matizado inclusive con elementos tradicionalmente atribuidos a la otra corriente, esto es, el positivismo. Como señala Prieto Sanchiz, *a la vista de la vaguedad de significados que presentan el iusnaturalismo y el positivismo, afirmar en general una presunta esencia iusnaturalista o positivista del control de constitucionalidad es casi como no decir nada*,⁵ por lo que, si queremos comprender las implicaciones filosóficas del constitucionalismo, se requiere ser muy específicos en la terminología que se emplea, para identificar la influencia real de una u otra corriente.

Lo que es indudable es que se trata de un fenómeno histórico, profundamente influenciado por distintos sucesos, y que, en distintos momentos ha recibido aportaciones claras de la vieja doctrina del derecho natural y el positivismo, en su versión de positivismo legalista, por lo que procuraremos resumir de conceptos básicos de estas posiciones, con la mayor simplicidad posible.

4. DEL IUSNATURALISMO Y EL POSITIVISMO.-

Bachof en su obra *Jueces y Constitución*,⁶ al pronunciarse sobre la Constitución de la entonces República Federal Alemana, expresaba *“también la constitución de Weimar incorporaba derechos fundamentales, pero lo hacía desde la estrechez de miras del positivismo jurídico, no como ahora en que los derechos derivan de ese “orden de valores” que en sus últimos caracteres es preestatal, y por lo tanto independiente del arbitrio del estado. La negación del positivismo, o si se prefiere una renovada afirmación de la fe iusnaturalista estaría en la base de nuestro modelo de constitución y de justicia constitucional, no ya como semilla ideológica o programa de política jurídica, sino como realidad operativa y actuante en el seno del propio derecho positivo, y de necesaria consideración para la plena comprensión del mismo”*

Cabría pensar que la posición de Bachof se generó dentro del poderoso renacimiento del derecho natural que se experimentó al finalizar la segunda guerra mundial, como reacción al totalitarismo y exterminio racial institucionalizado vivido en la Alemania de Hitler; que, en principio *tuvo como responsable ideológico a un positivismo inaccesible a los valores, obediente mudo de⁷ la desnuda voluntad del poder y capaz de comprometerse en la explicación y aplicación de cualquier derecho positivo*. En ese contexto, G. Radbruch, citado por Prieto Sanchiz, escribió: *“en todas partes pues, se ha alzado la lucha contra el positivismo partiendo de la idea de que hay leyes que no son derecho y que hay derecho por encima de las leyes”*. No obstante, la impronta antipositivista del constitucionalismo europeo, no sería atribuible exclusivamente al “remordimiento moral” de los juristas alemanes de la

⁵ Prieto Sanchiz, “Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales”, Artículo “Presupuestos Ideológicos y Doctrinales de la Jurisdicción Constitucional”, Editorial Trotta, Madrid, 2009, pág. 31.

⁶ O. Bachof, *Jueces y Constitución* (1959) traducción de R. Bercovitz, Taurus, Madrid, 1963, pág. 28

⁷ G. Radbruch, “Leyes que no son derecho y derecho por encima de las leyes” en “Derecho Injusto, Derecho Nulo”, edición Aguilar, Madrid, 1971, citado por P. Sanchiz, obra citada, pág. 22

postguerra, pues la opinión se ha mantenido y parece responder a motivos más profundos, que permanecen hoy aún vigentes.

Si el constitucionalismo se presenta incompatible con el positivismo, los críticos del constitucionalismo, o de algún aspecto de él, quieren verlo iusnaturalista. Previo a abordar el tema, cabe preguntar: qué es el positivismo, y por contraste, qué es el iusnaturalismo? Y posteriormente preguntarnos, en qué sentido el constitucionalismo es heredero de la teoría del derecho natural, y en qué sentido es contrario al positivismo?

Conforme el esquema diseñado por Norberto Bobbio en su obra “Teoría General del Derecho”⁸, al identificar como los problemas actuales de la norma jurídica, el de la validez, justicia y eficacia del derecho,⁹ y, desde la perspectiva de validez, esto es, desde la Teoría General del Derecho¹⁰, que consiste en precisar en qué consiste el derecho como regla obligatoria y coactiva, cuáles son las características peculiares del ordenamiento jurídico que lo hacen diferente de otros ordenamientos normativos (como el moral), y enfatizar en los medios dispuestos para el logro del fin del derecho; los principales rasgos de la teoría del derecho natural y el positivismo son los siguientes:

El iusnaturalismo o derecho natural: La corriente del derecho natural se podría definir como el pensamiento jurídico que concibe que la ley, para que sea tal, debe ser conforme a la justicia. G. Radbruch, citado por Bobbio, señaló a este respecto “pueden darse leyes de contenido tan injusto y perjudicial que hagan necesario negarles su carácter jurídico.. puesto que hay principios jurídicos fundamentales que son más fuertes que cualquier normatividad jurídica, hasta el punto que una ley que los contradiga carecerá de validez”.

En general, existe la tendencia entre los teóricos del derecho natural, a reducir la validez a la justicia. A este enfoque del problema de las relaciones entre justicia y derecho, puede replicarse, según Bobbio, que es una exigencia, o si queremos, un ideal que nadie puede desconocer, que el derecho corresponda a la justicia, pero no una realidad de hecho, y cuando surge la necesidad de saber qué es el derecho en un momento histórico determinado, requerimos una respuesta concreta que aporte certeza jurídica, por lo que no podemos incluir aquello que quisiéramos que fuera o que debería ser el derecho; por lo que

⁸ Bobbio Norberto, Teoría General del Derecho, Temis, 2007, pág. 27

⁹ Según Bobbio, el problema de la justicia es el problema de la correspondencia o no de los valores superiores o finales que inspiran un determinado orden jurídico. Cuando se considera que existen valores supremos, objetivamente evidentes, preguntarse si una norma es justa o injusta equivale a preguntarse si es apta o no para realizar esos valores. El problema de la validez es el problema de la existencia de la regla en cuanto tal, independientemente del juicio de valor sobre si ella es justa o no, problema que se resuelve con un juicio empírico o de hecho, esto es, de comprobar si una regla jurídica existe o no. Validez jurídica de una norma, equivale a su existencia como norma jurídica. Mientras el problema de la eficacia es el problema de si la norma es o no cumplida por las personas a quienes se dirige (llamados destinatarios de la norma jurídica), y en caso de ser violada, que se haga valer con los medios coercitivos por la autoridad que la ha impuesto, problema cuyo estudio y análisis corresponde en general a la sociología jurídica.

¹⁰ Existen otros planos desde los que se pueden sostener las posiciones positivistas y iusnaturalistas, como el ideológico y el metodológico, que se mencionarán brevemente.

no cabría sino responder que en realidad vale como derecho también el derecho injusto. Podría reconocerse como derecho únicamente el que es justo, solo si la justicia fuera una verdad evidente o por lo menos demostrable como verdad matemática, y por lo tanto nadie pudiera dudar sobre lo que es justo o injusto.

Otra definición de derecho natural lo describiría como la teoría que considera posible establecer lo justo e injusto de modo universalmente válido, y permanente en el tiempo. ¿Tiene fundamentos esta aspiración, si los propios seguidores del derecho natural han discrepado respecto de lo que se debía considerar justo o injusto¹¹? La diferencia de percepciones se originaba, entre otras causas, por los distintos significados que el término “naturaleza” puede adquirir, según la forma en que se use; por lo que, aun cuando el significado del término fuera unívoco, y todos los que recurren a él estuvieran de acuerdo en aceptar que algunas tendencias son naturales y otras no, de la comprobación de que una tendencia es natural no puede deducirse que sea buena o mala, ya que no se puede deducir un juicio de valor de un juicio de hecho.¹² *Entonces, si la observación de la naturaleza no ofrece apoyo suficiente para determinar lo que es justo y lo que es injusto de modo universalmente válido, la reducción de la validez a la justicia solo puede llevar a una grave consecuencia: a la destrucción de uno de los valores fundamentales y básicos para el derecho positivo, el valor de la certeza.*

Pues si la distinción entre justo e injusto no es universal, hay que plantearse el problema de ¿a quién corresponde establecer lo que es justo y lo que es injusto? Dos respuestas surgen posibles: a) corresponde a quien o quienes ejercen el poder, pero esta respuesta es aberrante, porque equivaldría a reconocer como justo lo que es ordenado; b) corresponde a todos los ciudadanos, caso en el que, siendo los criterios de justicia diversos e irreductibles, al ciudadano que desobedeciere la ley por considerarla injusta, y por injusta, inválida, el gobernante no podría objetar nada, **y la seguridad de la convivencia social dentro de la ley quedaría completamente destruida.**¹³ Señala Bobbio, que es doctrina común en los iusnaturalistas, señalar que el derecho injusto, esto es, el inconforme al derecho natural, debe ser obedecido, esto es, aceptado como obligatorio y existente en un ordenamiento jurídico, y por tanto válido.¹⁴

¹¹ Para Kant la libertad era natural y para Aristóteles la esclavitud era natural.

¹² Cita de Resumen, Bobbio, Norberto, obra citada, pág. 29

¹³ Según Bobbio es demostrable que aún en la teoría del derecho natural, la afirmación de que solo el derecho justo es derecho válido, es una frase repetida pero no aplicada, puesto que los iusnaturalistas reconocen que el hombre vivió en “estado de naturaleza”, gobernado por leyes naturales, no obstante fue indispensable salir de ese estado y ceder parte de sus derechos para fundar el estado. Esto se debe interpretar en el sentido de que el derecho natural no cumple el rol del derecho positivo, y en consecuencia solo puede llamarse derecho a este último. Kant, consciente de ello, llamó “derecho provisional” al derecho natural, y al derecho positivo, “derecho preteritorio”.

¹⁴ Prieto Sanchíz, en su obra citada, página 24, incluye la visión “ideológica” del iusnaturalismo y positivismo jurídico, que atiende a sugerir la mejor forma de organización política del estado, y señala que, el iusnaturalismo cuestiona el origen estrictamente social del derecho, afirmando que la voluntad de los hombres no es la fuente última de normatividad, pues si así fuera, para decirlo mediante una cita clásica *“si el derecho tuviera su fundamento en la voluntad de los pueblos, en los decretos de los jefes de estado o en las sentencias de los jueces, entonces tendría uno derecho a desempeñar el oficio de bandido, a cometer adulterio... si tales acciones obtuvieran la aprobación de los votos o de las resoluciones de la masa popular”* Por lo que cabría decir que el iusnaturalismo,

El Positivism Jurídico.- La teoría opuesta al iusnaturalismo es la doctrina que reduce la justicia a la validez, y considera que es justo, objetivamente, solo que es ordenado y por el hecho de ser ordenado; es decir, *la validez es la consagración de la justicia*. Esta doctrina se llama positivismo jurídico, aunque la mayor parte de quienes en filosofía son “positivistas” y los teóricos y estudiosos del derecho positivo, también llamados “positivistas”, no han sostenido tesis tan extremas. Cuando Hans Kelsen, por ejemplo, sostuvo que lo que constituye el derecho como derecho es la validez, en absoluto afirmó que el derecho válido sea también justo, aunque para él los ideales de justicia sean subjetivos e irracionales. El problema de la justicia es para Kelsen un problema ético muy diferente al problema jurídico de la validez.¹⁵

Citando a Kelsen, en su célebre Teoría Pura del Derecho¹⁶, *“a una norma creada por un acto cumplido en el espacio y en el tiempo la denominamos positiva, y se distingue de todas las otras normas que no han sido creadas de esta manera, que no han sido puestas sino solamente supuestas por un acto puramente intelectual...Una norma que no ha sido puesta sino solamente supuesta, no corresponde al dominio de la realidad. Un juicio que verifique si un hecho corresponde o no a una norma no positiva, es un juicio de valor esencialmente diferente de una comprobación de hecho”*. Y, *“cuando en una regla de derecho expresamos que la consecuencia debe seguir a la condición, no adjudicamos a la palabra “debe” ninguna significación moral. La regla de derecho es un instrumento que sirve para describir el derecho positivo tal como ha sido establecido por las autoridades competentes. De aquí se desprende que el derecho positivo y la moral son dos órdenes normativos distintos el uno del otro. Esto no significa que sea menester renunciar al postulado de que el derecho debe ser moral, puesto que, precisamente, solo considerando al orden jurídico como distinto de la moral cabe calificarlo de bueno o de malo”*¹⁷

El más radical de los “positivistas ideológicos” es sin duda Thomas Hobbes, para quien efectivamente no existe otro criterio de lo justo y lo injusto que el de la ley positiva, y de ahí que pronunciaría su lapidaria frase: *“Antes que existieran los poderes políticos, no existía lo justo y lo injusto, de modo que la naturaleza de lo justo y lo injusto depende de lo que está ordenado. Toda acción es por naturaleza indiferente, y el que sea justa o injusta depende del derecho del gobernante. Los reyes legítimos hacen*

en sentido ideológico, sostiene la limitación del poder a partir de unos principios no positivos de justicia, cuya observancia es la condición de obediencia al derecho.

¹⁵ Kelsen, Hans, “Qué es Justicia”, Editorial Ariel, 2001, pág. 63: *“Verdaderamente no sé ni puedo afirmar qué es la justicia. Solo puedo estar de acuerdo en que existe una justicia relativa y puedo afirmar qué es la justicia para mí. Dado que la ciencia es mi profesión, y por tanto lo más importante en mi vida, la justicia, para mí, se da en aquel orden social bajo cuya protección puede progresar la búsqueda de la verdad. Mi justicia, en definitiva, es la de la libertad, la de la paz; la justicia de la democracia, la de la tolerancia”*

¹⁶ Kelsen, Hans, Teoría Pura del Derecho, Euduba Editorial de la Universidad de Buenos Aires, 9na reimpresión, 2009, pág. 19: *“la teoría pura del derecho es una teoría del derecho positivo, del derecho positivo en general y no de un derecho particular. Es una teoría general del derecho, y no una interpretación de tal o cual orden jurídico. Quiere mantenerse como teoría, y limitarse a conocer única y exclusivamente su objeto. Procura determinar qué es y cómo se forma el derecho, sin preguntarse cómo debería ser y cómo debería formarse*

¹⁷ Kelsen, Hans, obra citada, página 45.

*justas las cosas que mandan, por el hecho de mandarlas, e injustas las cosas que prohíben, por el hecho de prohibirlas*¹⁸.

Según Hobbes, para salir del estado de la naturaleza, en la que “el hombre es lobo del hombre”, es necesario que los individuos transmitan todos sus derechos naturales al soberano, por lo tanto, desde que se constituye el estado civil, el único criterio de lo justo o injusto es el del soberano, por el acuerdo común de los individuos de atribuir al soberano el poder de decidir sobre lo justo y lo injusto. Mientras se permanece en el estado de naturaleza no hay derecho válido; cuando surge el estado, nace la justicia, pero lo hace a un tiempo con el derecho positivo, es decir, al tiempo con la validez. La doctrina de Hobbes constituyó la justificación teórica del poder absoluto; no obstante, esta forma de argumentar conduce también a un legalismo ideológico: *la ley, como expresión de la voluntad soberana, debe ser la suprema e indiscutible fuente de derecho y sobre ella no cabe control alguno*¹⁹.

Respecto del legalismo, el positivismo, como teoría explicativa del derecho, aparece estrechamente vinculado a un modelo determinado de derecho, y por tanto en un contexto histórico y cultural que coincide con la fórmula europea del Estado Liberal de Derecho. En consecuencia su teoría del derecho puede resumirse en lo siguiente: la tesis de la relación entre derecho y fuerza (en el sentido de que la coacción es necesaria para la realización del derecho); la concepción estatalista y legalista de las fuentes del derecho; una idea imperativa de la norma jurídica como mandato que atribuye una consecuencia a un determinado supuesto de hecho; y la afirmación del carácter unitario, pleno y coherente del sistema jurídico; y, como consecuencia de lo cual, una concepción meramente mecanicista y subsuntiva de la interpretación, a pesar que, en este último punto, es el primer positivismo quien se inclinó por esta posición, pues el positivismo moderno, encarnado en Kelsen, sostuvo la tesis de la discrecionalidad, como alternativa a la subsunción cuando ésta no sea posible.

5. DE LAS RELACIONES ENTRE CONSTITUCIONALISMO, IUSNATURALISMO Y POSITIVISMO.-

El constitucionalismo actual comporta una negación al legalismo ideológico, como tesis positivista, pues, como sistema dotado de gran densidad normativa, a base de principios, derechos y directrices sustanciales dirigidas al legislador, no puede convivir con una concepción del derecho que sostenga que la voluntad del legislador carece de límites. Como señala Ferrajoli,²⁰ *el constitucionalismo corresponde a una segunda revolución en la naturaleza del derecho, que se traduce en la alteración interna del paradigma positivista clásico. Si la primera se expresó en la omnipotencia del legislador, la segunda se basa en el principio de legalidad sustancial, es decir, en el sometimiento también de la ley, a vínculos ya no solo formales, sino sustanciales impuestos por los principios y derechos*. Aun cuando, como señala Prieto Sanchiz, aunque la mayoría de los positivistas actuales no se ubican en este marco ideológico, y por lo tanto, no habría contradicción entre el constitucionalismo y el positivismo, ello no significa que el principio de supremacía absoluta del parlamento, no tenga adeptos; o que, en el supuesto de elegir

¹⁸ Hobbes, Thomas, *Leviatán*, 1651, citado por Norberto Bobbio, obra citada, pág. 31

¹⁹ Prieto Sanchís, obra citada, página 25.

²⁰ Ferrajoli, Luigi, *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*, editorial Trotta, Madrid, edición 2007, pág. 53 y 55.

entre dar más poderes al juez para emitir una decisión subjetiva, o al legislador, prefieran a éste por sobre el juez, en el entendido de contar con mayor representatividad democrática.

Así mismo, el constitucionalismo supone una superación de la Teoría del Derecho Positivista, principalmente en tres aspectos: la Teoría de las Fuentes, que obviamente ya no puede girar en torno a la hegemonía absoluta de la ley²¹; la Teoría de la Norma, que debe dar cuenta de la existencia de nuevas “piezas del derecho”, en particular de los principios; y de la Teoría de la Interpretación, que ya no puede seguir defendiendo ni la tesis mecanicista, ni tampoco la tesis de la discrecionalidad, al menos como ambas fueron planteadas por el positivismo, conforme lo afirma Prieto Sanchíz²².

Finalmente, en cuanto al concepto mismo de derecho, es decir, la determinación del tipo de realidad que es el derecho, y el método que debe adoptarse para su comprensión, el positivismo parte de las fuentes sociales del derecho, que lo señala como un producto histórico de la voluntad de los hombres, lo que se opone a la visión iusnaturalista, que siempre ha defendido la existencia de una fuente de normatividad superior o metafísica. En segundo lugar, el positivismo defiende la clara separación entre el derecho y la moral, y sostiene que el conocimiento del derecho no requiere un compromiso ético con los valores que subyacen en él; situación que el iusnaturalismo descarta, al considerar que el derecho es un producto jurídico y moral a la vez; por lo que, aprender el derecho requiere un compromiso con esa moralidad que lo condiciona y en la que descansa el orden jurídico y su entera pretensión de obediencia.

En este punto, el constitucionalismo ha contribuido a la crítica e intentos de superación del positivismo metodológico, en línea de recuperación de un cierto iusnaturalismo. La síntesis bien podría ser: ninguna constitución sin teoría ética que la sustente, ninguna interpretación constitucional sin argumentación moral.²³

Como corolario de la relación de las posiciones analizadas, podríamos citar la opinión de Zagrevsky, en su obra “El Derecho Dúctil” ya citada: *“en una ideología política donde la hegemonía la ostentaba una sola clase, la ley reflejaba un orden simple con el que podía identificarse enteramente, expresando su intrínseca visión de la justicia. No faltaban las críticas al ordenamiento jurídico liberal burgués desde otras visiones de la justicia, pero por definición, dada la estructura cerrada del estado, tales críticas no podían ser sino externas, antijurídicas... También respecto al tema de la justicia en el derecho, el advenimiento de la democracia pluralista produce un cambio. Cuando todos los componentes de la sociedad pueden participar en la elaboración de la constitución, se desvanece la posibilidad de seguir considerando que el fundamento de la justicia del orden jurídico es una cuestión prejurídica, carente de relevancia propia desde el punto de vista interno del derecho vigente. El positivismo jurídico, al negar la existencia de “niveles de derecho” diferentes de la voluntad recogida en la ley cerraba intencionalmente la posibilidad de una distinción jurídicamente relevante entre ley y justicia. Tal distinción podría valer en*

²¹ Aun cuando sobre este tema es preciso señalar, que la composición piramidal del ordenamiento jurídico diseñado por Kelsen, a efectos de determinar los niveles de jerarquía entre las distintas fuentes, colocó sobre la cúspide a la Constitución, y creó el sistema de control constitucional, bajo el entendido que toda norma debe sujetarse a la constitución, como norma máxima.

²² Prieto Sanchíz, obra citada, pág. 28

²³ Prieto Sanchíz, cita de resumen, obra citada.

el plano de la ética, pero no en el jurídico. Así como los derechos eran lo que la ley reconocía como tales, la justicia era lo que la ley definía como tal.... Con el constitucionalismo, lo que deja de ser posible es el entendimiento positivista del derecho.”

En palabras de Ferrajoli, “*el constitucionalismo representa un nuevo paradigma fruto de una profunda transformación interna del paradigma paleo positivista*”²⁴

6. DEL ESTADO DE DERECHO AL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS: EVOLUCIÓN.-

El siglo XIX es el siglo del Estado de derecho, modelo de gobierno que se diferencia del “estado de la fuerza” o “estado de policía”, es decir, de los regímenes absolutistas y de despotismo ilustrado, característicos de los siglos XVII y XVIII, fórmulas que, aun cuando pudieran presentarse resultan útiles para conocer a grandes rasgos los caracteres principales de la sucesión de etapas históricas del estado moderno.

Zagravelsky sostiene que la expresión estado de derecho “*es ciertamente una de las más afortunadas de la ciencia jurídica contemporánea*”. El estado de derecho indica un valor, que es la eliminación de la arbitrariedad de la administración pública frente a los ciudadanos, invirtiendo la relación entre poder y derecho propia de los estados de fuerza o policía. El concepto, no obstante, es abierto, razón por la cual, en distintas épocas ha podido completarse con diversos contenidos. Inclusive el Estado Constitucional, propio de esta época constituye una particular forma de estado de derecho, no obstante existen diferencias sustanciales entre ambos modelos.

El estado de derecho, históricamente, ha sido el elemento básico de las constituciones liberales del siglo XIX, como forma de gobierno que destacaba, en primer plano, la protección y promoción del desarrollo de todas las fuerzas sociales de la población. La ley, de ser expresión de la voluntad del estado, empezaba a concebirse como instrumento de garantía de derechos.²⁵

...Era premisa básica del estado de derecho liberal, la concepción de la ley como acto deliberado de un parlamento representativo, caracterizado por: a) Supremacía de la ley sobre la administración; b) Subordinación a la ley, y solo a la ley, de los derechos de los ciudadanos, excluyendo que la administración pueda afectarlos; c) Presencia de jueces independientes, con competencia exclusiva para aplicar la ley a las controversias surgidas entre particulares, y entre éstos y la administración. La ley asumía un significado orientado particularmente a la protección de los ciudadanos frente a la arbitrariedad de la administración.

La generalidad es la esencia de la ley en el estado de derecho. El que la norma legislativa opere frente a todos los sujetos, sin distinción, se conecta con otros postulados fundamentales del modelo de estado, como la moderación del poder, la separación de poderes y la igualdad ante la ley. Si la ley está hecha para todos, queda naturalmente protegida del uso abusivo del propio poder legislativo. Y, ratifica la

²⁴ Ferrajoli, Luigi, “Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales”, pág.

²⁵ Zagravelsky, obra citada, página 23.

separación de poderes, en cuanto que, los actos individualizados del poder corresponden a los jueces y a la administración pública. La igualdad ante la ley se concreta en cuanto, para el estado de derecho, solo puede llamarse ley a aquella norma intrínsecamente igual para todos, esto es, la ley general. Vinculada a la generalidad está la abstracción de las leyes, característica que puede definirse como “la generalidad en el tiempo”, por lo que alude a prescripciones destinadas a valer indefinidamente, y formularse sobre supuestos de hecho abstractos, para garantizar la seguridad jurídica.

La unidad y coherencia del ordenamiento jurídico del estado liberal de derecho, venía dada por el monopolio político legislativo que implicaba el control de la burguesía al parlamento, organismo que, lejos de representar el pluralismo de la sociedad, se sometía a la ideología e intereses de dicho grupo. La unidad del ordenamiento permitía sostener que las disposiciones legislativas no eran más que *“partículas constitutivas de un edificio jurídico coherente, y que por ello el intérprete podía recabar de ellas las estructuras que lo sustentaban, es decir, sus principios. Este es el fundamento de la interpretación sistemática y de la analogía, dos métodos de interpretación que, en presencia de una laguna, permiten obtener la norma en coherencia con el sistema. La sistematicidad acompañaba la plenitud del derecho”*. Esta concepción difícilmente se puede entender hoy que no hablamos de “la ley por excelencia, esto es, el código, representado por el Código Civil Napoleónico”, que dominó durante el siglo XIX, sino en las numerosas, cambiantes y fragmentarias leyes actuales.²⁶

Era regla general en el estado de derecho, la distinción entre la posición de los particulares y la administración frente a la ley. Mientras los particulares tenían libertad para obrar (autonomía de la voluntad), salvo prohibición legal; la administración estaba restringida a actuar únicamente en los casos en que la ley lo contemple (principio de legalidad). Estas fórmulas no son hoy generales, pues el estado ha ido regulando cada vez más los límites de actuación de los particulares, condicionando su accionar a los fines del estado y protección de grupos vulnerables; y, el estado ha ido superando el principio de legalidad en la actuación de grandes intereses públicos, como la salud, educación y otros servicios básicos, que requieren la aplicación del principio de “autonomía funcional de la administración”, permitiendo a la administración delimitar su acción, mediante reglamentos que respondan a la lógica y objetivos internos de la organización, y permita resolver aspectos operativos imposibles de predeterminar legalmente.

Refleja los cambios que paulatinamente se han venido presentando hasta llegar al estado constitucional, la progresiva reducción de la generalidad y abstracción de las leyes, como normas jurídicas. *“La época actual viene marcada por la multiplicación de leyes de carácter sectorial y temporal, es decir, de reducida generalidad y/o bajo grado de abstracción, hasta el extremo de las leyes- medida, en las que no existe una intención regulativa en sentido propio. Sintéticamente, las razones de la actual reducción de las características clásicas de la ley, puede encontrarse en los caracteres de nuestra sociedad, condicionada por una amplia diversificación de grupos y estratos sociales que participan en la formación de las leyes”²⁷*. El pluralismo involucrado en la formación de la ley, además de estar marcado por la temporalidad de los acuerdos, conduce a la heterogeneidad de los valores e intereses expresados en las

²⁶ Zagrevsky, obra citada, cita de resumen, páginas 29-36

²⁷ Zagrevsky, obra citada, pág. 37

leyes, lo que conlleva que la ley deje de ser fuente de estabilidad, para serlo de inestabilidad, por las cambiantes mayorías legislativas que dan paso a recoger distintos intereses.

Además del pluralismo político que se manifiesta en la ley del parlamento, los ordenamientos actuales son resultado de una pluralidad de fuentes, que a la vez son expresión de una pluralidad de ordenamientos menores (autónomos, municipales, provinciales) que no siempre aceptan una posición pacífica de segundo plano, y, por la vía de la descentralización emiten regulaciones sobre temas trascendentes, que tendrán aplicación local; así como por la vía de la internacionalización del derecho, y el carácter vinculante del derecho comunitario europeo o regional, en los procesos de integración. Por todo ello, la estatalidad del derecho, que era una premisa básica del positivismo, retrocede y deja espacio a sectores enteros de regulaciones de origen diverso, provenientes, o de la normativa comunitaria, o de sujetos públicos locales, o de la autonomía de sujetos colectivos (sindicatos, asociaciones). La concurrencia de fuentes resultante, es otro motivo de dificultad para la sistematización del derecho como ordenamiento.

El siglo XX ha sido definido como el del “legislador motorizado” en todos los sectores del ordenamiento jurídico sin exclusión, como consecuencia de lo cual el derecho se ha tecnificado y mecanizado. Las constituciones contemporáneas procuran remediar los efectos debilitadores del ordenamiento jurídico *mediante la previsión de un derecho más alto, dotado de fuerza obligatoria para el legislador.* El objetivo es contener y orientar los desarrollos contradictorios de la producción del derecho, generado por las presiones sociales que se ejercen sobre el mismo, sobre la base de una noción de derecho más profunda de aquella del positivismo legislativo. La unificación del sistema se da en base a un conjunto de principios y valores constitucionales sobre los que, a pesar de todo, existe un consenso social suficientemente amplio, puesto que el pluralismo no degenera en anarquía cuando existen puntos de convergencia sobre aspectos estructurales de la convivencia política y social.

No obstante, la unificación del ordenamiento mediante “el principio de constitucionalidad”, no sería el mismo del propuesto por la estructura jerárquica piramidal que controlaba la sujeción de todo derecho a la ley, y de la ley a la constitución. Pues, en tal esquema las constituciones no contenían principios, y el control de constitucionalidad de la ley se limitaba mayormente a la formación de la ley, y a contenidos mínimos sobre la distribución y el ejercicio del poder público.

7. EL ESTADO DE DERECHOS COMO SUSTENTO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL O NEO-CONSTITUCIONAL.-

Los “**derechos de las personas**”, incorporados a las constituciones por influencia del pensamiento liberal de la revolución francesa, fueron receptados como normas de naturaleza ética, que cumplían el rol de impedir la injerencia del poder público en el ámbito de la libertad de los individuos, pero no eran derechos expresados en normas jurídicas, y por tanto solo eran exigibles una vez incorporados o desarrollados en leyes que los jueces podían aplicar. Los derechos se constitucionalizaban en forma de discurso, esto es, como patente retórica con valor orientador al legislador, quien podía convertirlos en normas invocables ante cualquier autoridad del estado. *Simplemente tuvieron la función de determinar*

*que, el poder que en su ejercicio invade el campo de los derechos humanos se deslegitima, y abre por el contrario la fuente de legitimidad ética a los actos de resistencia de los ciudadanos.*²⁸

Conforme señala el tratadista Dr. Jorge Zavala Egas, en su obra “Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica”, *los derechos de las personas eran, si, derechos subjetivos constitucionales en cuanto exigencia ética, o sea, derechos de los sujetos frente al estado, que éste debía respetar; auténticas proposiciones programáticas, pero no existían como normas jurídico constitucionales exigibles ante un poder que los hiciera efectivos, esto es, no habían garantías para la efectivización de los derechos, salvo que fueran concretados como normas reglas en las leyes que expedía libremente el legislador.*²⁹

El siglo XIX, en su intento de otorgar consistencia jurídica a lo que hoy llamamos “derechos constitucionales”, no logró avanzar más allá de la **“teoría de los derechos públicos subjetivos”**, que consistía en limitar la actuación arbitraria del estado mediante la barrera de los derechos subjetivos reconocidos a los individuos. No obstante, tal barrera resultaba insuficiente para la actuación del estado como legislador, pues no había garantía de que la propia ley consintiera su negación, bajo el concepto marginal o secundario de los derechos, que derivaba de la idea de “prioridad del estado y su exigencia de unidad, frente a las posiciones subjetivas de los individuos”. La idea de un estado que con su autoridad, podía estar delante los derechos de las personas, no podía ser superada *sino cuestionando la ideología que reducía los derechos a las leyes, y otorgaba a éstas un carácter onnipotente.*³⁰

La primera de las grandes tareas de las constituciones contemporáneas consistió en distinguir claramente entre la ley, como regla establecida por el legislador, y los derechos humanos como pretensiones subjetivas absolutas, válidas por sí mismas con independencia de la ley.³¹

Los derechos fundamentales son el concepto sobre el que reposa el constitucionalismo contemporáneo; son la medida de la legitimidad y democracia del poder público, lo que mantiene vigente el interés de académicos, juristas, jueces, políticos y ciudadanos en general. Luigi Ferrajoli, quien concibió al estado como *“un sistema artificial de garantías constitucionalmente pre-ordenado a la tutela de los derechos fundamentales”* ha procurado una aproximación teórica, formal o estructural de los derechos fundamentales, que permita identificarlos en cualquier orden normativo, por lo tanto no dogmática, como sí fue el planteamiento de Robert Alexy; que permita su conocimiento más allá de las limitaciones que cualquier régimen pudiera introducir respecto de ellos. Una especie de “teoría pura” de los derechos fundamentales, al estilo de la teoría kelseniana del derecho, como se ha afirmado, aunque avanzada, moderada, y como toda propuesta ambiciosa, también criticada. Procuraré sintetizar sus

²⁸ Zavala Egas, obra citada, pág. 119. La figura del derecho de resistencia fue, y sigue siendo, poco institucionalizada y poco desarrollada, de la mano del derecho. Las resistencias individuales o colectivas se han considerado virtualmente como posiciones particulares ante excesos de autoridad, más que el ejercicio de una figura que el derecho contempló desde la revolución francesa, y que la Constitución Ecuatoriana del 2008, recoge.

²⁹ Zavala Egas Jorge, Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica, Edilex S.A., 2010, pág. 40.

³⁰ Zagrelsky, obra citada, pág.50

³¹ Zagrelsky, obra citada, pág. 47

principales líneas, por su estrecha vinculación con el modelo constitucional que es objeto del presente trabajo.

La definición teórica de derechos fundamentales que sugiere el profesor italiano es la siguiente: *“son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres, en cuanto dotados del estatus de personas, ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por estatus, la condición de un sujeto, prevista así mismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de ésta”*.

Los ejes sobre los que gira la teoría formal de Ferrajoli son cuatro: En primer lugar la tesis de la separación entre los derechos y sus garantías tanto legales como jurisdiccionales, de manera que la inexistencia de estas últimas no afectaría la existencia del derecho, constituyendo en sí una laguna del ordenamiento que habría que colmar. *La relación entre el derecho y la garantía como implicación normativa y no como mera descripción o constatación de un hecho jurídico que podría no darse. Las garantías pertenecen al deber ser del ordenamiento: el derecho subjetivo se origina con la norma que lo estatuye, y a partir del acto de producción de ésta existirá ya normativamente como tal, de la que se deriva la obligación del legislador de disponer de los instrumentos adecuados para procurar su satisfacción.*³² En segundo lugar, la tesis de la distinción estructural entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales, contraponiéndose al carácter universal e indisponible de los primeros, el carácter singular y alienable de los segundos. En tercer lugar la tesis de la identificación de los derechos fundamentales con la dimensión sustancial de la democracia, esto es, con el ámbito de lo que en una democracia, no podría ser decidido ni podría dejarse de decidir, ni por la democracia formal, representada por las mayorías políticas, ni por el mercado. Por último la tesis de la diferencia entre derechos fundamentales y derechos de ciudadanía, en cuanto los primeros son atribuidos a toda clase de persona sin consideración a su nacionalidad.

Sobre estos temas surgen una serie de inquietudes de toda índole que abren el debate, desde la utilidad misma de una teoría formal, que implicaría, de suno, una aproximación neutral a los derechos fundamentales, y un repliegue a posiciones más políticas expresadas por Ferrajoli en trabajos anteriores, como “Derecho y Razón”. El profesor replica que una posición neutral no es posible, en la medida en que las constituciones asumen una serie de derechos y principios cuyo contenido, en definitiva, vincula al poder político, e incorpora a la teoría jurídica nociones de “una política del derecho”. Otra crítica importante tiene que ver con la relación entre derechos fundamentales y democracia, que introduce la posición de Ferrajoli. Ana Pintori señala *que aquella posición se asienta en una peligrosa subestimación del carácter problemático, equívoco, del contenido semántico de los propios derechos. ¿No encierra, acaso, el peligro de dejar a la democracia política, cautiva de quienes, en última instancia tienen que interpretar y aplicar dicho contenido? ¿Y no supondría todo ello, en definitiva, un modelo de derechos*

³² Ferrajoli, Luigi “Derechos y Garantías: La ley del más débil”, editorial Trotta, Madrid, 2009, pág. 12

*insaciables destinado a devorar los fundamentos del autogobierno y sostenido sobre una cuestionable petrificación de las constituciones?*³³

Los derechos humanos fortalecen la idea de democracia, al instituir límites al accionar mayoritario. Al ser receptados por el constitucionalismo, compatibilizan “representación” con derechos fundamentales, puesto que *una democracia sin constitucionalismo no es más que la tiranía de una mayoría circunstancial*³⁴.

Los antecedentes antes sintetizados, aportan, por contraste, ciertas características del neoconstitucionalismo, como teoría o doctrina que, con las connotaciones expuestas, supera al positivismo, aunque bien podría decirse que lo modera, en cuanto sus constituciones consagran derechos que se tienen por normas jurídicas fuertes e invocables ante cualquier autoridad (ténganse en cuenta los principios que, respecto del ejercicio de los derechos fundamentales, contempla la Constitución de la República del Ecuador)³⁵; o, respecto a la preferencia por otros métodos de

³³ Ferrajoli, “Fundamentos de los Derechos Fundamentales”, introducción, pág. 15

³⁴ Gil Domínguez, Andrés, Los Derechos Humanos del Siglo XXI, autores varios, Ediar, 2005.

³⁵ Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

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

2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.

Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación.

El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.

3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

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

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

4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.

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

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

7. El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento.

8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio.

Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.

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

interpretación que el de la subsunción; no obstante, y aunque aquellos no son los principales o únicos rasgos definitorios del constitucionalismo, sobre los cuales profundizaremos, nos permiten ubicarlo en perspectiva histórica, que es la forma correcta para aproximarse a un tema, facilitando su comprensión.

8. CARACTERÍSTICAS DEL NEOCONSTITUCIONALISMO Y SUS ACEPCIONES.-

El **neoconstitucionalismo como tipo de estado de derecho**, es el resultado de la unión o convergencia de dos tradiciones constitucionales hasta aquí independientes:

La **primera** que concibe la constitución como regla de juego o pacto de mínimos que permite asegurar la autonomía de los individuos como sujetos privados y como agentes políticos, a efectos de que sean ellos quienes adopten las decisiones colectivas pertinentes en cada momento histórico, bajo la idea de “supremacía constitucional” resguardada por los jueces. *La idea del poder constituyente se traduce en una limitación del poder político, en especial del legislativo, mediante el establecimiento de barreras que no puede traspasar.*

La **segunda** tradición concibe una constitución que no se limita a fijar las reglas de juego, sino que participa directamente condicionando con mayor o menor detalle las decisiones colectivas a propósito del modelo económico, de educación, sanidad, relaciones laborales, etc., en que la idea del poder constituyente no quiere agotarse en el marco de un documento jurídico que sirva de límite a la acción política posterior, sino que pretende perpetuarse en su ejercicio por parte de su titular, esto es, el pueblo. Pero como el pueblo actúa por intermedio de sus representantes, esto es el legislativo, a la postre es este quien termina encarnando la voluntad general y confundiendo a ésta con la voluntad del estado, lo que terminó limitando la fuerza de la constitución frente al legislador y frente al gobierno; siendo que el constitucionalismo se convirtió en legalismo: son las leyes las que se encargan de hacer realidad o frustrar cuanto aparece prometido en la constitución.³⁶

El neoconstitucionalismo, conforme señala el profesor Prieto Sanchiz, reúne elementos de ambas tradiciones, es decir que sus constituciones pretenden fundamentar quien manda, como se manda y hasta donde puede mandar, junto con qué debe mandarse. Presentan fuerte contenido normativo y garantías jurisdiccionales. *“En pocas palabras, el resultado puede resumirse así: una constitución transformadora que pretende condicionar de modo importante las decisiones de la mayoría, pero cuyo protagonismo fundamental no corresponde al legislador sino a los jueces”*

El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.

El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas.

³⁶ Cita de Resumen, Prieto Sanchiz, Luis, obra citada, pág. 113

Los autores del neoconstitucionalismo advierten en este modelo, una superación de la Teoría de Control Constitucional prevaleciente en Europa por influencia de Kelsen, quien diseñó un esquema de supremacía constitucional, bajo el entendimiento que ésta es debía ser esquemática, limitadora del ejercicio del poder, *pero no propiamente una fuente del derecho, sino una "fuente de las fuentes"*. En tal virtud, su control correspondía no a la justicia ordinaria, sino a un tribunal independiente de conformación mitad política y mitad judicial. El Neoconstitucionalismo toma del constitucionalismo americano, la tendencia a limitar durante su vigencia la acción del legislador, sin renunciar a incorporar normas sustantivas sobre los objetivos de la acción política.

En consecuencia, "re-materializa la constitución" al determinar no solo la forma de producir la ley y algunas barreras infranqueables, sino al predeterminar el contenido de la regulación jurídica, aunque en ocasiones no sea de forma totalmente unívoca o concluyente. Y, por otro lado "desborda la constitución" al incorporarla dentro del ordenamiento jurídico como norma suprema, de tal forma que los operadores jurídicos puedan acceder a la constitución directamente, y no solo a través del legislador.

Ferrajoli, señaló que el estado constitucional o neo-constitucional, es el modelo en el que *"la función de garantía del derecho"* es posible por la complejidad de su estructura formal, que se caracteriza por su "doble artificialidad", es decir, ya no solo por el carácter positivo de las normas producidas, sino por su sujeción al derecho, que es el rasgo característico del estado constitucional de derecho, en el que la misma producción jurídica se encuentra disciplinada por normas, tanto formales, como sustanciales de derecho positivo. Si en virtud de la primera característica la existencia del derecho no puede derivarse de la moral, ni encontrarse en la naturaleza, sino que es "puesto o hecho" por los hombres; en virtud de la segunda característica, también "el deber ser" del derecho positivo, es decir, sus condiciones de validez, resultan "re-positivadas" por un sistema de reglas que condicionan la formación del derecho, mediante los valores ético políticos: igualdad, dignidad de las personas, derechos fundamentales; en suma su deber ser y no solo su ser son los que se encuentran incorporados al ordenamiento del estado constitucional de derecho³⁷

Podríamos sintetizar cinco rasgos distintivos de la Teoría del Derecho del Neoconstitucionalismo:

1. Más Principios que Reglas;
2. Más Ponderación que Subsunción;
3. Omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos jurídicos más o menos relevantes, en lugar de espacios exentos a favor de la opción legislativa o reglamentaria;
4. Omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario; y,
5. Coexistencia de una constelación plural de valores a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica respecto a un puñado de principios coherentes entre sí.

³⁷ Ferrajoli, Luigi, "El Derecho como sistema de Garantías", Derechos y Garantías: La Ley del más Débil, Editorial Trotta, 2009, Madrid.

Es nuestra intención profundizar en los rasgos definitorios del Neoconstitucionalismo, desde las características antes señaladas.

9. PRINCIPIOS Y REGLAS.-

Según Robert Alexy en su obra “Derechos Fundamentales”,³⁸ la distinción entre reglas y principios representa la base de la teoría de derechos fundamentales, puesto que sin ella no puede existir una adecuada teoría de los límites de los derechos fundamentales, ni una teoría satisfactoria de la colisión entre derechos fundamentales; y tampoco una teoría suficiente del rol que cumplen los derechos fundamentales en el sistema jurídico.

Con frecuencia las normas de derechos fundamentales son llamadas principios; aunque con mayor frecuencia se hace valer el carácter de principios de las normas de derecho fundamental. No obstante, señala, existe confusión y polémica, pues se emplea una desconcertante variedad de criterios de distinción. La delimitación de los principios, con respecto a los valores es oscura, y la terminología ambigua. Tanto reglas como principios son normas, porque ambas establecen lo que es debido; ambas pueden ser formuladas como mandato, permiso o prohibición; por lo cual, la distinción entre reglas y principios es una distinción entre tipos de normas.

El más frecuentemente utilizado criterio de distinción entre principios y normas es el de generalidad, según el cual, los principios son normas con un alto grado de generalidad, mientras las reglas son normas con un nivel menor de generalidad. No obstante, Alexy incorpora otros criterios de distinción, como son: la forma de su génesis, por ejemplo la distinción entre normas creadas y desarrolladas; la explicitud del contenido valorativo; la referencia “a la idea de derecho” o a un “derecho supremo”; la importancia para el ordenamiento jurídico; y, por último, en cuanto si son fundamento de reglas o reglas en sí mismas.

Prieto Sanchiz introduce un criterio bastante esclarecedor, según el cual *“los principios son normas que carecen o presentan de un modo fragmentario, el supuesto de hecho o condición de aplicación, como sucede con la igualdad o los derechos fundamentales”*³⁹

Con base de estos criterios, es posible sostener tres tesis distintas sobre la distinción entre reglas y principios:

1. No es posible diferenciar claramente las reglas de los principios, puesto que los criterios de diferenciación muchas veces se presentan de forma contradictoria en unos y otros;

³⁸ Teoría de los Derechos Fundamentales, Alexy, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, página 63.

³⁹ Prieto Sanchiz, obra citada página 130.

2. La diferenciación es de grado, tesis de la que son partidarios los autores que consideran la generalidad como criterio decisivo; y,

3. La diferencia no es solo gradual sino cualitativa, tesis que Alexy considera correcta, por cuanto explica la mayoría de los criterios señalados como “típicos de los principios”, y es la que considera a los **principios como mandato de optimización**.

Según este criterio, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Es decir, pueden cumplirse en diferente grado, y la medida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas se determina por los principios y reglas opuestos. En cambio las reglas son normas que solo pueden ser cumplidas o no: si una regla es válida debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos.

Zagravelsky es conocedor de la desconfianza hacia los principios, pero considera que sus peculiaridades (el ser ambiguos, vagos, elásticos o incompletos) no son razón para negarles su valor normativo, sino por el contrario, para modificar la tradicional concepción existente respecto de la norma jurídica. La argumentación expuesta por este autor, destaca los cuatro principales criterios que suelen formularse para distinguir entre reglas y principios:

1. La cualidad todo o nada que se predica de las reglas frente al peso o importancia relativa de los principios, pues si una regla es aplicable, resuelve el caso, y si no lo resuelve no resulta aplicable, mientras los principios ofrecen pautas u orientaciones concluyentes que deben conjugarse con otras normas o principios;

2. El carácter cerrado de las reglas y abierto de los principios, o lo que es lo mismo, la ausencia en estos últimos de un verdadero supuesto de hecho;

3. La idea de que las reglas solo admiten un cumplimiento pleno, mientras que los principios, en cuanto mandato de optimización, solo ordenan que se realice algo en la mayor medida posible;

4. Finalmente la tesis según la cual el conflicto entre reglas se resuelve invalidando una, o estableciendo una excepción, mientras que el de los principios no puede superarse de forma general sino únicamente en función del caso concreto, como profundizaremos a continuación.

9.1. Colisiones de Principios y Conflictos de Reglas.-

Como explica Alexy, la distinción entre reglas y principios se muestra de forma más clara en las colisiones de principios y en los conflictos de reglas, puesto que la forma como se soluciona el conflicto, grafica la diferencia entre ambos. ¿Qué sucede cuando dos normas aplicadas independientemente conducen a resultados incompatibles, es decir, a dos juicios de deber ser contradictorios? Un conflicto entre reglas solo puede solucionarse mediante la introducción, en una de las reglas, de una cláusula de excepción que elimine el conflicto, o mediante la declaración de invalidez de una de las normas, y su

consecuente expulsión del ordenamiento jurídico⁴⁰, toda vez que el concepto de validez jurídica no es graduable: una norma es válida jurídicamente o no lo es, por lo que debe excluirse la posibilidad de que sean válidos dos juicios concretos de deber ser, contradictorios entre sí. Para efectos de la declaratoria de invalidez, debe recurrirse a la dogmática jurídica tradicional, que Alexy también menciona, y consiste en la aplicación de las normas: “lex posterior derogat legi priori” y “lex specialis derogat legi generali”.

Por el contrario, la colisión de principios debe solucionarse de forma muy distinta. Cuando dos principios entran en colisión, uno de los principios tiene que ceder ante el otro. Sin embargo esto no significa declarar inválido el principio desplazado, ni que en éste haya que introducir una cláusula de excepción, sino más bien que, en ciertas circunstancias uno de los principios preceda al otro. Siempre en función del caso concreto, que es lo que se quiere decir cuando se afirma que *“en los casos concretos los principios tienen diferente peso y prima el principio con más peso”*.

Los conflictos de reglas tienen lugar en la dimensión de la validez, *mientras que las colisiones de principios tienen lugar más allá de la dimensión de la validez, tienen lugar en la dimensión del peso*. Agrega Alexy, que la solución de la colisión consiste en, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, establecer una relación de precedencia condicionada, es decir, ir determinando criterios o condiciones en los cuales un principio preceda a otro, relación que el Tribunal Federal Alemán ha resuelto mediante el enunciado de “Ninguno de estos intereses merece sin más la precedencia frente al otro” lo que, dicho de otra forma significa: no existen relaciones absolutas de precedencia entre principios que abstractamente tienen la misma jerarquía.

No obstante lo cual, señala Alexy, en casos excepcionales, pueden determinarse relaciones de precedencia condicionada, que terminan convirtiéndose en una regla, es decir, en una razón definitiva para un juicio concreto de deber ser, como es el caso de la DIGNIDAD HUMANA, sobre el que volveremos más adelante.⁴¹

⁴⁰ Alexy, Robert, “Derecho y Razón Práctica”, Biblioteca de Ética, Filosofía, Derecho y Política, México, 2006

⁴¹ La noción de la dignidad humana surgió en el pensamiento clásico griego. Sócrates es el descubridor de la individualidad personal como sustancia moral, autosuficiente, y en cuanto a la libertad, crea el sistema de relaciones humanas en general. Sócrates y Platón se esfuerzan en definir una virtud práctica y no abstracta, en la que consideran que el valor del individuo no viene de la persecución de unos fines egoístas, sino de una conducta moderada que prescinde de los excesos. El hombre es capaz de entender el funcionamiento del alma, y por lo tanto, regular la conducta por la razón, de acuerdo con la virtud. La idea de la dignidad humana se funda en la razón que eleva y distingue a los hombres de los animales, abriendo paso a la ética del humanismo, surgida en Grecia, aunque frustrada en cuanto no garantizaba tal dignidad ni libertad para todos, y aunque no haya sido debidamente desarrollada en la filosofía política y jurídica posterior. Platón y Aristóteles no llegaron, ni remotamente, a formular este principio con dimensión universal, ni sobre las bases que hoy conocemos. La construcción del concepto dignidad humana ha supuesto un proceso histórico de humanización e individualización del valor del hombre, como fin en sí mismo, y no instrumentalizado, liberado de determinismos naturales, sociales y culturales. La humanización conectó el valor de la naturaleza humana con la igual dignidad de las personas, neutralizando paulatinamente los trasfondos discriminatorios. La dignidad humana se fundamenta en la idea de humanidad –como familia humana– que pretende abarcar a todos los individuos en un mismo pie de igualdad, utilizando y reinterpretando algunos fundamentos de la llamada *“dignidad de la naturaleza humana”*. En resumen, el concepto moderno de dignidad humana es una reconstrucción del pensamiento clásico, sobre la base de la

Los principios, a diferencia de las reglas, tienen valor *prima facie*, puesto que ordenan que algo deba ser realizado en la mayor medida posible, teniendo en cuenta las posibilidades jurídicas y fácticas. Por tanto, no contienen mandatos definitivos, sino solo *prima facie*, puesto que sus razones pueden ser desplazadas por otras razones opuestas, sin que el principio determine como ha de resolverse la relación entre una razón y su opuesta.

Según expresa Alexy en su obra “Teoría de los Derechos Fundamentales” citada, los principios suelen ser relativamente generales, porque no están referidos a las posibilidades del mundo real o normativo; y cuando llegan a referirse a los límites del mundo real y normativo, se llega a un sistema de reglas diferenciado, que dependen de los principios. *“En tanto razones para reglas a menudo técnicas, los principios permiten conocer su contenido valorativo más fácilmente que aquellas. En tanto razones básicas para numerosas reglas, los principios tienen una importancia fundamental de contenido para el ordenamiento jurídico: su referencia a la idea del derecho resulta de un modelo de fundamentación que avanza de lo general, a lo cada vez más especial. Y el hecho de que, como normas surgidas naturalmente, puedan ser contrapuestas a las normas creadas, se debe al hecho que los principios no necesitan ser establecidos explícitamente, sino que también pueden ser derivados de una tradición de expedición detallada de normas y decisiones judiciales, que por lo general son expresión de concepciones difundidas de cómo debe ser el derecho”*⁴²

Dentro del desarrollo de su teoría Alexy analiza una de las objeciones que se han presentado, según la cual existen conflictos de principios que pueden solucionarse no mediante la técnica de ponderación, sino mediante la anulación o expulsión de un principio. El ejemplo citado es el relativo al “principio de discriminación racial” que colisionaría con el de “no discriminación o principio de igualdad”. La reflexión de Alexy es que el citado principio de discriminación no es válido dentro de un estado constitucional; y si efectivamente existiere, habría que expulsarlo del ordenamiento jurídico, sin que se vea afectada la teoría de la colisión, puesto que para que exista colisión tenemos que enfrentarnos ante dos principios válidos, y en el ejemplo uno de ellos no lo es.

La segunda objeción que analiza es la de “los principios absolutos que nunca podrían ponerse en relación de preferencia con otros”. En este punto señala que existen principios sumamente fuertes que en ningún caso pueden ser desplazados por otros. “Si existen principios absolutos, hay que modificar la definición del concepto de principio, pues que exista un principio que en caso de colisión tenga que preceder a todos los otros principios, es decir también a aquél que dice que las reglas expedidas tienen que ser obedecidas, significa que su realización no conoce límites jurídicos. Solo siguen existiendo límites fácticos. El teorema de la colisión no sería aplicable” Es fácil argumentar en contra de la validez de los principios absolutos en un sistema que reconoce derechos fundamentales. Los principios pueden

identidad personal (Montaigne) y la de la grandeza del pensamiento humano, que permite al individuo decir que existe, en el célebre “*cogito ergo sum*” de Descartes. Cita de Resumen de Pelé, Antonio, “La Dignidad Humana: Sus orígenes en el pensamiento clásico”, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Madrid, 2010.

⁴² Página 84-85. En esta expresión se advierte claramente la orientación iusnaturalista de Alexy al referirse a la existencia de “normas naturales” que fundamentan y/o se contrastan a las normas creadas, siendo que el derecho es de creación humana, aun a pesar que no siempre podamos precisar la época en que se creó.

referirse a bienes colectivos o a derechos individuales. Cuando un principio se refiere a bienes colectivos y es absoluto, las normas de derecho fundamental no pueden fijarle ningún límite jurídico, por lo tanto, dentro del alcance del principio absoluto no caben los derechos fundamentales. Cuando el principio absoluto se refiere a derechos individuales debe existir una limitación jurídica, con lo que cabría la siguiente síntesis: los principios absolutos o bien no son conciliables con los derechos individuales, o bien solo lo son cuando los derechos individuales que en ellos se fundan no corresponden a más de un solo sujeto jurídico.

Suele entenderse que existe al menos un principio absoluto en las constituciones contemporáneas adscritas al modelo neo-constitucionalista, entre ellas, como es obvio, la Ley Fundamental Alemana de 1949, la Constitución Española de 1978 y la Constitución Ecuatoriana del 2008⁴³, y éste es la “dignidad humana” que se reconoce como intangible, provocando la impresión de ser un principio de carácter absoluto. No obstante, según Alexy, esto obedece a que, por un lado, la dignidad humana es tratada en parte como una regla y en parte como un principio; y por otra, que para este principio existe un amplio grupo de condiciones de precedencia conforme a las cuales existe alta certeza de que este principio desplazará a otros contrapuestos.

El carácter de regla se advertiría puesto que, cuando esta norma resulta relevante, no se pregunta si tiene precedencia o no sobre otras normas, sino si ha sido violada o no, sin embargo de lo cual, vista la ambigüedad del término, resulta difícil dar respuestas concluyentes. Razón por la cual el Tribunal Federal Alemán optó por resolver que en este caso no existen respuestas definitivas ni generales, sino que siempre habrá que tener en cuenta el caso concreto, lo que abre la posibilidad de efectuar juicios de ponderación en cada caso que se enfrente al concepto de la dignidad humana, con la alta carga de subjetividad que aquello conlleva.⁴⁴

Señala Alexy, en un confuso planteamiento, que hay que partir de dos normas de la dignidad humana: una regla y un principio de la dignidad humana. La relación de preferencia del principio de la dignidad humana en relación con principios contrapuestos, determina el contenido de la regla. Lo absoluto no es el principio sino la regla, que debido a su apertura semántica no necesita una determinación con relación a otras condiciones de preferencia relevante. Aunque conocemos que, con un alto grado de certeza que, en determinadas circunstancias, el principio de la dignidad humana tendrá precedencia frente a todos los demás principios, esto no confiere a tal principio un carácter absoluto, sino que implica que existen muy pocas y contadas razones jurídico – constitucionales que puedan, bajo ciertas condiciones, invalidar la relación de precedencia a favor de la dignidad humana.

9.2. Los Principios según Ronald Dworkin.-

⁴³ Constitución de la República del Ecuador: Art. 84.- La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución.

⁴⁴ Existen varios ejemplos en la obra de Alexy en los que se analiza el concepto dignidad humana, frente a prisión perpetua, escuchas telefónicas

En su obra “Taking Rights Seriously”⁴⁵, Dworkin distingue entre principios, directrices políticas y otros tipos de pauta. Llama directrices o directrices políticas al tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado, generalmente una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad; aunque algunos objetivos son negativos en cuanto procuran evitar cambios adversos a alguna condición actual. Llama principio a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que considere deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad. De esta forma, la proposición de que es menester disminuir los accidentes de automóvil es una directriz, y la de que ningún hombre puede beneficiarse de su propia injusticia, un principio.

Los principios, según Dworkin, no son del tipo que consideramos como normas jurídicas, puesto que su estructura es diferente, está dada por razones que apuntan hacia una determinada conducta. Pueden no siempre prevalecer en un caso determinado, pero no significa que pierdan vigencia puesto que en otro caso “pesarán más” que el anterior, puesto que los principios tienen una dimensión que falta en las normas, la dimensión del peso o importancia. Cuando los principios se interfieren, en el ejemplo de libro, la política de protección a los consumidores de automóviles interfiere con los principios de libertad de contratación, quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno, en lo que no hay una medición exacta, y el juicio respecto a si un principio o directriz es más importante que otro, será siempre motivo de controversia. Sin embargo es parte esencial del concepto de principio el que tenga esta dimensión, que tenga sentido preguntar qué peso o importancia tiene.

Las normas no tienen esta dimensión. Al hablar de reglas o normas podemos decir que son o que no son funcionalmente importantes, en el sentido que tiene un papel más relevante en la regulación del comportamiento, pero no podemos afirmar que una norma sea más importante que otra dentro del sistema; de modo que, cuando dos de ellas entran en conflicto, una de las dos sustituye a la otra en virtud de su mayor peso. Si se da un conflicto entre normas, una de ellas no puede ser válida. La decisión sobre cual se mantiene y cual se elimina por inválida se adopta apelando a consideraciones que trascienden las normas mismas, y que el sistema jurídico resuelve siguiendo las tesis de superioridad jerárquica, su expedición posterior, o su especialidad para el caso.

La diferencia entre principios y normas no siempre es fácil de determinar, pues su enunciación gramatical puede no ser concluyente. Los principios son estándares aparte y diferentes de normas jurídicas, siendo su rol esencial en los casos difíciles, en los que desempeñan un papel vital en los argumentos que fundamentan los juicios.⁴⁶ Lo determinante para Dworkin es ubicarlos dentro del ordenamiento jurídico, como normas superiores a las que puede recurrirse para resolver un caso complejo, o fuera del ordenamiento jurídico, caso en el cual, los jueces que recurren a ellos para fundar

⁴⁵ Los Derechos en Serio, Ariel Derecho, España, 2002, página 72

⁴⁶ En el conocido caso Riggs, resuelto por la Corte Suprema de los Estados Unidos, se trataba sobre una sucesión hereditaria en la que un nieto asesinó a su abuelo quien lo había instituido como su heredero testamentario, a efectos de poder ejecutar el testamento que conocía había sido redactado a su favor. En este caso tuvo un decisivo rol el principio jurídico de “nadie puede beneficiarse de su propio dolo”, y con arreglo a él se interpretaron las normas de sucesión hereditaria, que en primera instancia reconocieron su derecho a recibir la herencia; y posteriormente lo privaron de ella.

una decisión estarían resolviendo contra el derecho vigente, puesto que no es partidario de la “discrecionalidad judicial” como la entiende el positivismo contemporáneo. Según Alexy, no es conveniente ni funcional la diferenciación que hace Dworkin, al considerar que los principios están únicamente vinculados a los derechos individuales, y los derechos colectivos vinculados a las políticas, pues considera que es conveniente sostener un concepto amplio de principio.

En su concepción, Dworkin toma al derecho como “integridad”; esto es, el derecho es algo más de lo que empíricamente se puede descubrir pues comprende los principios de moral política que justifican este derecho dado. Los reales fundamentos del derecho son los principios de moral política que subyacen y justifican el establecimiento de éste. Descubrir los fundamentos del derecho no es una cuestión de rastrear una cadena lineal de validez hasta una norma o hecho social fundamental. Es un proceso holístico y justificatorio... Los fundamentos del derecho básicamente morales, se encuentran entrelazados como hebras en una cadena compleja, completamente normativa.

9.3. La Teoría de los Principios y la Teoría de los Valores.-

Es claro que los principios y los valores están estrechamente vinculados entre sí en un doble sentido, apunta Alexy⁴⁷. Por una parte, de la misma manera en que puede hablarse de una colisión de principios y de una ponderación de principios, puede también hablarse de una colisión de valores y una ponderación de valores. Por otra, la satisfacción gradual de los principios tiene su equivalente en la realización gradual de los valores: sus enunciados pueden reformularse en enunciados sobre valores, sin pérdida alguna de contenido. Según Alexy, la diferencia entre principios y valores se reduce a un punto: lo que en el modelo de los valores es lo mejor *prima facie*, en el modelo de los principios es lo debido *prima facie*; y lo que en el modelo de los principios es lo debido *prima facie*, en el modelo de los valores es lo debido en definitiva. De esta forma, los principios y los valores se diferencian solo en el carácter deontológico de los primeros, y el carácter axiológico de los segundos, entendiéndose por “carácter deontológico” el de deber ser que de ellos emerge; y por carácter axiológico “el concepto de lo bueno” que de ellos emerge.

Respecto a la Teoría del Orden Objetivo de Valores en que se fundaría el neoconstitucionalismo, en opinión de sus críticos, que defendió Carl Schmidt en su obra “La Tiranía de los Valores”⁴⁸ cuando, siguiendo a los filósofos Hartmann y Heideberg, señalaba “desde el punto de vista de la lógica de los valores siempre tiene validez el siguiente enunciado: no es demasiado pagar el precio máximo por el máximo valor y tiene que pagarse”. Este entusiasmo era compartido por el filósofo José Ortega y Gasset en sus estudios de “Filosofía de los Valores”, y era comprensible en la época en que surgió, como respuesta a la filosofía nihilista que había prevalecido en ese entonces.

Aunque Alexy admite la imposibilidad de establecer un “orden objetivo de valores” fuerte y cerrado que permita, en función de un orden cardinal u ordinal, definir la decisión de derecho fundamental; no obstante, sí admite *un orden débil de valores*, que se establecería mediante la preferencia “*prima facie*” de determinados valores o principios, o mediante una red de decisiones concretas de preferencia. Es

⁴⁷ Obra citada página 117

⁴⁸ La Tiranía de los Valores, Carl Schmidt, editorial Comares, Granada, 2010.

decir, se obtendría un orden débil de los valores de derecho fundamental relevantes, mediante preferencias prima facie, cuando se supone una carga de argumentación en beneficio de la libertad individual, o de la igualdad, o en beneficio de bienes colectivos. En la práctica, considera Alexy que el orden débil de valores fundado en las decisiones concretas de derechos fundamentales, es precisamente lo que ha ocurrido con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, con base a sus decisiones fundadas en la ponderación.

9.4. De los Principios y las Reglas como técnicas de interpretación constitucional – normativa.-

De la polémica Hart -Dworkin surge la tesis del primero sobre discrecionalidad judicial, cuando la regla aplicable es imprecisa, vaga e indeterminada. En este caso el juez no tiene otra alternativa que escoger la opción que considere adecuada; circunstancia en la cual, el juez no está aplicando derecho, pues las normas no le indican una u otra solución, sino creándolo para el caso concreto. Hart se manifiesta en contra del *formalismo* que sostiene que los jueces, en los casos fáciles o difíciles (que es una división no necesaria, artificiosa) deciden de acuerdo con el derecho. Siempre, para los formalistas, éste prevé una solución clara para cada caso, y es la que se produce por la aplicación de un silogismo. Del mismo modo, Hart discrepa con los *realistas*, que partiendo de un escepticismo frente a las normas jurídicas, al considerar que éstas solo juegan un papel marginal en las decisiones judiciales y únicamente predecir lo que éstas pueden ser, sostienen que es la voluntad de los jueces, y no las normas la que se impone en las sentencias.⁴⁹

*“La verdad de Hart se encuentra en el medio del formalismo y el realismo. En los casos fáciles, la descripción formalista es más adecuada: basta un silogismo para conectar la norma con la solución, de forma que el poder del juez está estrictamente limitado. La presencia de estas características en la mayor parte de litigios permite que el derecho cumpla la función de darle certeza a las relaciones sociales. En los casos difíciles, sin embargo, la posición realista es más adecuada. Dado que el juez no cuenta con normas precisas, debe elegir entre alternativas razonables. La sentencia en estos casos es esencialmente lo que el juez quiere que sea, aunque dentro de los límites que los realistas pasan por alto. La existencia de estos casos excepcionales permite que el derecho cumpla su segunda función: dejar un margen de flexibilidad a la regulación de las relaciones sociales, que permita considerar las circunstancias del caso concreto (la primera función es dar reglas ciertas que regulen la conducta de los individuos). El juez encuentra la solución fuera de las normas jurídicamente vinculantes.”*⁵⁰

La discrecionalidad consiste, según Hart, en que cuando hay más de una solución posible, el juez tenga discrecionalidad para optar por una de ellas. Las normas no indican una sola dirección para resolver el caso; no hay regla determinada porque no existe una sola, o por la vaguedad o indeterminación de la que existe. Luego el juez, que está obligado a decidir, no descubre la solución en el derecho vigente, sino que la crea. *Los jueces deben interpretar las normas para ser aplicadas, dice Hart, pues el derecho es una*

⁴⁹ Zavala, Jorge, obra citada, pág. 98.

⁵⁰ Rodríguez, César, “El Debate Hart-Dworkin”, Universidad de los Andes, citado por Zavala Egas, obra citada, pág. 99.

textura abierta que deja un vasto campo para una actividad creadora que algunos llaman legislativa. La decisión judicial, especialmente en materia de elevada importancia constitucional, a menudo implica una elección entre valores morales, y no meramente la aplicación de algún principio moral aislado, porque es insensato creer que cuando el significado del derecho es dudoso, la moral puede dar siempre una respuesta clara. Los jueces pueden hacer una elección que no es arbitraria ni mecánica, desplegando las virtudes judiciales características de imparcialidad y neutralidad al examinar las alternativas; consideración de los intereses de todos los afectados, y una preocupación por desarrollar algún principio general aceptable como base razonada de la decisión. Ya que siempre es posible una pluralidad de tales principios, es indudable que no se puede demostrar que una decisión es la única correcta, pero es posible conseguir que se la acepte como el producto razonado de una decisión imparcial, bien informada. En todo caso aparece la ponderación y el balance característicos del esfuerzo por hacer justicia en medio de intereses contrapuestos.

Lo contrario sostiene Dworkin, quien en su obra “Los derechos en serio” expone la teoría de la respuesta correcta, que expone que el juez no ejerce un poder creador al margen del derecho, pues, aun cuando no aplique la ley en la fórmula de un silogismo, descubre la solución a partir del conjunto del sistema jurídico, y fundamentalmente aplicando sus principios. Aunque no existan reglas aplicables al caso concreto, siempre están los principios que lo sean, y en consecuencia, una de las partes en un litigio tendrá derecho a que el juez reconozca en su sentencia que esos principios le dan la razón. Optar por el principio que tenga más peso para el caso concreto, y desentrañar el principio que mejor justifique moralmente el derecho dado, ratificando al ordenamiento jurídico como ordenamiento íntegro, moral y coherente.⁵¹

Por ello no puede aceptarse al juez discrecional de Hart, quien carece de argumentos jurídicos obligatorios, y en consecuencia, podría echar mano a favor de su decisión, de las más diversas formas de argumentación moral o política, sin que pueda dar lugar a un reproche jurídico o institucionalmente fundado. Este es el punto: si esto acontece con los jueces, se debe llegar a la conclusión *de que no se toman los derechos en serio, pues estos utilizarán argumentos políticos para decidir, y sus decisiones serán acordes con las políticas públicas, es decir, con los fines colectivos de la comunidad como un todo*; pero ello significa dejar los derechos de las personas o individuos que son iguales o igualitarios sin oportunidad de triunfar, siempre imperará el interés público.

10. LA PONDERACIÓN.-

De las distintas acepciones que presentan tanto el verbo ponderar como el sustantivo ponderación en el lenguaje común, tal vez la que mejor se ajusta al uso jurídico es aquella que hace referencia a la acción de considerar imparcialmente los aspectos contrapuestos de una cuestión, o el equilibrio entre el peso de dos cosas. *En la ponderación efectivamente siempre hay dos razones en pugna, intereses o bienes en conflicto, en suma, normas que nos suministran razones diferentes a la hora de adoptar una decisión.*⁵²

⁵¹ Dworkin, Ronald, obra citada, cita de resumen, pág. 89.

⁵² Prieto Sanchíz, obra citada, página 128.

En el mundo del derecho, el resultado de la ponderación no ha de ser el equilibrio entre intereses contrapuestos, razones o normas en conflicto, sino precisamente el triunfo de alguno de ellos en el caso concreto.

El equilibrio debe existir en el plano abstracto, pues de otro modo no sería necesario ponderar, sino imponer el derecho, razón o principio de mayor valor. Ponderar es buscar la mejor decisión, la mejor sentencia, cuando en la argumentación concurren razones justificatorias conflictivas y del mismo valor. Es un medio para la solución de conflictos de derechos, principios o razones, en los que, el resultado del balance determina la prioridad absoluta de uno de los mandatos.

Los conflictos o antinomias que se someten a juicio de ponderación se caracterizan porque: 1. Porque concurren mandatos que ordenan observar distintas conductas en la mayor medida posible; 2. Porque dada la naturaleza constitucional de los principios en conflicto, y el propio carácter de estos últimos, la antinomia no puede resolverse mediante la declaración de invalidez de una de las normas, ni tampoco concibiendo una de ellas como excepción permanente de la otra; 3. Porque cuando en la práctica se producen estas contradicciones, la solución puede consistir en el triunfo de una de ellas para el caso concreto, sin que pueda pretenderse que en otros casos se aplique la misma solución.

Alexy sostiene que la ponderación no obedece exclusivamente a un “modelo de decisión” tendiente a la formulación de un modelo de preferencia, puesto que éste podría considerarse irracional o subjetivo; y, señala que éste se basa en un “*modelo de fundamentación*” que distingue el proceso psíquico de elección del enunciado de preferencia, para sostener: una ponderación es racional si el enunciado de preferencia puede fundamentarse racionalmente. Y dicha fundamentación, conforme se deduce de la resolución de casos del Tribunal Federal Alemán, se formula de la siguiente manera: “Cuanto mayor sea el grado de la falta de satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”, regla que, como señala Alexy, tiene validez para la ponderación de principios de cualquier tipo. La medida permitida de falta de satisfacción o de afectación de uno de los principios depende del grado de importancia de la satisfacción de otro.⁵³

Si bien suele decirse que la ponderación es un método alternativo a la subsunción: mientras las reglas se subsumen luego de comprobado el encaje del supuesto fáctico, la solución viene dada por la regla; los principios en cambio serán objeto de ponderación, en que la solución se construye a partir de las razones en pugna. En opinión de Prieto Sanchiz, el juez no debe optar entre un camino u otro, puesto que ante un problema de principios, no por ello debe quedar arrinconada la subsunción; pues por el contrario, el paso previo de toda ponderación consiste en comprobar que en el caso examinado resultan relevantes dos principios en pugna. En otras palabras, antes de ponderar, es preciso subsumir, es decir, mostrar que el caso que examinamos forma parte del universo de casos en el que resultan relevantes dos principios en pugna.

La ponderación requiere cumplir distintos pasos o fases. Primero que la medida examinada presente un fin constitucionalmente legítimo como fundamento de la interferencia en la esfera de otro principio o derecho, pues si no existe o resulta ilegítimo no hay nada que ponderar. En segundo lugar, la máxima de

⁵³ Alexy, obra citada, página 138.

la ponderación requiere acreditar la adecuación, aptitud o idoneidad de la medida objeto de enjuiciamiento en orden a la protección o consecución de la finalidad expresada. Si esa actuación no es adecuada para la realización de lo prescrito en una norma constitucional, ello significa que para ésta resulta indiferente que se adopte o no la medida en cuestión. La intervención lesiva para un principio o derecho constitucional ha de ser en tercer lugar necesaria; esto es ha de acreditarse que no existe otra medida que obteniendo en términos semejantes la finalidad perseguida, resulte menos gravosa o restrictiva de derecho fundamental (conocida como del medio más benigno), como lo conceptúa Alexy, quien sistematizó la fórmula de la proporcionalidad y la ponderación, de forma, desde mi punto de vista, bastante confusa.

Señala que entre la teoría de los principios y el principio de proporcionalidad existe una conexión estrecha, pues el carácter de principio implica el principio de proporcionalidad, y éste implica aquél. El principio de proporcionalidad y sus tres subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto (el mandato de ponderación propiamente dicho) se sigue lógicamente a partir del carácter de principio, y como ha dicho el Tribunal Constitucional Federal, “*el principio de proporcionalidad deriva de la propia esencia de los derechos fundamentales*”. Siendo los principios mandatos de optimización con relación a las posibilidades jurídicas y fácticas, el “*subprincipio de proporcionalidad o mandato de ponderación*” tiene relación con las posibilidades jurídicas, pues, si una norma de derecho fundamental entra en colisión con un principio o derecho contrapuesto, tal principio contrapuesto determina las posibilidades jurídicas, siendo necesario realizar una ponderación para determinar cuál de ellos debe prevalecer en el caso concreto. Mientras que, los subprincipios de idoneidad y necesidad tienen relación con las posibilidades fácticas.⁵⁴

⁵⁴ **Interpretación constitucional según la constitución y legislación ecuatoriana .-**

En la Constitución de la República del Ecuador:

Art. 427.- Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional.

Ar. 11, numeral 5.- En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia.

Art. 429.- La Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia.

En la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Jurisdiccional.-

Art. 2.- Principios de la justicia constitucional.- Además de los principios establecidos en la Constitución, se tendrán en cuenta los siguientes principios generales para resolver las causas que se sometan a su conocimiento:

1. Principio de aplicación más favorable a los derechos.- Si hay varias normas o interpretaciones aplicables a un caso concreto, se debe elegir la que más proteja los derechos de la persona.

Así, la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional incorporó el test de proporcionalidad propuesto por Alexy, denominándolo “principio de proporcionalidad” y el método de ponderación, concebido por Alexy como un subprincipio del principio de proporcionalidad, como un método posterior e independiente al de proporcionalidad, guardando la lógica del razonamiento alexyano, de a mayor grado de restricción de un derecho, mayor deberá ser la justificación de la satisfacción del otro, pero planteándolo de una forma más clara, al proponer primero la aplicación del examen de idoneidad y necesidad, para posteriormente descartar o pasar al siguiente nivel, que sería la ponderación o equilibrio que justifique el sacrificio de un derecho, en aras de proteger otro derecho.

Transcribo el texto del art. 3 de la ley: *“Se tendrán en cuenta los siguientes métodos y reglas de interpretación jurídica constitucional y ordinaria para resolver las causas que se sometan a su conocimiento, sin perjuicio de que en un caso se utilicen uno o varios de ellos:*

1. Reglas de solución de antinomias.- Cuando existan contradicciones entre normas jurídicas, se aplicará la competente, la jerárquicamente superior, la especial, o la posterior.

2. Principio de proporcionalidad.- Cuando existan contradicciones entre principios o normas, y no sea posible resolverlas a través de las reglas de solución de antinomias, se aplicará el principio de proporcionalidad. Para tal efecto, se verificará que la medida en cuestión proteja un fin constitucionalmente válido, que sea idónea, necesaria para garantizarlo, y que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional.

3. Ponderación.- Se deberá establecer una relación de preferencia entre los principios y normas, condicionada a las circunstancias del caso concreto, para determinar la decisión adecuada. Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un derecho o principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro.

11. CRÍTICAS AL NEOCONSTITUCIONALISMO Y EL MÉTODO DE PONDERACIÓN.-

2. Optimización de los principios constitucionales.- La creación, interpretación y aplicación del derecho deberá orientarse hacia el cumplimiento y optimización de los principios constitucionales.

3. Obligatoriedad del precedente constitucional.- Los parámetros interpretativos de la Constitución fijados por la Corte Constitucional en los casos sometidos a su conocimiento tienen fuerza vinculante. La Corte podrá alejarse de sus precedentes de forma explícita y argumentada garantizando la progresividad de los derechos y la vigencia del estado constitucional de derechos y justicia.

4. Obligatoriedad de administrar justicia constitucional.- No se puede suspender ni denegar la administración de justicia por contradicciones entre normas, oscuridad o falta de norma jurídica.

No puede negarse el carácter valorativo y el margen de discrecionalidad que comporta el juicio de ponderación, puesto que cada uno de sus pasos o fases de la argumentación que hemos descrito implica el ejercicio de valoraciones: cuando se decide la presencia del fin digno de protección no siempre claro y explícito en la decisión enjuiciada; cuando se examina la aptitud o idoneidad de la misma, y cuando se aprecia la importancia de la satisfacción de un derecho y la afectación del contrario, o la posibilidad de otras intervenciones menos onerosas (en términos de afectación). En síntesis, conforme expresó Comanducci, “los principios no disminuyen sino que incrementan la indeterminación del derecho”.⁵⁵

Las críticas al neoconstitucionalismo son varias y de distinta intensidad, no obstante, para fines del presente trabajo, nos centraremos en las que consideramos más relevantes y relacionadas con el decisionismo judicial y consecuente menoscabo a la seguridad jurídica que esta corriente doctrinaria, y su método de ponderación aplicable para la solución de conflictos constitucionales, creado por Alexy, implica.

Ya Hans Kelsen, en su estudio sobre “La Garantía Jurisdiccional de la Constitución”⁵⁶ señaló que la Constitución debería abstenerse de todo tipo de fraseología alusiva a la moral, la justicia y la equidad, la igualdad, la moralidad, pues sería condicionar el contenido de las leyes. Esta interpretación llevaría a la sustitución de la voluntad parlamentaria por la voluntad judicial, creando un Tribunal Constitucional “*con un poder tal que habría que considerarlo simplemente insoportable*”.

Se ha señalado que las constituciones del “constitucionalismo contemporáneo” contienen cláusulas de derechos fundamentales y mecanismos para su efectiva garantía, junto con cláusulas de carácter valorativo cuya estructura y forma de obligar y aplicarse es distinta de la de las “reglas”, siendo que estas cláusulas conforman la constitución material o “axiológica”, lo que implica que en estas constituciones su pilar básico se centra en un orden de valores que tiene el carácter objetivo, y que refleja un orden social necesario.

Orden de Valores que posee una fuerza resolutive tal, como para contener respuesta cierta o aproximada para cualquier caso en el que se vean implicados derechos, principios o valores constitucionales, lo que se llama “*pauta de corrección*”, y significaría la “*predeterminación de respuestas constitucionalmente posibles y correctas*”, cuya efectiva plasmación corresponda a los jueces en general y a los tribunales constitucionales en particular, sea declarando inconstitucionales normas legisladas o excepcionando en nombre de la constitución y sus valores o derechos, la aplicación de la ley constitucional al caso concreto, como sostiene Juan A. García Amado, cuyo pensamiento hemos sintetizado, en su ensayo “Sobre el Neoconstitucionalismo y sus Precusores”.⁵⁷

Específicamente, Ferrajoli, en el ensayo “El Derecho como Sistema de Garantías”⁵⁸ expresó “de aquí se desprende una innovación en la propia estructura de la legalidad, que quizás es la conquista más

⁵⁵ P. Comanducci, “Principios Jurídicos e Indeterminación del Derecho”, citado por Navarro Bouzat y L.M. Esandi, “Interpretación Constitucional”,

⁵⁶ “La Garantía Judicial de la Constitución” ediciones UNAM Universidad Nacional Autónoma de México, 2001.

⁵⁷ Cita de Resumen, García Amado, Juan, “Sobre el Neoconstitucionalismo y sus Precusores”, Lecturas sobre Derecho Constitucional Contemporáneo, UESS, 2010, páginas 7 y siguientes.

⁵⁸ Obra citada, pág. 19

importante del constitucionalismo contemporáneo: la regulación jurídica del derecho positivo mismo, no solo en cuanto a las formas de producción sino también por lo que se refiere a los contenidos producidos. La legalidad, en el estado constitucional de derecho ha cambiado su naturaleza, no es solo condicionante sino que ella a su vez está condicionada por vínculos jurídicos no solo formales sino también sustanciales. Gracias a él el derecho contemporáneo no programa solamente sus formas de producción a través de sus normas de procedimiento sobre la formación de las leyes. Programa además sus contenidos sustanciales vinculándolos normativamente a los principios y a los valores inscritos en sus constituciones, mediante técnicas de garantía cuya elaboración es responsabilidad de la cultura jurídica” por lo que reconoce la carga valorativa y axiológica a que apuntan las más fuertes críticas a este modelo de derecho, y que nos proponemos desarrollar en este trabajo.

Puesto que, según Dworkin, en el orden axiológico de la Constitución quedan predeterminadas las soluciones para todos los casos posibles con relevancia constitucional, el juez que resuelve tales casos no ejerce discrecionalidad alguna; o la ejerce solo en aquellos casos puntuales en los que, a la luz de las circunstancias particulares de éste y de las normas aplicables, haya un empate entre los derechos y/o principios constitucionales concurrentes, en opinión de Alexy. Como consecuencia de lo cual, y dado que las respuestas para los casos con relevancia constitucional están predeterminadas en la parte axiológica de la constitución, el aplicador judicial de la misma ha de poseer el método adecuado para captar las referidas soluciones “objetivamente” impuestas por la constitución para los casos de relevancia constitucional, cual es el método de la ponderación⁵⁹, que requiere un fuerte empleo de la argumentación jurídica y sus reglas básicas, argumentación que adquiere un tinte “demostrativo”, puesto que no se trata de justificar opciones discrecionales, sino de demostrar que se plasma en la decisión la respuesta que la constitución axiológica prescribe para el caso, con lo cual, en opinión de García Amado, *la argumentación constitucional se tiñe de metafísica*.

El tratadista al que me refiero argumenta que la presencia de principios o normas con alta carga valorativa no es una novedad del neoconstitucionalismo, puesto que en constituciones anteriores, como la de Cádiz de 1812, las Leyes Fundamentales de Franco, el Fuero de los Españoles de 1945, y otras, también se encuentran manifestaciones de una moral positivada⁶⁰ Por otro lado, en normas inferiores a la Constitución, tampoco es innovación la presencia de normas que no tienen la estructura de reglas, sino la que ahora se predica de los principios. Sin ir más lejos el Código Civil Español,⁶¹ alude reiteradamente a la buena fe contractual; o cuando establece como límite para la consideración del

⁵⁹ García Amado, Juan, obra citada, página 7, en que continúa señalando que *los fundamentos del neoconstitucionalismo son una doctrina ética de corte objetivista y cognitivista; cuyos componentes filosóficos son en lo ontológico, el objetivismo derivado de afirmar que, por encima de los ambiguos e indeterminados enunciados constitucionales subyace un orden objetivo de valores o sistema moral constitucional, preciso y dirimente. En lo epistemológico, la afirmación que las soluciones precisas que emanan del orden objetivo de valores pueden ser conocidas y aplicadas por los jueces; en lo político, el elitismo de pretender que solo los jueces, y prioritariamente los Tribunales Constitucionales, están plenamente capacitados para captar ese orden axiológico constitucional, y lo que exactamente dicta para cada caso.*

⁶⁰ Art. 22 del Fuero de los Españoles: “El estado reconoce a la familia como institución natural y fundamento de la sociedad, con derechos y deberes anteriores y superiores a toda ley humana positiva. El matrimonio será uno e indisoluble. El estado protegerá especialmente a las familias numerosas”.

⁶¹ Y el alemán, y el ecuatoriano, y todos los que tienen inspiración en el Código Napoleónico.

objeto ilícito a las prestaciones que vayan contra la “el orden público o las buenas costumbres”; o cuando señala que *“pueden igualmente ser objeto de contratación, los actos que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres”*; código alemán señala que “el deudor está obligado a rendir su prestación tal como lo exija la buena fe, al tenor de los usos del tráfico”.

Cuestiona el tratadista que en estos casos nos encontramos ante “normas abiertas” para ser completadas con los contenidos que en cada momento dicta la cambiante moral positiva, y no propiamente ante una “moral jurídicamente positivada” Y señala que del mismo asunto se trata en las cláusulas valorativas de las constituciones, solo que, como ellas consagran también el pluralismo como valor, y entendiendo que en él entra también “el pluralismo moral”, quedaría por definición excluida “la moral objetiva y verdadera”.⁶²

Sigue analizando el tratadista que, estos principios de carga moral existentes en los códigos o leyes ¿significa que éstos no deban subsumirse primero y luego ponderarse?, como sugiere Alexy. Si la respuesta fuera negativa, y las leyes deben aplicarse mediante la interpretación y la subsunción, mientras los principios sí se aplican mediante la ponderación, habría que encontrar una explicación distinta para esa “disyunción metodológica” entre leyes y constitución, puesto que en las leyes también se sientan derechos, también estos derechos son susceptibles de justificación moral y también entre derechos legales hay conflictos. El constitucionalismo se ve abocado a solucionar esta cuestión mediante alguna propiedad (que no sea solo su indeterminación semántica, dado que las leyes también la adolecen) y solo lo consigue a base de resaltar que la naturaleza de la constitución es prioritariamente moral⁶³, mientras la naturaleza de las leyes es prioritariamente jurídico-positiva.

En opinión de García Amado, no se ve por qué ha de confundirse la importancia de una norma jurídica con su contenido moral. Que una norma jurídica sea relevante como regla del juego social no implica necesariamente que sea mayor su carga moral o su sintonía con normas morales presuntamente objetivas. *En las constituciones se recogen las normas jurídicas más importantes para la comunidad, las que marcan las reglas del juego esenciales. Ciertamente es que, ese juicio de importancia, esa jerarquización de normas se basa en razones morales, normalmente razones de moral positiva⁶⁴, de la moral social imperante, al menos cuando las constituciones se elaboran por procedimientos democráticos. Pero ese fundamento moral fáctico no hace que varíe su condición de normas jurídicas, de jerarquía superior, pero jurídica, convirtiéndolas en normas a medio camino entre la moral y el derecho, o en normas morales constitucionalizadas pero que hayan de ser aplicadas mediante un razonamiento que sea más moral que jurídico. En suma, la jerarquía de las normas jurídicas no es directamente traducible a jerarquía moral, aunque refleje de hecho un juicio de importancia moralmente condicionado.*

⁶² Moral objetiva y verdadera que según este autor, no sería otra que la moral católica prevaleciente en occidente.

⁶³ El Tribunal Constitucional Alemán definió en 1958 a la Ley Fundamental de Bonn como un “orden objetivo de valores”, en el caso Luth, en sintonía con la definición idéntica que daban otros tratadistas, entre ellos, principalmente Durig, quien sostuvo: “En la conciencia de que la vinculatoriedad y la fuerza obligatoria de una constitución también y en última instancia solo puede fundarse en valores objetivos, el legislador constitucional ha hecho profesión de fe en el valor moral de la dignidad humana en la Constitución positiva”.

⁶⁴ Hans Kelsen en su obra “Teoría Pura del Derecho” hace alusión a la moral positiva, entendiendo por ésta a la que está firmemente aceptada por la sociedad en un momento determinado, pero diferenciándola claramente del derecho por su carácter vinculante.

Las constituciones modernas se inspiran en la moral propia del liberalismo ilustrado, a la que se suman componentes sociales derivados del marxismo y las luchas sociales de los siglos XIX y XX, no significa que en ellas se cristalice un orden objetivo de valores o las supremas verdades morales. Al contrario, establecen las reglas de juego para que puedan convivir en la sociedad sistemas morales distintos, bajo la única condición de aceptar unos mínimos puntos de partida morales, que hasta pueden ir cambiando de interpretación con el paso del tiempo; de ahí que en esas constituciones no solo se recojan tales fundamentos morales elementales, como el valor de la vida y la libertad, sino que también se institucionalice el libre juego de la política y se aseguren los derechos políticos.

Hans Kelsen, en su Teoría Pura del Derecho⁶⁵ sostuvo que la regla de derecho es un instrumento que sirve para describir el derecho positivo tal como ha sido establecido por las autoridades competentes, de lo que se desprende que derecho y moral son órdenes normativos distintos uno del otro. El derecho positivo puede, en ciertos casos, autorizar la aplicación de normas morales, pero desde que éstas son aplicadas por mandato de una norma jurídica, adquiere el carácter de norma jurídica. *No obstante, para que el orden moral sea distinto del orden jurídico, es preciso que el contenido de las normas morales no se confunda con el de las normas jurídicas.*⁶⁶

Un estado constitucional y de derecho no puede hacerse de la constitución el depósito de las supremas verdades morales omni-abarcadoras y con capacidad de producir solución para casi cualquier cuestión, concretadas por los jueces y tribunales constitucionales, a base de enmendar al legislador en razón de la justicia de cada caso concreto y haciendo de este modo ocioso el juego de la política. Puesto que resultaría que a los ciudadanos y sus representantes en los parlamentos no les quedaría otra opción que la de acertar en los desarrollos de la constitución que le parezcan al guardián de la constitución, como las verdaderamente exigidas por unas normas constitucionales, que resultarían perfectamente precisas en su sustrato moral⁶⁷. Que el supremo valor de la vida y la dignidad humanas esté afirmado en las constituciones nada resuelve por sí, sobre si con tal valor constitucional es compatible la permisión del aborto, la eutanasia, la guerra, las largas condenas de prisión o las torturas en casos extremos, pues cada iusnaturalista que interprete y aplique la Constitución le va a dar un alcance distinto a aquel valor en relación con estos asuntos. Por lo que, señala, será propiamente interpretación de la constitución y decisión legítima de los órganos constitucionalmente competentes la que resuelva tales interrogantes jurídico constitucionales, y no la aplicación de una moral objetiva plasmada en una cláusula constitucional, y menos aún, la aplicación del iusnaturalismo constitucionalizado.

Por el contrario, si se consigue que los Tribunales Constitucionales crean que la Constitución no es lo que sus disposiciones dicen o lo que de ellas se interpreta con respecto a las reglas de nuestro lenguaje

⁶⁵ Kelsen, Hans, Teoría Pura del Derecho, Eudeba Universidad de Buenos Aires, 4ta edición 9na reimpresión, agosto, 2009.

⁶⁶ Kelsen, obra citada, página 46.

⁶⁷ García Amado señala que podríamos estar asistiendo a la “canonización” de las normas constitucionales, puesto que si el derecho canónico son las normas desarrolladas por la Iglesia para organizarse al servicio de la “verdad y el dogma trascendente que la inspira”, siendo que de esa suprema verdad de fe deriva una concreta moral dogmática que se plasma en un sistema particular jurídico como es el derecho canónico; lo mismo podría acontecer con las “verdades morales constitucionales”.

y al sentido común, sino lo que dicta para cada caso la justicia (tal como la entiende el iusnaturalismo o cualquier otro sistema moral) *la Constitución pasará a ser nada más que lo que quieran los Tribunales Constitucionales. Y su texto estará de más, será exactamente papel mojado. La suprema fuente del derecho será el oráculo y no habrá más órgano constitucional que un extraño personaje a medio camino entre Salomón y el Espíritu Santo*".⁶⁸ Durísimas palabras con las que el tratadista se refiere a la arbitrariedad judicial o decisionismo judicial que comporta el asentar todo el alcance del derecho en valores morales, que no son objetivos, sino por el contrario, dependerán de la apreciación personal que el juez o tribunal constitucional de turno tenga respecto del concepto "dignidad humana", que sería el vértice del orden objetivo de valores, que a su vez se apoya en derechos positivados de libertad e igualdad.

Respecto de los derechos fundamentales, existen tres posturas en que las cláusulas de derechos fundamentales determinan las decisiones de los operadores jurídicos y hasta las decisiones admisibles de los particulares: la primera sería la de plena determinación, y se podría adscribir a aquellos autores que sostienen la teoría de una única respuesta correcta; la segunda postura según la cual, y a la que se adscribiría Durig, la vinculación de los derechos a valores objetivos que forman el cimiento de la Constitución marca unos contenidos irrebasables, pues atentan contra tales valores, dejando como ámbitos de disposición aquellos que resultan indiferentes para el contenido esencial de tales derechos. El límite sería aquel donde la dignidad humana resulta afectada, desde ese valor de la dignidad se constituyen los contenidos intocables de los particulares derechos; y, la tercera postura sería la adscrita por los positivistas, que entiende que, por mucho que sea indudable que a las constituciones y sus repertorios de derechos subyace una determinada moral histórica e históricamente tenida por verdadera, los límites de la disposición posible de los derechos vienen dados por los límites de los significados posibles de los enunciados constitucionales, y a lo sumo, esa moral que históricamente inspira, puede ser uno o más de los criterios de interpretación, pero no el determinante objetivo, ni la única solución correcta, ni de un repertorio completo de soluciones descartables por materialmente incorrectas con independencia de que choquen o no con los enunciados constitucionales.

Dice Durig, *"desde un punto de vista intelectual y de historia jurídica, la extensión al legislador de la vinculación a los derechos fundamentales es una clara ruptura con la fe en el poder omnímodo del legislador que era propia del positivismo jurídico; añadiendo, que no se trata solo de desconfianza, sino de un cambio en el modo de ver la relación entre la ley y el derecho"*⁶⁹

Estos postulados relativos a la moral constitucionalizada, en opinión de los críticos al sistema, no es sino un retroceso a la jurisprudencia de "intereses" o jurisprudencia de "valores", que tantas críticas ha

⁶⁸ García Amado, Juan; obra citada, página 15.

⁶⁹ En qué positivismo jurídico estará pensando Durig, expresa García Amado; sin duda en el que los neo constitucionalistas a partir de él pensarían siempre, esto es, el positivista de la escuela de la exégesis o positivismo metafísico del siglo XIX; pues el positivista por antonomasia en el tiempo en que Durig, esto es Kelsen, no podría obviamente estar pensando, toda vez que él es el creador del sistema de control constitucional de las leyes constante en la Ley Fundamental de Bonn, con lo cual desaparece el postulado de "omnipotencia de la ley" pretendido. Lo que molesta es la "separación entre derecho y moral" propia del positivismo de Kelsen, claramente señalado en su Teoría Pura del Derecho.

recibido por la simplificación ideológica que conlleva, por la reducción de los casos concretos a “ideas” generalizadas que se traducen en resoluciones impregnadas de “valores” que aun cuando sean eminentemente subjetivos, prevalecen sobre el derecho positivo, y autorizan a los jueces para apartarse de la ley, por clara que ésta sea, en aras de seguir un ideal constitucional.

El positivismo actual⁷⁰ o neo positivismo no cuestiona el hecho de que el sistema jurídico y sus normas sean el reflejo de elecciones valorativas que reflejan el concepto legal con el que comulgan los autores de la norma; menos aún cuestiona el hecho que caben una o más lecturas morales de la norma. Lo que el positivismo cuestiona serán dos aspectos, conjunta o alternativamente: 1. Que la objetividad de estos valores vaya más allá del dato empírico, del hecho de ser las preferencias personales de un individuo o un grupo, preferencias que se encuentran ideológica, social e históricamente condicionadas, por lo cual se pondrá en duda la “objetividad” de esos valores en cuanto entidades morales ideales, más allá de su objetividad en cuanto preferencias personales. Que una constitución refleje, al menos en sus mínimos, una concepción de la justicia socialmente vigente no implica que esa justicia sea un valor objetivo, cuyos contenidos sean ajenos de esas preferencias; 2. Se cuestionará que la convivencia de tales valores juridificados sea pacífica y armónica, oponiéndose una idea dialéctica o conflictualista de los valores morales que inspiran materialmente los contenidos de la legalidad. Y se pone como ejemplo la convivencia de los valores libertad e igualdad en el derecho laboral, que tiene como eje temático la restricción de la autonomía de la voluntad de las partes a efectos de proteger a la parte débil en la relación de trabajo. Se plantea entonces la interrogante si conviven pacíficamente dentro del sistema libertad e igualdad.

Siendo que las constituciones contemporáneas justifican valores plurales y heterogéneos, que entran en conflicto en los casos difíciles, que son aquellos en los que cada una de las partes argumenta respaldada por un principio o derecho constitucional. Para citar un caso, en la Constitución se afirma y plasma en numerosos apartados, la libertad como valor, en numerosas libertades constitucionalmente garantizadas. Pero también está la igualdad, tanto la igualdad material como la igualdad formal o prohibición de la discriminación en la ley o en la aplicación de la ley. Cuando un tribunal juzga la constitucionalidad de las medidas de afirmación positiva o acción afirmativa ¿acota él mediante su interpretación de las respectivas cláusulas constitucionales el alcance de los respectivos derechos, o averigua, descubre o constata lo que objetivamente dispone como solución para ese caso la Constitución axiológica, el orden objetivo de valores en que la Constitución consiste, en última instancia?⁷¹ Si es este último el caso, no hay más remedio que creer que el sistema jurídico actual reviste aquellas cualidades que el “positivismo ingenuo” del siglo XIX se asignaba, aunque con otro sustento,

⁷⁰ Norberto Bobbio, en su *Teoría General del Derecho*, tercera edición, Editorial Temis, Colombia, 2007, página 31, introduce una referencia al positivismo jurídico como teoría opuesta al iusnaturalismo o de derecho natural, que sustentaba que el derecho se creaba luego de observar las leyes universales dictadas por la naturaleza que determinaban la idea de justicia.

⁷¹ García Amado, Juan, obra citada, cita de resumen, página 37

esto es, el de ser un medio *completo, coherente y claro* para aportar las soluciones jurídicas a cada caso, las que el juez únicamente descubre, mediante el adecuado método de conocimiento jurídico.⁷²

Si, como señala Dworkin, partidario, como se ha expresado, de la única solución correcta, para cada caso el sistema jurídico prescribe objetivamente una única solución correcta; solución que está ahí en el sistema jurídico, esperando ser descubierta, y un juez sabio, capaz de conocer plenamente el derecho, el juez ideal que Dworkin llama Hércules, daría en cada oportunidad con esa solución correcta única, se anularía la discrecionalidad judicial planteada por el positivismo moderno. Los positivistas destacan, por el contrario que, la posibilidad de, con base en el fundamento neo-constitucionalista de incorporar la moral al derecho positivo, y sostener que el Juez aplica derecho al aplicar tales normas morales, incluso al resolver así contra *legem* y contra *constitutionem*. Si la Constitución recoge lo esencial de las normas morales positivándolas, el juez aplica derecho constitucional cuando con fundamento en ellas decide un caso contra la letra de la ley y hasta contra la letra de la Constitución. Los positivistas normalmente son partidarios del “self restraint” judicial, es decir, de una discrecionalidad razonable y razonada, frente al activismo judicial en el que puede desembocar el neo-constitucionalismo. No obstante, el neoconstitucionalismo considera la ponderación un método absolutamente racional, al que se llega y que se sustenta en la argumentación jurídica, como veremos a continuación.

12. PONDERACIÓN Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA.-

Robert Alexy, en su obra *Teoría de la Argumentación Jurídica*⁷³ debe ser señalado como el gran expositor y sintetizador de la teoría de la argumentación jurídica, quien procuró, partiendo de conceptos señalados en fallos dictados por el Tribunal Constitucional Alemán, construir dentro de la metodología jurídica, una teoría de la argumentación jurídica, que permita superar el abismo infranqueable entre la lógica racional y la decisión valorativa irracional.

Según Alexy, las características de una teoría de este tipo serían las siguientes:

- a) Racionalidad dialógica.- En los ámbitos de la razón práctica, que son aquellos en los que se han de tomar bajo incertidumbre decisiones sobre el curso de acción preferible, no se adoptan éstas bajo la premisa de ser las ontológicamente preestablecidas o materialmente determinadas. La racionalidad de las decisiones solo puede alcanzarse mediante el debate, mediante el diálogo, y

⁷² La misma opinión tiene Carlos Alchourrón, refiriéndose en principio a Dworkin, pero generalizando el argumento a la mayor parte de la iusfilosofía actual, “como en los principios de Dworkin, los principios morales forman parte del derecho, la completud y la consistencia del sistema maestro reaparecen bajo un nuevo ropaje. Esto pone de manifiesto la enorme fuerza de convicción del modelo del sistema deductivo como ideal. En la concepción de los derechos Dworkiana, el modelo contiene no solamente los ideales formales de completud y consistencia, sino también el ideal de justicia.... La idea de que el derecho debería proporcionar un conjunto coherente y completo de respuestas para todo caso jurídico constituye un ideal teórico que subyace a la mayoría de los desarrollos contemporáneos de filosofía del derecho.” “Sobre Derecho y Lógica, *Isonomía* 13, octubre del 2000, pág. 33.

⁷³ Alexy, Robert, “Teoría de la Argumentación Jurídica”, editorial Palestra, Lima, 2010, página 61. Opuestos a la posibilidad de construir una teoría de la argumentación son Habermas, Luhmann, Perelman, citados por Alexy.

es por esto que se trata de una racionalidad intersubjetivamente construida, asentada a partir del intercambio de razones entre los interesados o potenciales interesados en el asunto que se dirime.

- b) Racionalidad Consensual o consensualista: El patrón de racionalidad es el acuerdo o el consenso, pero no cualquier consenso. Para las filosofías de la racionalidad argumentativa, o discursivas, no hay racionalidad sin consenso real o potencial, pero únicamente es racional el consenso que alcanza en un proceso discursivo gobernado por las reglas de la argumentación racional.
- c) Racionalidad Procedimental.- Tiene como punto de partida el consenso, con énfasis en la estipulación de condiciones para el consenso nacional. Racional será solo aquella decisión que alcance o sea apta para alcanzar el acuerdo entre todos los interlocutores que sean interesados reales o potenciales en el asunto sobre el que se decida, pero dicho acuerdo es el corolario de un proceso de diálogo en el que se observen formalidades que garanticen el acceso de todas las partes a la argumentación, bajo el respeto a la dignidad de cada interlocutor; es decir que la decisión sea adoptada sin discriminación de interlocutores.

Alexy parte de la evidencia de que el discurso jurídico está inextricablemente unido al discurso práctico general, puesto que el discurso jurídico es necesario sobre la base del discurso práctico general. En ambos es inherente la pretensión de corrección que busca persuadir al auditorio que recibe la decisión; la estructura de la y forma del discurso jurídico coincide con la estructura del discurso general, sobre la base del silogismo, y la argumentación jurídica se complementa con la discusión práctica general, que trasciende a las razones estrictamente jurídicas para legitimar la decisión con el sustento lógico y la conveniencia social de la resolución que apoyen el discurso jurídico. Hay mayor consenso en que el modelo de racionalidad argumentativa se aplica mejor a la legislación y es más útil para la legislatura, en las que está presente el llamado discurso de fundamentación, mientras se debate sobre su utilidad como modelo de racionalidad de la decisión judicial, en la que no se trata de establecer qué norma es la mejor, sino cómo se hace mejor justicia a los hechos.

La argumentación jurídica tiene como eje central, según Manuel Atienza⁷⁴, el que una decisión jurídica puede y debe justificarse, motivarse, con el propósito no solo de hacerlas aceptables, lo que resulta extremadamente relevante en sociedades pluralistas que no consideran como fuente de legitimidad o de consenso cosas tales como la tradición o la autoridad, sino también para que el Derecho pueda cumplir con su función de guía de la conducta humana.

En opinión de García Amado, la teoría de la argumentación jurídica de impronta alexiana arranca de dar por sentado que las decisiones jurídicas son propiamente decisiones y no puros actos de conocimiento de verdades preestablecidas, sin que tal componente decisorio convierta a las decisiones de los jueces o legisladores en puramente subjetivas o arbitrarias. Al contrario, una decisión jurídica vale, en términos de racionalidad, lo que valen los argumentos que la sustentan, en cuanto aptos para alcanzar un acuerdo intersubjetivo, pues, mientras mayor acuerdo alcancen tales argumentos, bajo las condiciones

⁷⁴ Atienza, Manuel, *Las Razones del Derecho*, Palestra, Perú, 2006, página 35.

de racionalidad argumentativa que hemos mencionado, tanto más racional podrá reputarse la correspondiente decisión.

Así entendida esta teoría de la argumentación jurídica advertimos que ésta no mantiene la existencia de una única solución correcta para cada caso, ni niega la discrecionalidad judicial; puesto que sirve para descartar determinadas decisiones como irracionales, bien porque jamás podrían ser libremente consentidas por interlocutores interesados y suficientemente ilustrados, bien porque aun cuando hubiera tal consenso, las decisiones aparecerían demostradas por argumentos incompatibles con la lógica formal empírica, o bien por incompatibles con los axiomas en que se basa la teoría y práctica del derecho del momento. No obstante, podrían ser varias las decisiones que caben como racionales porque sus argumentos sean en ese sentido correctos y aptos para el consenso racional, por lo que el elemento decisorio no queda descartado de las resoluciones judiciales, no obstante imponer al juez la obligación de justificar argumentalmente con el máximo rigor. Que el juez deba buscar la mejor decisión posible, no implica aceptar, al estilo de Dworkin, que la mejor decisión sea solo una.

13. DEL EFECTO DE IRRADIACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN EN EL SISTEMA JURÍDICO ECUATORIANO.-

Nuestro sistema constitucional determina que los derechos constitucionales son fuente de derechos y obligaciones entre los particulares. En la Constitución Ecuatoriana claramente se establece el efecto de irradiación de los derechos fundamentales. El art. 84 prescribe: *“La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución.”*

Tal irradiación incluye no solo las normas que regulan las relaciones entre el estado y los particulares, sino a aquellas normas y actos que regulan las relaciones entre particulares.

Respecto de la acción de protección, contemplada en el art. 88 CRE ⁷⁵se incluye que *procede cuando la violación proviene de una persona particular, si la violación provoca daño grave, si presta servicios impropios...; norma que se complementa con la que contiene el art. 426⁷⁶, que establece la vinculación*

⁷⁵ Art. 88.- La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.

⁷⁶ 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.

de la Constitución con todas las personas, autoridades e instituciones. Se trata sin duda del reconocimiento de los efectos directos de los derechos fundamentales en las relaciones jurídicas entre los particulares.

Lo mismo ocurre con la Acción Extraordinaria de Protección⁷⁷ que procede contra actos judiciales (sentencias, autos definitivos o resoluciones) en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, con lo que se trata de controlar la aplicación de la constitución y los derechos fundamentales en el derecho privado.

14. ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA RELEVANTE DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR.-

En Ecuador, la Corte Constitucional ya se ha pronunciado sobre algunos aspectos de la irradiación de derechos. En la sentencia no. **002.09.SAN.CC** (RO 566 de 8-IV-2009) ha dicho:

“Contrario a lo dicho, el art. 1 de la Constitución de la República establece una nueva forma o modelo de estado, profundamente distinto de aquel previsto en la Constitución de 1998.... El Ecuador es un Estado Constitucional de Derechos y Justicia. Así el Ecuador ha optado la fórmula del paradigma del Estado Constitucional, que involucra, entre otras cosas, el sometimiento de toda autoridad, función, ley o acto a la Constitución de la República. El neoconstitucionalismo pretende entonces, perfeccionar al estado de derecho sometiendo todo poder (legislador y ejecutivo incluidos) a la Constitución, y apelando a la Constitucionalidad y no a la legalidad; vale decir que coloca a la jurisdicción constitucional como garante y última instancia de cualquier materia jurídica a evaluar y decidir vicisitudes de una nueva realidad política, económica y social. Entre los símbolos característicos del estado constitucional se pueden identificar a los siguientes:

- a) La existencia de una constitución rígida que, en consecuencia, no sea fácilmente modificable por la legislación ordinaria;*
- b) Garantías judiciales que permitan el control de la conformidad de las leyes con la Constitución;*
- c) Fuerza vinculante de la Constitución que implica el paso de la consideración del texto como un cuerpo declarativo a la aceptación de su carácter de norma jurídica real y de efectiva aplicación.*

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.

⁷⁷ Art. 437.- Los ciudadanos en forma individual o colectiva podrán presentar una acción extraordinaria de protección contra sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia. Para la admisión de este recurso la Corte constatará el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1. Que se trate de sentencias, autos y resoluciones firmes o ejecutoriados.
2. Que el recurrente demuestre que en el juzgamiento se ha violado, por acción u omisión, el debido proceso u otros derechos reconocidos en la Constitución.

- d) *Interpretación extensiva del texto constitucional que se verifica en la presencia de sus principios y normas, sobre todo el ordenamiento jurídico, haciendo posible a través de los mismos, buscar soluciones a los problemas jurídicos más simples;*
- e) *Directa aplicación de la Constitución para resolver no solo los conflictos entre los poderes del estado y entre éste y las personas, sino también para resolver los conflictos entre particulares.”*

El legislador está vinculado a los derechos fundamentales de manera directa, art. 84, y si bien tiene potestad para regularlos, arts. 132⁷⁸ y 133 CRE⁷⁹, pues existe reserva de ley, constitucionalmente impuesta. Está limitado a expedir normas que afecten a la periferia de los mismos, pues está impedido de restringir su sustancia, esencia o contenido de los derechos, art. 11.4 CRE⁸⁰

Causa signada con **el No. 0005 – 08- AN**, acción de incumplimiento presentada por dos discapacitados contra la Corporación Aduanera Ecuatoriana y el Procurador General del Estado, por incumplimiento de mandatos constitucionales consistentes en acciones de amparo constitucional iniciadas con anterioridad, a efectos de obtener de la Corporación Aduanera Ecuatoriana, la autorización para la importación, libre de aranceles, de vehículos ortopédicos o no ortopédicos que faciliten la movilización de personas discapacitadas, vehículos que podían ser de hasta 3 años de antigüedad desde la fecha de autorización de importación, conforme lo dispuesto en la Ley Reformatoria a la Ley de Discapacidades, art. 23, incumplimiento que a su vez conlleva el incumplimiento de las siguientes normas constantes en Tratados Internacionales de Derechos Humanos:

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas: Artículo 11 (...) *Garantiza a todas las personas, lo que incluye a aquellas que viven con discapacidad, un nivel de vida digno.*

Observación No. 5 emitida por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre las personas con discapacidad, en relación al artículo 11 del (PIDESC): (...) *Es indispensable también lograr que haya servicios de apoyo, incluidos recursos auxiliares para su utilización por las personas con discapacidad a fin de ayudarles a aumentar su nivel de autonomía en su vida cotidiana y a ejercer sus derechos.*

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador” Artículo 18: (...) *Toda persona afectada por una disminución de sus capacidades físicas o mentales tiene derecho a recibir una atención especial con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad*

⁷⁸ Art. 132.- La Asamblea Nacional aprobará como leyes las normas generales de interés común. Las atribuciones de la Asamblea Nacional que no requieran de la expedición de una ley se ejercerán a través de acuerdos o resoluciones. Se requerirá de ley en los siguientes casos:

1. Regular el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales.

⁷⁹ Art. 133.- Las leyes serán orgánicas y ordinarias.

Serán leyes orgánicas:

1. Las que regulen la organización y funcionamiento de las instituciones creadas por la Constitución.

2. Las que regulen el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales.

⁸⁰ Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: Artículo 20 literal b (...) Los Estados Partes adoptarán medidas efectivas para asegurar que las personas con discapacidad gocen de movilidad personal con la mayor independencia posible, entre ellas: Facilitar el acceso de las personas con discapacidad a formas de asistencia humana o animal e intermediarios, tecnología de apoyo, dispositivos técnicos y ayudas para la movilidad de calidad, incluso poniéndolos a su disposición a un costo asequible

Acuerdo de Cartagena y Jurisprudencia del Tribunal Andino de Justicia: Artículo 1: (...) Uno de los objetivos de la integración subregional es el mejoramiento persistente en el nivel de vida de los habitantes de la Subregión.

Carta Andina de Derechos Humanos: Artículo 48: (...) Los Presidentes reiteran su compromiso de cumplir y hacer cumplir los derechos y obligaciones consagrados en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Impedidos (1975); en instrumentos internacionales que tienen como finalidad promover y proteger los derechos humanos de las personas con discapacidades, como la Convención Interamericana a favor de las Personas con Discapacidad (1999); y en otras declaraciones, resoluciones y convenios de protección social adoptados en el marco de las Naciones Unidas, la Organización Internacional del Trabajo, la Organización Mundial de la Salud y la Organización Panamericana de la Salud.

Así mismo, señalan los actores en la demanda de acción de incumplimiento, que se violó el art. 13 de la Ley de la Procuraduría General del Estado, en cuanto el Procurador se pronunció sobre temas que eran o habían sido objeto de un pronunciamiento judicial, lo que está prohibido, acorde a lo señalado en la disposición legal, cuya parte pertinente transcribo: Artículo 13 (...) De la absolución de consultas.- Sin perjuicio de las facultades de la Función Legislativa, del Tribunal Constitucional y de la Función Judicial determinadas en la Constitución Política de la República y en la ley, el Procurador General del Estado asesorará y absolverá las consultas jurídicas con carácter de vinculantes, sobre la inteligencia o aplicación de las normas constitucionales, legales o de otro orden jurídico, a pedido de las máximas autoridades de los organismos y entidades del sector público y de los representantes legales o convencionales de las personas jurídicas de derecho privado con finalidad social o pública, excepto cuando se trate de asuntos que hayan sido resueltos por jueces o tribunales de la República o que estén en conocimiento de los mismos, hallándose trabada la litis, incluyéndose acciones y recursos que se sustancien o deban sustanciarse en el Tribunal Constitucional.

Consideraciones de la Corte Constitucional:

La Constitución de la República marca diferencias considerables y sustanciales con respecto a la Constitución Política de 1998. Así, por ejemplo, en cuanto a garantías jurisdiccionales de los derechos constitucionales se refiere, se puede constatar un avance significativo en la protección y justiciabilidad de derechos. Mientras las garantías constitucionales previstas en la Constitución Política de 1998 se caracterizaban por su naturaleza meramente cautelar, las nuevas garantías jurisdiccionales, pasan a ser declarativas, de conocimiento, ampliamente reparatorias y excepcionalmente cautelares. Es decir, que a partir de la activación de una garantía jurisdiccional, el juez constitucional, a través de sentencia, está en

capacidad de analizar el fondo de un asunto controvertido, y como consecuencia de ello, tiene la obligación de declarar la violación a un derecho y reparar las consecuencias que éste puede experimentar. Así, el artículo 86 numeral 3 de la Constitución de la República referente a las Disposiciones Comunes para las Garantías Jurisdiccionales, y el artículo 44 numeral 3 de las Reglas de Procedimiento para el ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional para el Período de Transición disponen: (...) La jueza o juez resolverá la causa mediante sentencia, y en caso de constatarse la vulneración de derechos, deberá declararla, ordenar la reparación integral, material e inmaterial, y especificar e individualizar las obligaciones positivas y negativas a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias en que deban cumplirse. Por su parte, la connotación garantías jurisdiccionales, guarda relación directa con el deber del juez constitucional de controlar que los actos públicos no violen derechos. En definitiva, la protección que otorgan las nuevas garantías guarda armonía y compatibilidad con el paradigma del Estado Constitucional previsto en el artículo 1 de la Constitución de la República.

Una vez constatada la naturaleza, efectos y presupuestos de admisibilidad que rigen a la acción por incumplimiento, es procedente pasar al análisis de fondo relacionado al presunto incumplimiento en el que han incurrido los señores Procurador General del Estado, Gerente y Subgerente Regional de la Corporación Aduanera Ecuatoriana.

...Cabe recordar, que de conformidad al artículo 3 literal e de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, los pronunciamientos del Procurador son de obligatorio cumplimiento para la administración pública, so pena de viciar el acto que se dicta inobservando el procedimiento. Por consiguiente, toda autoridad de la administración pública, dentro de las que se incluye la Corporación Aduanera Ecuatoriana, debió someter sus actuaciones al contenido de los pronunciamientos emitidos en ese entonces por el señor Procurador General del Estado. Lo contrario habría resultado atentatorio al principio de seguridad jurídica previsto en el artículo 82 de la Constitución de la República. El principio de seguridad jurídica es una garantía que el Estado reconoce a la persona para que su integridad, sus derechos y sus bienes no sean violentados, y en caso de que esto se produzca, se establezcan los mecanismos adecuados para su tutela. La seguridad jurídica, en definitiva, es el contexto dentro del cual se toman las decisiones individuales, por lo tanto inevitablemente nace una expectativa de que el marco legal es y será confiable, estable y predecible. Por esto, es indispensable que las decisiones de los actores políticos dentro de un verdadero Estado constitucional de derechos y justicia, se tomen según el sentido lógico de la norma y no según la lógica de la discrecionalidad.

... En estricto cumplimiento de los presupuestos previstos en los artículos 93 de la Constitución de la República y 75 de las Reglas de Procedimiento para el ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional para el Período de Transición, se ha configurado una omisión de cumplimiento por parte del Gerente General de la Corporación Aduanera Ecuatoriana, respecto al Artículo 23 de la Ley Reformatoria a la Ley sobre Discapacidades y a los dictámenes emitidos por el señor Procurador General del Estado que contenían obligaciones de hacer claras expresas y exigibles. El incumplimiento proferido por el Gerente General de la CAE ha tenido como consecuencia la restricción en el ejercicio de los derechos de los accionantes y de las personas y grupos de atención prioritaria garantizados en los artículos 35, 47.4, 47. 10 y 11.2 de la Constitución de la República.

Naturaleza Jurídica, Alcance y Efectos de la Declaración de Oficio de Inconstitucionalidad de Normas Conexas.- De la misma forma como se determinó la naturaleza de las nuevas garantías jurisdiccionales, previo al análisis de pertinencia de la declaratoria de inconstitucionalidad de oficio de normas conexas para el caso concreto, es preciso contextualizar y determinar el alcance de esta nueva garantía, que permitirá armonizar el contenido del ordenamiento jurídico con los mandatos constitucionales y con la normativa internacional de derechos humanos.

Resulta normal que en un estado plurinacional, como el ecuatoriano, que implica el reconocimiento de varios sectores que buscan la satisfacción de determinados intereses, se genere una excesiva producción de normas como medida de respuesta a los clamores de la sociedad. Estos factores aumentan la posibilidad de antinomias de índole legal como constitucional. En ese sentido, Ferrajoli y Zagrebelsky describen la crisis del derecho y se refieren a sus manifestaciones en la llamada “inflación legislativa”¹ o en la crisis de la generalidad y de la abstracción de la ley.² Incluso para Ferrajoli, los fenómenos de “incoherencia, falta de plenitud, antinomias y lagunas son, dentro de ciertos límites, vicios insuprimibles en el Estado constitucional de derecho”;³ pero ello no quiere decir que la ciencia jurídica no deba aspirar a combatir estos fenómenos y señala que la respuesta a la crisis del derecho está precisamente en el mismo derecho⁴. Una de estas respuestas es el ejercicio de las garantías y un papel más activo de los jueces: “la incoherencia y falta de plenitud, si bien no son irreductibles más allá de ciertos límites, dentro de éstos son reducibles mediante las adecuadas garantías.”

La inconstitucionalidad de normas conexas podría inscribirse entre las llamadas “garantías liberales” que consisten en la invalidación o anulación de actos que violan derechos humanos.⁶ Su objeto es precautelar la efectiva vigencia de la supremacía constitucional y para su procedencia, se requiere que la Corte concluya, dentro de los casos sometidos a su conocimiento, que una o varias normas son contrarias a la Constitución. Por tratarse de una figura novedosa en el ámbito constitucional ecuatoriano, resulta pertinente referirse a la utilización de la misma en el Derecho Comparado. Así, en el caso argentino por ejemplo, donde el control constitucional es difuso, se ha desarrollado de manera jurisprudencial esta figura de declaración oficiosa de inconstitucionalidad. La evolución de esta figura ha sido lenta y muy cuidadosa⁷, y actualmente es admitido como incidente en la resolución de un caso contencioso, y nunca a manera de control abstracto; además, para que proceda, la declaratoria de inconstitucionalidad debe ser indispensable para el éxito de la pretensión o defensa.

Por su parte, el artículo 428 de la Constitución prevé una posibilidad de control oficioso de constitucionalidad iniciado en procesos judiciales ordinarios que finalmente es resuelto por la Corte Constitucional. Aunque se trata de dos competencias diferentes, en ambas disposiciones constitucionales se revela la clara intención del constituyente de permitir el control de constitucionalidad oficioso por parte del máximo órgano de la justicia constitucional ecuatoriana por diferentes vías, y no sólo a través de las acciones dispositivas de inconstitucionalidad. Esta atribución permite a la Corte no permanecer impasible e impotente cuando detecte normas inconstitucionales. Esta interpretación cobra pleno sentido por el cambio radical operado en la concepción del Estado ecuatoriano, que a partir de la nueva Constitución se reconoce como Estado constitucional de derechos y justicia. Como explica Ferrajoli, “[e]l paradigma del Estado constitucional de derecho —o sea, el modelo garantista no es otra cosa que esta doble función derecho al derecho, que afecta a ambas dimensiones de todo fenómeno normativo: la

vigencia y la validez, la forma y la sustancia [...]”12. Con esta proposición, el autor explica que el derecho debe regular no solamente la forma en la que se expide una ley (o norma), sino que esta sea materialmente conforme a los principios y valores constitucionales. Esta nueva concepción de validez de las normas asigna un carácter ‘sustancial’ a la democracia “y asigna a la jurisdicción una función de garantía del ciudadano frente a las violaciones de cualquier nivel de la legalidad por parte de los poderes públicos”13 Toda esta nueva concepción del Estado y la importancia de la justicia constitucional a cargo de esta Corte, justifican materialmente el ejercicio de un control constitucional amplio y pleno para dar vigencia efectiva a los derechos humanos y a la supremacía constitucional. En estos términos, se justifica y delimita la atribución de esta Corte para analizar de oficio la inconstitucionalidad de normas conexas.

La Normativa Constitucional e Internacional de Derechos Humanos, como límite de todo el Ordenamiento Jurídico.-

La prohibición de discriminación como el deber de igualdad, involucra la promoción y protección de los desfavorecidos. Teniendo presente la condición de los accionantes, y al formar parte de aquellos grupos vulnerables de conformidad a la Constitución Política de 1998, y de atención prioritaria de acuerdo al artículo 47 de la Constitución de la República, es deber del Estado garantizar políticas de prevención de las discapacidades y, de manera conjunta con la sociedad y la familia, procurar la equiparación de oportunidades para las personas con discapacidad y su integración social. Con tal fin, el artículo 47 numeral 4 de la Constitución de la República reconoce a las personas con discapacidad el derecho a exenciones en el régimen tributario.

La norma es clara respecto a la identidad del grupo beneficiario (discapacitados), tipo de automóvil (ortopédico y no ortopédico), año de fabricación del vehículo (hasta tres años anteriores a la fabricación) y limitación (que sea una sola vez o justifique la necesidad de una nueva importación). No obstante, el señor Procurador General declaró la inaplicabilidad de dicha norma, y por consiguiente, prohibió la importación de vehículos usados y no ortopédicos. Es evidente que su enfoque es ajeno a principios fundamentales de aplicación de Derechos Humanos previstos en el texto Constitucional. En ese sentido, cabe indicar que la inadecuada y desproporcionada técnica de interpretación que utilizó el señor Procurador, puso de relieve el cumplimiento de un restringido sistema legalista de subsunción de normas, inherente a un Estado Liberal. Si bien es cierto, que la Ley Reformatoria a la Ley sobre Discapacidades no puede ser considerada como ley orgánica mientras la Asamblea Nacional no la declare como tal, su contenido material regula el ejercicio de derechos fundamentales previstos en los artículos 35, 47 numeral 4 y 47 numeral 10 de la Constitución de la República, y en la normativa internacional, que por mandato de los artículos 11 numeral 3 y 426 de la Carta Fundamental, forman parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano y son de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial.

De conformidad con el artículo 424 de la Constitución de la República, la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica acto del poder público. El señor Procurador General del Estado ha hecho caso omiso a una serie de principios constitucionales de aplicación de derechos, entre los que se destacan, el principio de progresividad y no

regresividad (artículo 11 numeral 8 de la Constitución de la República), y el principio pro homine (artículo 11 numeral 5 de la Constitución de la República). El primero de ellos convierte en inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos. Es así, que la regresividad está prohibida, a menos que exista un estricto escrutinio de sus causas y consecuencias, elemento que no se evidencia en el dictamen del Procurador General del Estado. El principio de interpretación sistemática de la Constitución, involucra un análisis integral de la Carta Fundamental y en ese sentido, debe evitarse, en el mayor grado posible, que la aplicación de uno de sus preceptos prive de eficacia a otro. En la especie, el señor Procurador General del Estado, optó por aplicar el Convenio de Complementación en el sector Automotriz, la Ley Orgánica de Aduanas y finalmente la Ley de Tránsito y Transportes Terrestres, e inaplicó el artículo 23 de la Ley Reformatoria a la Ley sobre Discapacidades, que desarrolla el ejercicio de derechos fundamentales previstos en la Constitución y en Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos ratificados por el Ecuador, relacionados con grupos de atención prioritaria como es el caso de la población discapacitada.

En cuanto a las técnicas de razonabilidad que deben guiar el quehacer interpretativo y la argumentación jurídica respecto de leyes y principios constitucionales, cabe mencionar que la calificación de grupos de atención prioritaria del que forma parte la población discapacitada, no es una denominación gratuita pues trae consigo una situación doble de protección. Por un lado, esta consideración constitucional implica que el intérprete o funcionario público debe tender a generar actos que no limiten el desarrollo de sus derechos. Segundo: sin que se rompa la integridad indiscutible de la Constitución, toda interpretación debe propender, de forma estricta, a desarrollar adecuadamente su contenido. Bajo esa circunstancia, esta Corte considera que el uso de mecanismos legales, y técnicas de interpretación exegéticas, deben utilizarse de forma tal, que no restrinjan derechos, como en efecto ha sucedido en la especie.

Por ser que el Estado reconoce exenciones en el régimen tributario para las personas con discapacidad, y el artículo 23 de la Ley Reformatoria a la Ley sobre Discapacidades configura su supuesto de hecho en relación a la importación de vehículos ortopédicos y no ortopédicos de hasta tres años de fabricación previos a la fecha de autorización del CONADIS, su cumplimiento se justifica plenamente con respecto a aquella población con capacidades diferentes. De conformidad al artículo 11.2 de la Constitución de la República, “todas las personas son iguales y gozan de los mismos derechos [así como] el Estado adoptará medidas afirmativas para promover la igualdad real [...]”. Es evidente que a la luz de la igualdad formal y sustancial, el juez constitucional debe garantizar los derechos de los discapacitados incluso con medidas afirmativas, disposición que implica que: a) el reconocimiento de la diferencia debe ser respetado, y debe propiciar un espacio adecuado para su integración social; b) el trato diferente debe tender a generar beneficios a los discapacitados de forma temporal o permanente; y, c) los beneficios se justifican respecto de su condición, reconocida por el Estado.

Bajo esas características, el neoconstitucionalismo incorpora contenidos materiales o sustanciales vinculantes dentro de la Carta Fundamental. El aspecto material de la constitucionalización del ordenamiento consiste en la consabida recepción en el sistema jurídico de ciertas exigencias de la moral crítica bajo la forma de derechos fundamentales. En otras palabras, el Derecho ha adquirido una fuerte carga axiológica; se ha rematerializado. El constitucionalismo tradicional era, sobre todo, una ideología,

una teoría meramente normativa, mientras que el constitucionalismo actual se ha convertido en una teoría del Derecho opuesta al positivismo jurídico como método.²⁵ Aquél contenido material del constitucionalismo, encuentra reflejo en principios (mandatos de optimización) y valores, los mismos que generan un efecto de irradiación sobre todo el ordenamiento jurídico. Así, dentro de una adecuada interpretación constitucional, las reglas deben ser interpretadas siempre a la luz de los principios y valores previstos en la Constitución. Los principios constitucionales constituyen la materialización de los derechos, y su estructura (normas téticas), torna necesaria la utilización de métodos de interpretación diferentes a aquellos exegéticos inherentes al Estado de Derecho. Mientras las reglas se aplican por medio de la subsunción, los principios se aplican mediante la ponderación. Por ese motivo, la ponderación se ha convertido en un criterio metodológico básico para la aplicación jurídica, en especial para la aplicación jurídica de los derechos fundamentales.²⁶ Al respecto, Miguel Carbonell señala:

[...] En ese contexto, creo que es importante recordar que, como consecuencia de la expedición y entrada en vigor del mencionado modelo sustantivo de textos constitucionales la práctica jurisprudencial de muchos tribunales y cortes constitucionales ha cambiado de forma relevante, Los jueces constitucionales y los demás operadores jurídicos han tenido que aprender a realizar su función bajo parámetros interpretativos nuevos, a partir de los cuales el razonamiento judicial se hace más complejo. 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, el efecto de irradiación, la proyección horizontal de los derechos (a través del drittwirkung), el principio pro personae, etcétera.

Bajo esos parámetros, compete al Pleno de la Corte Constitucional para el Período de Transición, a partir de la ponderación de derechos, sopesar los principios que han entrado en colisión en el caso concreto para determinar cuál de ellos tiene un peso mayor en las circunstancias específicas y, por tanto, cuál de ellos determina la solución para el caso concreto. El núcleo de la ponderación consiste en una relación que se denomina “ley de la ponderación” y que se puede formular de la siguiente manera:

(...) Cuando mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro.

Al tenor de lo dicho, cabe preguntarse, ¿es justificable la restricción del derecho a exenciones en el régimen tributario respecto a automóviles ortopédicos y no ortopédicos de hasta tres años de fabricación, a favor de la población discapacitada, en beneficio del ejercicio de derechos al medio ambiente y del consumidor? Para dar respuesta a la interrogante, esta Corte ha considerado oportuno basar su análisis ponderativo en la fórmula del peso elaborada por el maestro alemán Robert Alexy. Para ello, es necesario, en primer término, definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Posteriormente, en un segundo paso, se definirá la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro. Vale recalcar que el grado de afectación de los principios en el caso concreto, no es la única variable relevante para determinar, en el tercer paso, si la satisfacción del segundo principio justifica la afectación del primero. La segunda variable es el llamado peso abstracto de los principios relevantes, que presupone una

jerarquización de derechos, no obstante el numeral 6 del artículo 11 de la Constitución de la República, señala expresamente, (...) El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 6. Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, independientes y de igual jerarquía.. Por consiguiente, la variable de peso abstracto no es aplicable en el caso ecuatoriano, y debe ser suprimida de la fórmula del peso. Más allá de las variables planteadas, existe una tercera a tomar en cuenta, aquella relacionada con las apreciaciones empíricas, relacionadas a la afectación que la medida examinada en el caso concreto proyecta sobre los principios relevantes.

A partir de la argumentación precedente, resulta posible elaborar la fórmula de ponderación que determinará el peso de cada uno de los derechos en pugna, y por tanto, se podrá constatar cuál de ellos debe prevalecer para el caso concreto. Para ello, es necesario referirse a las variables que entrarán en juego:

D1 = Derecho a exención tributaria a favor de la población discapacitada (Art. 47. 4 y 11.3 de la Constitución, desarrollados en el artículo 23 de la Ley Reformatoria a la Ley sobre Discapacidades)

Pa D1 = Peso abstracto del Derecho No. 1 (no aplicable en el caso ecuatoriano, en virtud del artículo 11 numeral 6 de la Constitución de la República)

AfD1= (afectación que la medida examinada en el caso concreto proyecta sobre el Derecho No. 1)

D2 = Derechos del medio ambiente y del Consumidor

Pa D2 = Peso abstracto del Derecho No. 2 (no aplicable en el caso ecuatoriano, en virtud del artículo 11 numeral 6 de la Constitución de la República)

AfD2 = Afectación que la medida examinada en el caso concreto proyecta sobre los derecho No. 2.

La fórmula del maestro Alexy, expresa que el peso del derecho D1 = en relación con el derecho D2, en las circunstancias del caso concreto, resulta del cociente entre el producto de la afectación del derecho D1 en concreto, su peso abstracto y la seguridad de las premisas empíricas relativas a su afectación, por una parte, y el producto de la afectación del derecho D2 en concreto, su peso abstracto y la seguridad de las premisas empíricas relativas a su afectación, por otra. Alexy sostiene que a las variables relacionadas a la afectación de los principios y al peso abstracto, se les puede atribuir un valor numérico, de acuerdo con los tres grados de la escala triádica, de la siguiente manera: leve = 1; medio = 2, e intenso = 4. En el caso de las variables relacionadas a la seguridad de las premisas fácticas (s) se les puede atribuir un valor de seguro = 1, plausible = ½; y no evidentemente falso ¼. El grado de restricción o afectación del derecho a la exoneración tributaria, en los términos del artículo 23 de la Ley Reformatoria a la Ley sobre de Discapacidades, bajo las razones expuestas previamente, (en la argumentación de fondo relacionada a la jerarquía de las normas constitucionales e internacionales de derechos humanos y la ponderación de derechos), resulta ser intensa; por tanto se le atribuye el valor de 4. Con respecto al peso abstracto, no es aplicable al caso por las razones expuestas previamente.

Finalmente, en relación a las variables relacionadas a la seguridad de las premisas fácticas, es claro que la restricción de un derecho de esta naturaleza, privará a la población discapacitada de autonomía, su

movilización se verá comprometida y, sin duda, afectará directamente a su nivel de vida. Por ello, se le atribuye el valor de 1. Paralelamente, la satisfacción del derecho a un medio ambiente sano y de los consumidores puede catalogarse como media (2), toda vez que, la importación de automóviles de hasta tres años de fabricación no atenta de manera exorbitante al medio ambiente, y tampoco es la causa principal y directa de contaminación. Por su parte, un automóvil de tres años de fabricación reviste un alto grado de probabilidad de que brindará las seguridades necesarias para el usuario (no estamos hablando de automóviles de 7, 8 o 10 años de fabricación). Finalmente, con respecto a la seguridad de las premisas sobre su afectación, resulta ser plausible (1/2), el medio ambiente nunca estará libre de contaminación; no obstante, como se mencionó, la importación de vehículos en beneficio de la población discapacitada, bajo las condiciones y características que prevé la ley, no resulta ser el hecho principal generador de contaminación. Debe recordarse que la exención respecto a estos automotores se da en razón al grupo, no es aplicable a la población en general.

Así, la aplicación de la fórmula del peso al derecho a exenciones en beneficio de la población discapacitada arroja los siguientes resultados:

$$\frac{4 (D1) \times 1 (AfD1)}{-----} = 4$$

$$2 (D2) \times 1 /2 (AfD2)$$

De forma correlativa, el peso del derecho a un medio ambiente sano y al consumidor será el siguiente:

$$\frac{2 (D2) \times \frac{1}{2} (AfD2)}{-----} = 0.25$$

$$4 (D1) \times 1 (AfD1)$$

La conclusión que se genera a partir del uso de la fórmula del peso, refleja que la satisfacción del derecho al medio ambiente sano y del consumidor – satisfechos sólo en 0.25-, no justifica la intervención en los derechos de los grupos de atención prioritaria, como en efecto es aquel previsto en el artículo 47 numeral 4 de la Constitución y desarrollado en el artículo 23 de la Ley Reformatoria a la Ley sobre Discapacidades.- afectados en 4-. Estos últimos, deberán preceder en la ponderación y, como resultado del caso, debe establecerse que resulta inadmisibles e inconstitucional la restricción a la importación libre de impuestos de vehículos automáticos de hasta tres años de fabricación a favor de la población discapacitada.

Comentario.-

La sentencia antes mencionada, es de las primeras que dictó la Corte Constitucional luego de su autoproclamación, una vez que entrara en vigencia la Constitución del 2008. En consecuencia, refleja un esfuerzo intelectual importante en la motivación de la sentencia, en que se advierte el afán de sentar las bases del nuevo modelo constitucional adoptado en el 2008, explicando minuciosamente las características del neoconstitucionalismo – estado constitucional de derechos y justicia, y ciertas diferencias con el orden anterior del estado de derecho o “legalismo”. Así mismo perfila la “acción de incumplimiento”, cómo debe fundamentarse y sobre qué puede recaer. Bajo el principio “iure novit

curia” corrigió las omisiones que considera existen en la fundamentación de los actores, y subsanó la inconstitucionalidad de los actos, tanto del Gerente General de la CAE, como del Procurador General del Estado, en el análisis efectuado, en el que privilegiaron normativa comunitaria destinada a impulsar el sector automotriz, por sobre los derechos fundamentales de un grupo vulnerable, según definición constitucional, habiendo llegado al extremo de forzar el derecho al medio ambiente sano, como supuestamente afectado por la importación de vehículos de hasta 3 años de antigüedad, como si éste no se viera también vulnerado por el “consumismo de materia prima” que implicaría desechar y renovar todo vehículo que supere los 3 años de uso.

Así mismo encuentro importante, y didáctico el ejercicio del método ponderativo diseñado por Alexy, inclusive asignando las valoraciones cuantitativas por él propuestas, a efectos de determinar el peso específico de cada derecho en pugna, para inclinar una solución específica. Más allá de que personalmente no me adscribo a la idea de asignar fórmulas matemáticas a los temas de debate jurídicos, ni a cuantificar el derecho, sí creo que el desglose del procedimiento diseñado por Alexy, y los test de necesidad, idoneidad y proporcionalidad efectuados, aportan racionalidad a la decisión, la que, en mi criterio, partiendo de esos interrogantes, debe razonar la decisión que se adopte, evidenciando lógicamente que tal derecho debe prevalecer sobre el otro, en un caso determinado, al margen de la valoración que se otorgue, que siempre podrá ser subjetiva.

15. CONCLUSIONES

Alexy sostiene que la ponderación no es un método que conduzca exactamente a un resultado; no obstante no es un método irracional. Las críticas de subjetivismo del método ponderativo no pueden ser eliminadas pero sí matizadas, primero porque el método se refiere *a cómo deben comportarse los jueces y no a cómo efectivamente se comportan, con lo cual una arbitrariedad judicial no necesariamente se origina en el modelo de ponderación, sino que puede atribuirse a múltiples razones ajenas a éste*. Habermas sostuvo que la ponderación privilegia argumentos “funcionalistas” por sobre argumentos normativos, en detrimento de las prerrogativas del legislador.

Sin duda la idea de los principios y el método de la ponderación, que convoca a los valores morales a integrar el sistema jurídico con facultades de rectificar el derecho positivo, es comprensible desde el momento histórico que se vivió en la postguerra, y justificado el riesgo para la supremacía del legislador, en cuanto a sus facultades normativas, no necesariamente justificado en nuestros días.

Así mismo, la discrecionalidad judicial sugerida por el positivismo moderno encarnado en Kelsen y Hart, también fue criticado justamente por constituir una especie de “caja negra” en la que podía ser arbitraria la decisión del juez, por no justificar el vínculo volitivo existente entre el derecho y la decisión, por lo que su ejercicio supone un permanente desafío a la racionalidad.

Y es que, el activismo judicial no necesariamente es malo, como lo afirma el tratadista Luis Manili,⁸¹ pues en muchos casos aquel protagonismo judicial ha aportado a la ciencia jurídica, por ejemplo en la garantía de derechos no enumerados en la constitución, pero sí de raigambre constitucional al estar íntimamente vinculados a otro derecho sí protegido expresamente; señalarle al congreso la necesidad de una reforma legal en una materia determinada, estableciendo un derrotero, como sucedió en el Caso Sejean de 1987, en que la Corte declaró la inconstitucionalidad de la ley de matrimonio civil, en cuanto vedaba a los cónyuges divorciados recuperar la aptitud nupcial. O, una nueva interpretación o un nuevo alcance en la interpretación de un derecho, por ejemplo en el caso Bazterrica la Corte entendió que el derecho a la intimidad que emana del artículo 19 de la constitución, era paraguas suficiente para declarar la inconstitucionalidad de una norma que penalizaba la tenencia de drogas para uso personal. En el caso Portillo, una persona convocada a prestar el servicio militar obligatorio planteó una objeción de conciencia, que no estaba contemplada en el texto constitucional, pero la Corte la hizo derivar de la libertad de culto y pensamiento, y la privilegió frente a dicha obligación. Por el contrario, los casos de activismo negativo, sería la posibilidad de convalidar normas de emergencia restrictivas de los derechos fundamentales, o convalidar cualquier decisión política de un gobierno autoritario.

Los reparos a los derechos fundamentales como elementos de neutralización, así como una especie de hiper constitucionalismo que vería en una Constitución gestionada por expertos (los jueces), la programación de las soluciones políticas de una sociedad, son algunas de las críticas que han recibido los

⁸¹ Manili, Luis “El activismo (bueno y malo) en la Jurisprudencia de la Corte Suprema, publicado en el Libro “Proceso y Constitución” coordinado por Oswaldo Gozaini, Ediar, Buenos Aires, 2009, pág. 369. Por ejemplo la inclusión del derecho a un medio ambiente sano, el derecho de reunión, como derecho fundamental, se dio por vía jurisprudencial, antes de su inclusión en la reforma constitucional argentina de 1994.

planteamientos de Ferrajoli que se adscriben a la “moral y valores constitucionales”. Desde su punto de vista, el principio divisionista de separación entre moral y derecho, justificará siempre el mantenimiento de un punto de vista externo, político, que permita criticar el derecho vigente, comenzando por la Constitución. Pero aquello no obsta para que al mismo tiempo se pueda exigir a los operadores legales y jurisdiccionales, desde una postura positivista no incompatible con el razonamiento anterior, que se tomen en serio el derecho vigente que ellos mismos han puesto, comenzando por la Constitución. Ciertamente que se trata de una tarea problemática, dado el carácter abierto del texto constitucional, pero no de un fenómeno que deba dramatizarse, agrega Ferrajoli. Apertura no equivale a ininteligibilidad. Siempre cabrá, por lo tanto, la posibilidad de una hermenéutica controlada. Tampoco son tan dramáticos los conflictos entre derechos. A veces, es verdad, es preciso ponderar. En otros casos, sin embargo, es necesario reconocer la directa sumisión de unos derechos a otros.

En definitiva, pareciera que, en ciertos casos, la diferencia es semántica. Es un hecho cierto que la gran mayoría de planteamientos de justicia que históricamente se han conocido, se han plasmado en los textos constitucionales bajo la fórmula de derechos fundamentales, es decir, han sido positivados y por lo tanto son vinculantes, aun cuando exista indeterminación semántica en los principios. Es por esto que puede y debe exigirse el respeto a la Constitución, y a las leyes, puesto que éstas siempre debieron guardar conformidad a la Constitución. El esquema contiene un “principio pro legislador” que llama a considerar que las leyes son constitucionales, salvo que su texto sea abiertamente inconstitucional, por lo que los jueces están llamados a respetar sus textos, sus enunciados gramaticales, y abstenerse de atentar contra la ley. Nada de esto es incompatible con el positivismo incluyente.

Las visiones pueden cambiar en la denominación y la naturaleza de la actividad de los jueces al resolver casos difíciles, pues mientras los neo-constitucionalistas sostienen que el método de proporcionalidad y ponderación es objetivo, y elimina la discrecionalidad judicial, los positivistas sostienen que es subjetivo, y no es otra cosa que el ejercicio de la discrecionalidad razonada. Personalmente me inclino a sostener, y sin que ésta pueda considerarse una posición definitiva, puesto que la profundización en la temática ha suscitado constante dialéctica, en que el método de ponderación y sus líneas generales aporta racionalidad a la decisión, la hace más técnica, no obstante ésta seguirá siendo discrecional, pues será la mejor decisión entre varias posibles, no la única y correcta decisión.

La distancia entre teóricos es cada vez menor, puesto que, llámese ponderación o discrecionalidad, ambas posiciones procuran aportar a la construcción de respuestas judiciales acordes a la constitución, sobre el núcleo de los derechos fundamentales, cuyo contenido esencial se irá delimitando en base a la jurisprudencia, que deberá aportar líneas generales para entender las condiciones de preferencia de un derecho frente a otro, en determinadas circunstancias. Aunque no exista una moral objetiva, general, con mayor razón si ésta pretende englobar el pluralismo, si existen ciertos valores que la convivencia social viene aceptando pacíficamente, y que, avocados a una puntualización, serían la no discriminación, libertad e igualdad, y puesto que éstos valores no son unívocos, sobre la base del contexto histórico y la armonización “aristotélica del justo medio”, y, en última instancia, como sostuvo Ferrajoli, la protección al más débil, podemos construir una cultura jurídica que proteja adecuadamente los derechos fundamentales, sin que se tornen “insaciables”, que es la mejor forma de vivir en democracia.

La reducción del orden jurídico al “principio de la dignidad humana” que encontraría la puerta abierta en el art. 84 de la Constitución Ecuatoriana, es inaceptable, pues, como bien se ha señalado, es un enunciado dotado de profunda carga filosófica, y que puede admitir cualquier posición cultural, religiosa, filosófica o simplemente personal, desdibuja el valor de certeza que el derecho, para serlo, requiere. Debemos pues, aspirar que los jueces, administradores y cualquier autoridad, no se sienta llamada a pulverizar el orden jurídico con base a una premisa tan poco objetiva como ésta.

El reto de los teóricos del derecho y los jueces consiste en depurar la teoría de la argumentación capaz de garantizar la racionalidad y suscitar el consenso en torno a las decisiones judiciales, y legislativas, a efectos que, más allá de “discrecionalidad” o “ponderación”, se resuelva con base a la interpretación equitativa del derecho y sin rebasar los límites que el estado de derecho y “derechos” moderno requiere. En síntesis, no debemos renunciar a vivir en un estado de derecho, que reconozca y garantice los derechos de las personas.

BIBLIOGRAFÍA.-

1. Alexy, Robert, "Teoría de los Derechos Fundamentales", Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2da edición, 2008, Madrid.
2. Alexy, Robert, "Teoría de la Argumentación Jurídica", editorial Palestra, Lima, 2010.
3. Atienza, Manuel, "Las Razones del Derecho, Teorías de la Argumentación Jurídica", editorial Palestra, Lima, 2006.
4. Alexy, Robert, "Derecho y Razón Práctica", Biblioteca de Ética, Filosofía de Derecho y Política, 3era reimpresión, México, 2006.
5. Bidart Campos, German y Risso, Guido, "Los derechos humanos del siglo XXI", Ediar, Buenos Aires, 2005.
6. Bobbio, Norberto, "Teoría General del Derecho", editorial Temis, 2era edición, Bogotá, 2007.
7. Dworkin, Ronald, "Los Derechos en Serio", editorial Ariel Derecho, España, 2002.
8. García Amado, Juan, "Lecturas sobre Derecho Constitucional Contemporáneo", Universidad de Especialidades Espíritu Santo, Guayaquil, 2010
9. Gozaini, Oswaldo, coordinador de autores varios, "Proceso y Constitución", editorial Ediar, Buenos Aires, 2009.
10. Kelsen, Hans, "Teoría Pura del Derecho", editorial Eudeba, Buenos Aires, 9na reimpresión, 2009
11. Kelsen, Hans, "Qué es Justicia", editorial Ariel, Barcelona, 2001
12. Ferrajoli, Luigi, "Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales", editorial Trotta, Madrid, 3era edición, 2007
13. Ferrajoli, Luigi, "Derechos y Garantías, La Ley del Más Débil", editorial Trotta, Madrid, 6ta edición, 2009
14. Pelé, Antonio, "La Dignidad Humana, sus orígenes en el Pensamiento Clásico", Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Madrid, editorial Dykinson, 2010.
15. Prieto Sanchís, Luis, "Derechos Fundamentales, Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial", editorial Palestra, Lima, 2007.
16. Prieto Sanchís, Luis, "Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales", editorial Trotta, 2da edición, 2009
17. Schmitt, Carl, "La Tiranía de los Valores", editorial Comares, Granada, 2010
18. Zagrevsky, Gustavo, "El Derecho Dúctil", editorial Trotta, 7ma edición, 2007.
19. Zavala Egas, Jorge, "Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica", Edilex, Guayaquil, 2010
20. Zavala Egas, Jorge, "Neoconstitucionalismo, Acciones de Protección y Ponderación, Acción de Inconstitucionalidad, Proceso Constitucional", 2009
21. Autores Varios: "La Corte Constitucional: Un cambio Ineludible", publicado por el Tribunal Constitucional del Ecuador, 2007.
22. Constitución de la República del Ecuador, 2008
23. Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional", 2009
24. Registros Oficiales